

REVISTA DA
AGU

ANO X nº 28 - Brasília-DF, abr./jun. 2011

Revista da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União
Ministro Victor Nunes Leal

SBN – Quadra 01 – Edifício Palácio do Desenvolvimento – 4º andar -
CEP 70057-900 – Brasília – DF Telefones (61) 3105-9970 e 3105-9968
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

DIRETOR DA ESCOLA DA AGU
Jefferson Carús Guedes

COORDENADORA-GERAL
Juliana Sahione Mayrink Neiva

EDITOR RESPONSÁVEL
Jefferson Carús Guedes

COORDENADORA DA REVISTA DA AGU
Juliana Sahione Mayrink Neiva

CONSELHO EDITORIAL

Membros Executivos: Antônio de Moura Borges; Andrea Dantas Echeverria; Arnold Wald; Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy; Clarissa Sampaio Silva; Claudia Aparecida de Souza Trindade; Clóvis Juarez Kemmerich; Denise Lucena Cavalcante; Eugênio Battesini; Ewerton Marcus de Oliveira Gois; Fabiano André de Souza Mendonça; Fernando Netto Boiteux; Francisco Humberto Cunha Filho; José Tadeu Neves Xavier; Luciana Barbosa Musse; Luís Carlos Martins Alves Jr.; Natalia Camba Martins; Otávio Luiz Rodrigues Junior; Regina Linden Ruaro; Sérgio Augusto Zampol Pavani.

Membros Eletivos: Alexandre Bernardino Costa; Aluisio de Sousa Martins; André Lopes de Sousa; Carlos José de Souza Guimarães; Cássio Andrade Cavalcante; Daniela Ferreira Marques; Fábio Campelo Conrado de Holanda; Fábio Guimarães Bensoussan; Fábio Victor da Fonte Monnerat; Felipe Camillo Dall’Alba; Guilherme Beux Nassif Azem; Humberto Cunha Santos; Karla Margarida Martins Santos; Marcelo Kokke Gomes; Maria de Fátima Knaippe Dibe; Maria Rosa Guimarães Loula; Nilma de Castro Abe; Rosa Maria Pelegrini Baptista Dias; Rui Magalhães Piscitelli; Sueli Valentin Moro Miguel; Robson Renaut Godinho; Valério Rodrigues Dias.

Secretaria Editorial: Antonio Barbosa da Silva/Niuza Gomes Barbosa de Lima
ABNT(ADAPTAÇÃO)/Diagramação Niuza 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 28 - Brasília-DF, abr./jun. 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

Construção e Desconstrução Doutrinária do Conceito de Interesse Público no Direito Brasileiro
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy..... 7

ARTIGOS

A Desconsideração da Personalidade Jurídica nas Execuções Fiscais
Alvacir de Sá Barcellos..... 29

O alcance do artigo 120 da Lei nº 8.213/91
Andréa Filpi Martello
Renata Ferrero Pallone 69

Da Atuação da Advocacia Pública no contexto Brasileiro de Ativismo Judicial – O exemplo do caso Raposa Serra do Sol
The Role of Public Advocacy in the Brazilian Context Ofjudicial Activism - the Example of “Raposa Serra do Sol” Case
Antonio Cavaliere Gomes..... 89

A Luta contra o Terrorismo e a Proteção de dados pessoais: Análise crítica de um Precedente do Tribunal Constitucional Alemão (Bundesverfassungsgericht)
The Fight Against Terrorism And Protection Of Personal Data: A Critical Analysis Of German Constitutional Court Precedent (Bundesverfassungsgericht)
Christian Frau Obrador Chaves..... 119

Coisa Julgada na Ação de Improbidade Administrativa
Res Judicata in the Action of Administrative Improbity
Francisco Arlem de Queiroz Sousa..... 135

Colaboração na concretização da decisão da causa
Collaboration in the enforcement of the judicial decision
Lívio Goellner Goron..... 183

A Ação Regressiva Acidentária e a Prescrição da Pretensão Indenizatória do Instituto Nacional do Seguro Social
The reversive action and the prescription deadline of the Brazilian National Social Security Institute claim for restitution.
Marcus Alexandre Alves..... 217

<p>Premissas Principiológicas e Garantísticas Indispensáveis a uma Regular Atuação da Administração Pública e o Silêncio Administrativo <i>Essentials principles and guarantees indispensable a Regular Role of Public Administration and Administrative Silence.</i> <i>Raimundo Márcio Ribeiro Lima</i></p>	245
<p>A Importância da visão Jurídico-Estratégica do Advogado Público <i>Renata de Souza Furtado</i></p>	323
<p>Servidores Públicos e e Homoafetividade: A Equiparação de Direitos na Esfera Administrativa <i>Public Servants and the gay Marriage the Equal Rights at the Administrative Level</i> <i>Renato Souza Oliveira Junior</i></p>	339
<p>Microempresas/Empresas de pequeno porte em Licitações: Consequências da Participação Fraudulenta à luz da atual Jurisprudência do Tribunal de contas da União <i>Micro / small businesses in bidding: the consequences of fraudulent participation in light of the current jurisprudence of the Court of Audit</i> <i>Tiago Borré</i></p>	355
<p>PARECER</p>	
<p>PARECER N° ___/2010-AGU/CONJUR-MS/LFGF-HRP <i>Higor Rezende Pessoa</i> <i>Luis Felipe Galeazzi Franco</i></p>	375
<p>COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA</p>	
<p>Do Idêntico Tratamento Conferido pela Constituição Federal aos Procuradores Autárquicos e aos demais Advogados Públicos no que Se Refere ao teto Remuneratório <i>Tiago Bacelar Aguiar Carvalho</i></p>	393

EDITORIAL

Nesta vigésima oitava edição, a Revista da AGU traz artigos que irão agradar ao mais exigente leitor, ávido por conhecimento e atualização profissional. A começar com a construção e desconstrução doutrinária do conceito de interesse público no direito brasileiro, passando à evolução da atuação da Advocacia Pública na defesa de interesses públicos primários.

A publicação aborda também a luta contra o terrorismo e a proteção de dados pessoais a partir da análise de um precedente do tribunal constitucional alemão.

Mais adiante, demonstra a importância da vinculação da Administração Pública às garantias fundamentais dos administrados de maneira a possibilitar uma atuação regular da atividade administrativa, de forma especial no processo administrativo.

Não perca esses e outros temas de seu interesse! Boa leitura!

Juliana Sahione Mayrink Neiva
Coordenadora-Geral da Escola da AGU

Jefferson Carús Guedes
Diretor da Escola da AGU

CONSTRUÇÃO E DESCONSTRUÇÃO DOUtrinária DO CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO BRASILEIRO

*CONSTRUCTION AND DECONSTRUCTION OF THE
DOCTRINAL CONCEPT OF PUBLIC INTEREST IN
BRAZILIAN LAW*

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

*Estudos de pós-doutoramento na Universidade de Boston. Doutor e Mestre em
Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.*

Consultor-Geral da União.

O dogma da supremacia do *interesse público* foi construído pelo direito brasileiro como base em percepção vigorosa de Estado, detentor de vontade, que é concebida como uma *vontade geral*. Esta última idéia remonta a Rousseau, para quem a vontade geral seria invariavelmente reta e tenderia sempre à utilidade pública; embora, bem entendido, e como apontado pelo filósofo de Genebra, não se poderia deduzir que as deliberações do povo sempre guardassem a

mesma retidão¹. A vontade geral e o conseqüente *interesse público* lá identificado seriam os fundamentos da lei justa e eficaz². Há traços muito nítidos de percepções jusnaturalistas.

A construção desse dogma fez-se com base em leitura que reduziu a Revolução Francesa a um grupo de lugares comuns, especialmente no que se refere à concepção dos institutos do direito administrativo. Foi Alexis de Tocqueville quem primeiramente fez a denúncia, no sentido de que o direito administrativo revolucionário manteve os contornos do direito administrativo do regime absolutista dos Bourbon.

É que, entre outros, a centralização administrativa seria instituição do Antigo Regime, e não obra da revolução. Tocqueville queria crer que a civilização era uma bela conquista, admitia que a Europa tinha inveja da França, por força do avanço civilizatório, mas afirmava que não se admirava uma conquista da revolução³, necessariamente.

O vínculo entre *vontade geral* e *legalidade*, que dá suporte à concepção clássica de interesse público, fora formulado como reação ao Estado Absoluto, a partir do uso recorrente de outro mito, relativo à existência de uma sociedade auto-suficiente⁴. A idéia de legalidade seria instrumento *diretamente lançado contra a estrutura política do Estado absoluto: frente ao poder pessoal e arbitrário, o ideal de um governo por e em virtude da lei*⁵.

E aproximando legalidade e vontade geral, na tradição rousseauiana, continua García de Enterría, *esta idéia essencial [legalidade] é articulada politicamente em virtude do dogma rousseauiano da vontade geral [...] De uma aspiração vaga, de uma pura concepção metafísica, o princípio da legalidade passa a ser por obra desta doutrina um mecanismo político preciso*⁶.

Um mapeamento da literatura especializada identifica a construção desta idéia. Paulino José Soares de Souza, o Visconde do Uruguai, em seu *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, de 1862, fez referência sumária ao

1 Cf. Jean-Jacques Rousseau, *O Contrato Social*. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, p. 37, 2003.

2 Cf. N. J. H. Dent, *Dicionário Rousseau*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, p. 216, 1996.

3 Cf. Alexis de Tocqueville, *O Antigo Regime e a Revolução*. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Martins Fontes, p. 40, 2009.

4 Cf. Eduardo García de Enterría, *Revolucion Francesa y Administracion Contemporânea*. Madrid: Civitas, 1994.

5 Eduardo Garcia de Enterría, cit., p. 21. Versão livre minha.

6 Eduardo Garcia de Enterría, cit., p. 23. Versão livre minha.

que nominou de *interesse geral*, explicando que o Direito Administrativo se aplicava a casos especiais, *pondo-se em contato com o cidadão individualmente, e vê-se muitas vezes na necessidade de sacrificar o interesse particular deste e mesmo o seu direito ao interesse geral*⁷. Referia-se intuitivamente à tradição romanística de fracionamento do direito em esferas pública e privada.

Antonio Joaquim Ribas, em seu *Direito Administrativo Brasileiro*, de 1866, não fez nenhuma menção ao que hoje caracterizaríamos como *interesse público*. A situação dos escravos, por exemplo, era tema de direito administrativo, e era tratada no último capítulo do título III da obra, na seção sobre os administrados. O Conselheiro Ribas fixava na Administração a responsabilidade pela organização racional de uma sociedade avançada:

O desenvolvimento da civilização moderna trouxe em resultado a multiplicação e o estreitamento das relações sociais, a ampliação dos recursos e necessidades públicas. Conseqüentemente a vigilância, a repressão e a impulsão da autoridade deverão tornar-se mais vastas e enérgicas, e as instituições administrativas progressivamente mais desenvolvidas⁸.

Tito Prates da Fonseca, em *Lições de Direito Administrativo*, não tratou objetivamente de suposta noção da supremacia do interesse público em face do privado. No entanto, fez referência sutil à imprestabilidade da administração no que se refere a fins particulares:

Administrar exprime a ação de servir, ajudar, dirigir, incentivar. Administra-se, quando se exerce intencionalmente certa atividade para a realização de um fim. Se quem administra é órgão social, a sua atividade terá necessariamente por escopo a realização de um fim social determinado, segundo um plano pré-estabelecido. A pessoa que, como órgão social, exerce a sua atividade, tendo em vista fins particulares ou privados, desvirtuaria a sua função⁹.

Alfredo de Araújo Lopes da Costa observava que a administração pública visava ao *bem comum*¹⁰. Rui Cirne Lima vinculava o direito

7 José Soares de Sousa Paulino, Visconde do Uruguai. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. São Paulo: Editora 34, p. 132, 2002.

8 Antonio Joaquim Ribas, *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: F. L. Pinto e C., Livrários-Editores, p. 8, 1866.

9 Tito Prates da Fonseca, *Lições de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 71, 1943.

10 Cf. Alfredo de Araújo Lopes da Costa, *A Administração Pública e a Ordem Jurídica Privada*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares S.A., p. 63, 1961.

administrativo à cogência; isto é, suporia *relativamente ao Poder Público, um 'deve', e não um 'pode'*¹¹. Em edição atualizada de outra obra clássica de Rui Cirne Lima, *Princípios de Direito Administrativo*, deu-se ênfase à noção de prevalência do princípio do interesse público¹², indicando-se como fundamento do direito administrativo a utilidade pública¹³.

Themístocles Brandão Cavalcanti não reservou rubrica à idéia de interesse público no seu *Princípios Gerais de Direito Administrativo*¹⁴. Em outro livro, *Curso de Direito Administrativo*, o mesmo autor também não tratou diretamente do que presentemente entendemos por interesse público¹⁵.

Oswaldo Aranha de Mello vinculava os interesses gerais diretamente a interesses do particular, afirmando que *a efetivação de providências de interesse geral tutela, contudo, indiretamente o interesse individual*¹⁶. E continuava:

Assim, a promulgação e a execução de preceitos legais relativos à proibição de ruídos urbanos e de excesso de velocidade dos veículos nas ruas têm por objetivo e imediato resguardar o interesse coletivo. Entretanto, tais medidas, indiretamente e de modo geral, protegem os interesses dos indivíduos integrados no Estado-sociedade em que foram consideradas¹⁷.

Marcelo Caetano referiu-se a um *interesse cívico*, relativo a *do membro de uma comunidade política ou administrativa a quem, como cidadão, a lei reconheça interesse na preservação do patrimônio coletivo ou da legalidade administrativa em geral*¹⁸. A influência que Marcelo Caetano exerceu sobre os administrativistas brasileiros foi muito intensa. No entanto, não se pode confundir esse interesse cívico com outra

11 LIMA, Rui Cirne. *Sistema de Direito Administrativo Brasileiro*. Porto Alegre: Gráfica Editora Santa Maria, p. 63, 1953.

12 LIMA Rui Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. Atualização de Paulo Alberto Paqualini. São Paulo: Malheiros, p. 564, 2007.

13 LIMA, Rui Cirne. cit., p. 563.

14 Themístocles Brandão Cavalcanti, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.

15 Themístocles Brandão Cavalcanti, *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951.

16 Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios Gerais de Direito*. São Paulo: Malheiros, p. 244, 2007.

17 MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. cit. loc. cit.

18 Marcelo Caetano, *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, p. 446 2003.

percepção mais contemporânea, o patriotismo constitucional, sobre o qual se mencionará posteriormente, ainda que rapidamente.

Em outro livro seminal, versão atualizada da obra de Hely Lopes Meirelles, o conceito de *interesse público* recebeu tratamento alongado e pormenorizado:

O princípio do interesse público está intimamente ligado ao da finalidade. A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral. Em razão dessa inerência, deve ser observado mesmo quando as atividades ou serviços públicos forem delegados aos particulares. Dele decorre o princípio da indisponibilidade do interesse público, segundo o qual a Administração Pública não pode dispor desse interesse geral nem renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela, mesmo porque ela não é titular do interesse público, cujo titular é o Estado, que, por isso, mediante lei poderá autorizar a disponibilidade ou a renúncia¹⁹.

Foi Celso Antonio Bandeira de Mello quem mais entusiasticamente dissertou sobre o conceito de *interesse público*. Pode-se dizer que na história do pensamento administrativo brasileiro é Celso Antonio Bandeira de Mello o mais importante autor que enfatizou a supremacia do referido conceito:

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor, ou do meio ambiente [...], ou tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social [...]²⁰.

Na mesma linha, Diógenes Gasparini, em defesa de idêntica concepção de supremacia do *interesse público*:

No embate entre o interesse público e o particular há de prevalecer o interesse público. Esse o grande princípio informativo do Direito Público [...]. Com efeito, nem mesmo se pode imaginar que o contrário

19 Hely Lopes Meirelles, cit.

20 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, p. 96, 2008.

possa acontecer, isto é, que o interesse de um ou de um grupo possa vingar sobre o interesse de todos. Assim ocorre na desapropriação, na rescisão por mérito de certo contrato administrativo e na imposição de obrigações aos particulares por ato unilateral da Administração Pública, a exemplo da servidão administrativa. A aplicabilidade desse princípio, por certo, não significa o total desrespeito ao interesse privado, já que a Administração deve obediência ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito, consoante prescreve a Lei Maior da República (art. 5º, XXXVI). De sorte eu os interesses patrimoniais afetados pela prevalência do interesse público devem ser indenizados cabalmente²¹.

Há quem também fixe a idéia de modo ainda mais emblemático. Por exemplo, para Rita Tourinho, *sabe-se que o princípio da supremacia do interesse público é a base de todo direito público, inclusive do direito administrativo*²². Mais diante, segundo a mesma autora:

O Estado Democrático de Direito, alicerçado na satisfação do interesse público, está voltado à interpretação diária da vontade geral da coletividade. Assim, há inegável importância e fundamental preponderância da supremacia do interesse público, sendo princípio de observância obrigatória no âmbito da Administração Pública.

No entanto, adiantando-se a autores que vincularão o *interesse público* a direitos fundamentais e a referenciais de ponderação, a mesma autora observou que *pele princípio da supremacia do interesse público, havendo colisão de interesses, deve prevalecer a vontade geral legítima sobre a vontade egoisticamente articulada*²³.

Outra autora, Maria Sylvia Zanella di Pietro, avaliou a noção da supremacia do *interesse público* a partir da incidência do conceito em dois momentos, da confecção e da aplicação da lei:

Esse princípio, também chamado de princípio da finalidade pública está presente tanto no momento na elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação. No que diz respeito à sua influência na elaboração da lei, é oportuno lembrar que

21 Diógenes Gasparini, *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, p. 19, 2004.

22 TOURINHO, Rita. *A Principiologia Jurídica e o Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa*, in Garcia, Emerson (coord.), *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 135, 2005.

23 TOURINHO, Rita. cit., p. 136.

uma das distinções que se costuma fazer entre o direito privado e o direito público (e que vem desde o Direito Romano) leva em conta o interesse que se tem em vista proteger; o direito privado e o direito público (e que vem desde o Direito Romano) leva em conta o interesse que se tem em vista proteger; o direito privado contém normas de interesse individual e, o direito público, normas de direito público. [...] Precisamente por não poder dispor de interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os poderes atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão. Assim, a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei; não pode deixar de punir quando constate a prática de ilícito administrativo; não pode deixar de exercer o poder de polícia para coibir o exercício de direitos individuais em conflito com o bem-estar coletivo; não pode deixar de exercer os poderes decorrentes da hierarquia; não pode fazer liberalidade com o dinheiro público. Cada vez que ela se omite no exercício de seus poderes, é o interesse público que está sendo prejudicado²⁴ (grifos no original).

E ainda outro administrativista, José dos Santos Carvalho Filho, centrou sua compreensão de *interesse público* na idéia de coletividade:

As atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Mesmo quando age em vista de algum interesse estatal imediato, o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público. E se, como visto, não estiver presente este objetivo, a atuação estará inquinada de desvio de finalidade. Desse modo, não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social num todo. Saindo da era do individualismo exacerbado, o Estado passou a caracterizar-se como o Welfare State (Estado/bem-estar), dedicado a atender ao interesse público. Logicamente, as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público. Trata-se, de fato, de primado do interesse público. O indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade, não podendo os seus direitos, em regra, ser equiparados aos direitos sociais. Vemos a aplicação do princípio da supremacia do interesse público, por exemplo, na desapropriação, em que o interesse público suplanta o do proprietário; ou no poder de polícia do Estado, por força do qual se estabelecem algumas restrições às atividades individuais²⁵.

²⁴ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, pp.63-65, 2008.

²⁵ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 26, 2008.

O princípio da supremacia do interesse público foi positivado na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. E o mesmo José dos Santos Carvalho Filho do modo seguinte se pronunciou, em outro livro, inclusive com referência a conceituação de interesses públicos primários e secundários:

Embora a expressão interesse público tenha caráter plurissignificativo e represente um conceito jurídico indeterminado, por estar despidido de conteúdo definido e admitir valorações diferenciadas em virtude da visão em que se coloque o autor da valoração, o certo é que, conforme unanimidade dos estudiosos, indica algum tipo de atividade que, direta ou indiretamente, ofereça benefícios primários ou secundários à coletividade. Não importa se se trata de interesse direto do Estado ou da coletividade, o que parte da doutrina tem denominado de interesse público primário ou secundário. Se a atividade alcança diretamente a coletividade é indiscutível que se cuida de interesse público, mas se beneficia diretamente ao Estado é evidente que a coletividade, por ele representada, também vai auferir o benefício, ainda que de modo indireto²⁶.

Sérgio Ferraz e Adilson de Abreu Dalari também comentaram a lei do processo administrativo, na forma que segue, no que se refere ao conceito de interesse público:

Verdadeiro norte para o direito administrativo, 'interesse público' não é uma expressão mágica, capaz de justificar todo e qualquer comportamento administrativo. Tampouco é uma expressão oca, destituída de conteúdo, comportando seja lá o que for que se lhe queira inserir. Tendo em vista que a finalidade última da lei é sempre a satisfação do interesse público, convém esclarecer que é de interesse público aquilo e os princípios jurídicos qualificam como tal. Pode-se dizer que o interesse público é o interesse comum da coletividade, do conjunto de cidadãos [...] este é o interesse primário, que não se confunde com o mero interesse do aparelhamento administrativo (interesse público secundário), ou com o interesse pessoal do agente público²⁷.

Outro administrativista, Edmir Netto de Araújo, também seguiu linha tradicional, explicitando:

[...] o Estado é o titular do interesse público e somente ele, enquanto síntese da coletividade, pode dele dispor, e assim mesmo só nas hipóteses e limites

²⁶ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Processo Administrativo Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 58-59, 2005.

²⁷ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, p. 96-97, 2007.

constitucionais e legais, com estrita observância do princípio da legalidade (restritividade). Isto quer dizer que os agentes administrativos, no desempenho de suas funções, não é lícito dispor desse interesse ou vontade psicológica, porque do interesse público os agentes da Administração só detêm a guarda, e não a titularidade. Os poderes atribuídos ao administrador, com efeito, são estes: guarda, gerenciamento, fiscalização etc., em oposição aos poderes característicos de proprietário, como alienação e disposição. Na realidade, como os interesses públicos da Administração não se acham entregues à livre disposição do administrador, o que ocorre com relação a tais valores não é simples poder, mas dever, obrigação, para o agente deles curar, objetivando o cumprimento da finalidade pública, como efeito da existência do interesse público do qual é parâmetro. A consequência imediata da indisponibilidade é que os direitos concernentes a interesses públicos são em princípio inalienáveis, impenhoráveis, intransigíveis, intransferíveis a particulares, ou, em uma palavra: indisponíveis²⁸. (grifo no original).

Marçal Justen Filho identificou nos excertos acima transcritos os fundamentos de uma *escola de interesse público*. E contrapôs esse corpo doutrinário a movimentação conceitual recente, indicativa da necessidade da constitucionalização do direito administrativo. A passagem que segue é muito corajosa, revendo a questão:

Uma orientação adotada por parcela relevante da doutrina do direito administrativo brasileiro consiste na tese de que o regime jurídico de direito administrativo se fundamentaria nos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público. Segundo esse entendimento, as normas de direito administrativo seriam orientadas a assegurar a prevalência dos referidos princípios, que desempenhariam a função ordenadora das diversas normas pertinentes ao setor. Em outras palavras, o interesse público prevaleceria sobre todos os demais interesses e o regime de direito administrativo seria destinado a assegurar a prevalência dele. Essa orientação apresenta a virtude de acentuar a natureza publicística do regime de direito administrativo e a necessidade de dissociar as finalidades buscadas pelo Estado da conveniência dos eventuais governantes. Mas a tese apresenta inconvenientes práticos e defeitos teóricos, que exigem o seu aperfeiçoamento. Sob o enfoque prático, a história brasileira evidencia que a supremacia e a indisponibilidade do interesse público têm sido invocadas, com frequência, para justificar atos incompatíveis com a ordem constitucional democrática. É necessário, por isso, encontrar

28 Edmir Netto de Araújo, *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, p. 52, 2007.

solução mais satisfatória e mais adequada em face da Constituição de 1988. Em uma abordagem teórica, reputa-se que a Constituição de 1988 assegurou a prevalência dos direitos fundamentais antes e acima do chamado interesse público. Mais ainda, existe dificuldade insuperável para identificar o conteúdo da expressão 'interesse público', sem considerar o problema freqüente da pluralidade de interesses públicos entre si contrapostos²⁹.

Embora de modo muito menos direto, há também evidências de certo mal estar com o primado da supremacia do *interesse público* em outros autores. Odete Medauar em rubrica denominada de *o tradicional princípio da preponderância do interesse público sobre o interesse particular* problematizou a natureza do preceito, focando-o à luz do princípio da proporcionalidade:

[...] é invocado [o princípio da supremacia do interesse público] em outros ramos do direito público. A expressão pode ser associada a bem de toda a coletividade, à percepção geral das exigências da vida em sociedade. Esse princípio vem apresentado tradicionalmente como o fundamento de vários institutos e normas do direito administrativo e, também, de prerrogativas e decisões, por vezes arbitrárias, da Administração Pública. Mas vem sendo matizado pela idéia de que à Administração cabe realizar a ponderação dos interesses presentes numa determinada circunstância, para que não ocorra sacrifício a priori de nenhum interesse; o objetivo dessa função está na busca de compatibilidade ou conciliação dos interesses com a minimização de sacrifícios. O princípio da proporcionalidade também matiza o sentido absoluto do preceito, pois implica, entre outras decorrências, a busca da providência mais gravosa, na obtenção de um resultado³⁰.

A mesma autora ampliou a problematização em torno do conceito de *interesse público*, em outra obra, que se propõe a captar transformações nas matrizes clássicas do direito administrativo:

A noção de interesse público aparece, ao mesmo, como fundamento, limite e instrumento do poder; configura medida e finalidade da função administrativa. Já foi utilizada no direito francês como critério de caracterização do direito administrativo. Subjacente o grande número de institutos do direito administrativo, apresenta-se como suporte e legitimação de atos e medidas no âmbito da

29 FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo; Saraiva, p. 53, 2008.

30 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: RT, p. 128, 2007.

Administração, sobressaindo com frequência nos temas do motivo e fim dos atos administrativos. O tema emerge também ao se estudar a grande dicotomia público-privado, pois tradicionalmente se arrola o interesse público como critério de diferenciação. E surgiu o princípio da primazia do interesse público. Como norteador do direito administrativo indica-se, ainda, o princípio da indisponibilidade do interesse público, segundo o qual é vedado à autoridade administrativa deixar de tomar medidas ou retardar medidas que são relevantes ao atendimento do interesse público, em virtude de qualquer outro motivo. A presença ampla da expressão interesse público no âmbito do direito administrativo contrasta, no entanto, com as dificuldades que surgem ao se tentar apreensão terminológica ou conceitual, dotada de alguma precisão. Já se tornou freqüente, nos estudos a respeito, o cotejo de expressões semelhantes. Mais próxima se coloca a expressão interesse geral, utilizada no direito administrativo francês com as acepções que no direito administrativo pátrio se atribuem a interesse público [...]³¹

De igual modo, problematizador, a questão apareceu em Lucas da Rocha Furtado, procurador que atua junto ao Tribunal de Contas da União. Suas reflexões matizam a experiência de quem lida com a coisa pública, em seu aspecto mais pontual, isto é, no controle geral dos gastos:

Acerca da supremacia do interesse público, a primeira observação a ser feita é no sentido de que não existem interesses públicos presumidos ou ilimitados. Eles somente existem após serem reconhecidos pela Constituição Federal ou por lei como tais, e necessariamente terão limites também fixados pela Constituição ou pela lei. A segunda observação questiona a legitimidade ou o momento em que é feita a valoração acerca da necessidade de determinados interesses serem elevados à categoria de públicos e de se sobreponem a outros interesses, igualmente legítimos. Essa valoração ou definição de hierarquia de interesses é tarefa que cabe ao legislador; ou ao constituinte, e não ao administrador público. Cabe à Constituição ou à lei proceder a esse juízo de ponderação e atribuir a alguns interesses supremacia sobre outros. Realizado esse trabalho de ponderação, o legislador irá conferir a determinadas pessoas, sobretudo ao Estado, determinadas prerrogativas públicas, que extrapolam do Direito comum, prerrogativas necessárias à realização desses interesses que foram reconhecidos pelos representantes da população como os mais importantes para o País. [...] A supremacia do interesse público sobre

31 MEDAUAR, Odete., *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: RT, p. 185-186, 2003.

o interesse privado consiste, portanto, tão-somente, no exercício das prerrogativas públicas, prerrogativas que afastam ou prevalecem sobre outros interesses³².

O *interesse público* sugere indisponibilidade. Aqui o nó górdio da questão. Um autor inovador, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, plasma no interesse público um sentido de finalidade:

[...] A lei capta e identifica um determinado interesse geral, define-o como um interesse público e, com isso, prioriza se atendimento sobre os demais interesses, em certas condições. Portanto, a norma legal, ao enunciar interesse público específico, comete ao Estado, por qualquer de suas entidades, ou órgãos, ou mesmo a particulares, o encargo finalístico de satisfazê-lo, definindo, em consequência, as competências, as condições de proteção, os direitos e os deveres jurídicos correlatos [...] Em decorrência, a Administração não pode desistir de agir para a satisfação dos interesses que lhe forem confiados, embora isso não a tolha de escolher, nos limites da própria lei com outros, igualmente protegidos, mas que lhes sejam concorrentes, visando a uma mais justa e melhor realização do Direito³³.

O debate em torno do princípio da supremacia do *interesse público* aponta para problema muito maior que se desdobra, e que reflete a própria crise de paradigmas que vive o direito administrativo. É um autor do Rio de Janeiro quem denuncia que o direito administrativo brasileiro contemporâneo substancializa-se em um corpo teórico inconsistente, autoritário e ineficiente. A passagem que segue sugere uma revolução no direito administrativo brasileiro, apontando, especialmente, as razões da imprestabilidade do modelo atual. E assim:

A teoria do direito administrativo brasileiro sempre me pareceu inconsistente, do ponto de vista lógico-conceitual, autoritária, do ponto de vista político-jurídico, e ineficiente, de um ponto de vista pragmático³⁴.

A inconsistência, ao que parece, decorreria da impossibilidade de ligação prospectiva entre o substrato atávico que a idéia de interesse público expressa e ambiente normativo que deve ser informado por indicativos de peso constitucional, a exemplo da centralização no

32 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, p. 90-91, 2007.

33 NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, p. 90, 2006.

34 BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 2, 2008.

discurso jurídico contemporâneo na percepção da dignidade da pessoa humana³⁵. Assim, segundo Gustavo Binbenbojm:

Primeiro, e sobretudo, inconsistente. Como corroborar a versão da gênese do direito administrativo como fruto da sujeição da burocracia à lei e do advento do princípio da separação de poderes, quando se sabe que os principais institutos da disciplina foram forjados de forma autônoma pelo Conselho de Estado francês (e não por decisão autônoma do legislador), órgão administrativo que congregava atribuições legislativas e judicantes, sob o controle do Poder Executivo? Não seria essa a própria antítese da idéia de um regime de separação de poderes? Como enquadrar um princípio de supremacia de interesse público sobre os interesses particulares em um ambiente reconstitucionalizado, no qual se proclama a centralidade, não do Estado ou da sociedade, mas do sistema de direitos fundamentais? Como justificar a sobrevivência atávica de um conceito pré-constitucional de interesse público, diante da constitucionalização dos interesses individuais e coletivos mais relevantes? Como sustentar a existência de um princípio que, em sua estrutura semântica, pressupõe, não a ductibilidade, mas a prevalência a priori? Como ensinar que o princípio da legalidade administrativa se apresenta como uma vinculação positiva à lei, diante da preordenação constitucional da Administração Pública e dos crescentes espaços autônomos das autoridades administrativas?³⁶

Denuncia-se também o autoritarismo que informaria a concepção e a prática dos institutos do direito administrativo brasileiro. Nesse sentido, especialmente, o poder de polícia (que é definido no Código Tributário Nacional³⁷) fora marcado por discurso que não levava em conta a dogmática dos direitos fundamentais. Os marcos conceituais da definição de interesse público foram de certa forma fragilizados:

Segundo, a tradição autoritária. Inobstante sua decantada origem garantística, ligada ao acontecimento liberal do Estado de direito,

35 A propósito da eficácia jurídica dos aspectos materiais da dignidade da pessoa humana, conferir, por todos, BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, p. 121 e ss, 2008.

36 BINENBOJM, Gustavo. cit., loc.cit.

37 CTN, art. 78: Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplinas da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

é hoje reconhecida a raiz monárquica de boa parte dos institutos e categorias do direito administrativo. Trata-se de uma teoria elaborada tendo em a preservação de uma lógica da autoridade, e não a construção de uma lógica cidadã. Assim se dá, por exemplo, com institutos como a discricionariedade administrativa (e sua subtração automática à apreciação dos órgão de controle), o poder de polícia (e o seu desenvolvimento teórico sem qualquer referência ao regime constitucional dos direitos fundamentais) e o serviço público (construído a partir de critérios que tinha em vista o interesse do Estado, personificador da sociedade, e não os interesses constituídos dos cidadãos. A todas essas categorias dava (ou pretendia dar) suporte teórico um conceito fluido e vago de interesse público, como pedra de toque de um regime jurídico diferenciado do direito privado, que se justificava pela referência imediata àquilo que o Estado definia como móvel da sociedade e dos indivíduos³⁸.

Como resultado, a ineficiência, que decorreria da baixíssima racionalidade prática do modelo, nos termos cogitados por Gustavo Binenbojm. O que não deixa de ser contraditório, à luz da história das idéias. É que, no sentido weberiano, o modelo burocrático seria instrumento da racionalização do comportamento político, e a ele seguiria um referencial de eficiência. De qualquer modo, segundo o autor aqui estudado:

Terceiro, e por fim, ineficiente. Os esquemas tradicionais por meio dos quais se move o aparelho burocrático são ineficientes, em parte, devido ao baixo grau de racionalidade do regime jurídico administrativo. A idéia de um regime de prerrogativas e restrições, constitutivos da própria essência do regime administrativo, acabou por se tornar um critério per se, antes que um meio para a realização de determinadas finalidades. Como definir o regime por sua forma, se esta só se justifica à vista de fins a serem promovidos? Por que o esquema de comando-e-controle subsiste como método básico de atuação do Estado brasileiro? Seriam os custos com procedimentos rígidos, demorados e ineficientes (licitações, por exemplo) nas mais de 5.700 administrações públicas existentes no Brasil justificáveis por razões de legitimidade? Seria esta a melhor maneira de conciliar legitimidade e eficiência? Por que a estrutura da Administração deve ser unitária e diretamente responsiva às escolhas políticas do Chefe do Poder Executivo, quando outros interesses sociais podem recomendar um policentrismo organizacional, sob certas condições? Seriam os modelos burocráticos inglês e norte-americano (que

38 BINENBOJM, Gustavo. cit., p. 2-3.

sempre reservaram um espaço decisório autônomo para autoridades independentes em determinados setores da Administração) essencialmente antidemocráticos?³⁹

O dogma do *interesse público*, tal como desenhado a partir do discurso vanguardista da revolução francesa encetaria, na verdade, uma quebra das relações isonômicas, bem como fixaria de modo definitivo a superioridade do interesse do governante. De tal modo, *o velho dogma absolutista da verticalidade das relações entre o soberano e seus súditos serviria para justificar, sob o manto da supremacia do interesse público sobre os interesses dos particulares, a quebra da isonomia*⁴⁰. A questão já fora colocada por Eduardo García de Enterría.

Tem-se o núcleo de esforço doutrinário que promove inegável desconstrução do princípio da supremacia do *interesse público*. É esse o tema que oxigena obra importantíssima, coordenada por Daniel Sarmiento, com intrigante título que opõe *interesses públicos e interesses privados*, e que conta com intervenções de Alexandre Santos de Aragão, do próprio Daniel Sarmiento, de Gustavo Binjenbojm, de Humberto Ávila e de Paulo Ricardo Schier. Constitucionaliza-se o entendimento de *interesse público*, que ganha nova dimensão:

[...] muitas vezes as lides envolvendo o Direito Público ainda se vêem turvadas por uma genérica e mítica invocação do ‘interesse público’, ou de subespécies suas como ‘ordem pública’, ‘saúde pública’, ‘bem-estar da coletividade’, ‘moral pública’, etc., que, ao entrar em ponderação com quaisquer outros valores envolvidos, sempre prevaleceriam, ainda quando a Constituição ou a lei já contivessem regra específica pré-disciplinando e pré-ponderando a questão, o que é inadmissível. Não há um interesse público abstratamente considerado que deva prevalecer sobre os interesses particulares eventualmente envolvidos. A tarefa regulatória do Estado é bem mais complexa do que a singela formulação de uma ‘supremacia do interesse público’⁴¹.

Daniel Sarmiento *filtrou constitucionalmente* o problema, vinculando o interesse público a um *patriotismo* que radica na constituição, leitura feita a partir de filosofia constitucional que radica em Jürgen Habermas:

39 BINENBOJM, Gustavo. cit., p. 3.

40 BINENBOJM, Gustavo. cit., p. 14.

41 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A Supremacia do Interesse Público no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo*, in Daniel Sarmiento (org.), *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 4, 2007.

Negar a supremacia do interesse público sobre o particular e afirmar a supremacia *prima facie* dos direitos fundamentais sobre os interesses da coletividade pode parecer para alguns uma postura anti-cívica. Numa ‘sociedade de indivíduos’, em que os laços sociais afrouxaram-se, esta perspectiva pode soar como estímulo para o egocentrismo; como um combustível para as tendências centrífugas já tão disseminadas no mundo contemporâneo. E, no contexto brasileiro, a fragilidade das nossas tradições republicanas e o ambiente cultural de rarefação do civismo podem ser vistos como um solo que, germinado por idéias tão liberais – que dão tanta ênfase ao discurso dos direitos –, produza como regra maior da nossa moralidade social. Mas essa visão não se justifica. O bom civismo, cujo cultivo interessa ao Estado Democrático de Direito, não é o do nacionalismo à outrance – que tanto mal já fez à Humanidade –, nem o que prega a entrega incondicional do indivíduo às causas da coletividade. O civismo que interessa é o do ‘patriotismo constitucional’, que pressupõe a consolidação de uma cultura de direitos humanos. Afinal, numa sociedade pluralista como a nossa, não parece possível fundar a lealdade ao Estado exclusivamente no compartilhamento de alguma identidade cultural. O engajamento em causas comuns e a cooperação solidária carecem também de outros alicerces. E um destes alicerces pode ser a percepção de cada pessoa de que vive sob a égide de um regime constitucional que trata a todos com o mesmo respeito e consideração; a compreensão de que não se é súdito do Estado, mas cidadão; participe da formação da vontade coletiva, mas também titular de uma esfera de direitos invioláveis; sujeito e não objeto da História. Só que isto requer um Estado que respeite profundamente os interesses legítimos dos seus cidadãos⁴².

De acordo com Gustavo Binbenbojm o princípio da supremacia do *interesse público* sobre o interesse privado é um dos três paradigmas clássicos do direito administrativo que se encontra desafiado, ao lado da legalidade administrativa como vinculação positiva e da intangibilidade do mérito administrativo⁴³. É o mesmo autor quem sugere que se submeta o conceito de interesse público ao escrutínio da proporcionalidade e da razoabilidade:

Veja-se que não se nega, de forma alguma, o conceito de interesse público, mas tão-somente a existência de um princípio da

42 SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional*, in Sarmento, Daniel (org.), cit., p. 115-116.

43 Cf. BINENBOJM, Gustavo. *Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade- Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo*, in Daniel Sarmento (org.), cit., p. 126-127.

supremacia do interesse público. Explica-se: se o interesse público, por ser um conceito jurídico determinado, só é aferível após juízos de ponderação entre direitos individuais e metas ou interesses coletivos, feitos à luz de circunstâncias concretas, qual o sentido em falar-se em num princípio jurídico que apenas afirme que, no final, ao cabo do processo ponderativo, se chegará a uma solução (Istoé, ao interesse público concreto) que sempre prevalecerá? Em outras palavras: qualquer que seja o conteúdo deste ‘interesse público’ obtido em concreto, ele sempre prevalecerá. Ora, isso não é um princípio jurídico. Um princípio que se presta a afirmar que o que há de prevalecer sempre prevalecerá não é um princípio, mas uma tautologia. Daí se propor que é o postulado da proporcionalidade que, na verdade, explica com se define o que é o interesse público, em cada caso. O problema teórico verdadeiro não é a prevalência, mas o conteúdo que deve prevalecer⁴⁴.

Para Humberto Ávila, autor de vigoroso ensaio sobre o tema, o princípio da supremacia do *interesse público* sobre o privado não seria, rigorosamente, um princípio jurídico ou norma-princípio. E justificou, nas conclusões anotadas no aludido ensaio:

-conceitualmente ele não é uma norma-princípio: ele possui apenas um grau normal de aplicação, sem qualquer referência às possibilidades normativas e concretas; -normativamente ele não é uma norma-princípio: ele não pode ser descrito como um princípio jurídico constitucional imanente; -ele não pode conceitualmente e normativamente descrever uma relação de supremacia: se a discussão é sobre a função administrativa, não pode ‘o’ interesse público (ou os interesses públicos), sob o ângulo da atividade administrativa, ser descrito separadamente dos interesses privados⁴⁵.

Paulo Ricardo Schier insistiu que a concepção da supremacia do *interesse público* não pode ser absoluta, devendo-se empregar, sempre, mecanismos de ponderação⁴⁶. O que se observa, na linha de pensamento desses autores, é tentativa de se vincular o *interesse público* a vetores hermenêuticos pautados na constituição, a exemplo do referencial superior da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da

44 BINENBOJM, Gustavo. in Daniel Sarmento (org.), cit., p. 167.

45 ÁVILA, Humberto. *Repensando a Supremacia do Interesse Público sobre o Particular*, in Daniel Sarmento (org.), cit., p. 213-214.

46 SCHIER, Paulo. *Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais*, in Daniel Sarmento (org.), cit., p. 241.

razoabilidade. Percebe-se, assim, do ponto de vista doutrinário, esforço para constitucionalização dos referenciais do direito administrativo. É a invasão da constituição, tema recorrente no direito contemporâneo⁴⁷.

Outra autora, Alice Gonzalez Borges, propõe reconstrução do conceito de supremacia do *interesse público*. Observa, em tom de alerta, que não se pode *confundir a supremacia do interesse público – alicerces das estruturas democráticas, pilar do regime jurídico-administrativo– com suas manipulações e desvirtuamentos em prol do autoritarismo retrógrado e reacionário de certas autoridades administrativas [...] o problema, pois, não é do princípio: é, antes de sua aplicação prática*⁴⁸.

Reconhecendo que o *interesse público é um conceito indeterminado, plurissignificativo – talvez o mais indeterminado deles – e por isso mesmo de difícil (mas não impossível) definição*⁴⁹, Alice Gonzalez Borges coloca a constituição como fonte primacial dos referidos interesses⁵⁰. Haveria *multiplicidade e conflitualidade de interesses públicos*⁵¹. Retomando lição clássica, no sentido de fracionar interesses públicos em primários e secundários, a autora aqui estudada observa que deve haver vínculo entre *interesses públicos e interesses públicos primários*. São esses últimos que qualificam aqueles primeiros.

Interesses primários seriam aqueles objetivamente identificados como de interesse comum, e de abrangência aferível, no sentido de que alcance o número de interessados, ou pelo menos o impacto desses interesses. É o caso, por exemplo, da educação, da segurança e da saúde públicas. Interesses secundários atenderiam aos objetivos do governante, fomentariam políticas públicas vinculadas a agenda do detentor do poder. Nem sempre interesses secundários se confundiriam com interesses primários. Ter-se-ia, em linhas gerais, fracionamento entre Estado e Governo.

Cotejando *interesses públicos* com interesses individuais a mesma autora, Alice Gonzalez Borges, lembrou *que a noção de interesse público não se contrapõe aos interesses individuais dos integrantes da sociedade*⁵².

47 Cf. MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo- A Invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.

48 BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou Reconstrução? *Revista Interesse Público*, Ano VIII, n° 37. Porto Alegre: Notadez, 2006.

49 BORGES, Alice Gonzalez. cit.

50 Cf. BORGES, Alice Gonzalez. cit.

51 Cf. BORGES, Alice Gonzalez. cit.

52 Cf. BORGES, Alice Gonzalez. cit.

Por fim, defendeu a idéia presentemente triunfante, no sentido de que a fixação do interesse público, nos casos concretos, depende objetivamente de juízos de ponderação.

A opção deve partir da definição dos direitos fundamentais, com agenda objetiva, alavancando-se a irradiação do cumprimento desses direitos⁵³, tendo-se a constituição como paradigma⁵⁴. Direitos fundamentais carecem de garantias⁵⁵; a definição dessas últimas demanda fixação conceitual mais exata do que seja interesse público. E essa fixação é mera opção, que decorre da eleição de valores constitucionais⁵⁶, a exemplo da *ambiciosa* opção feita pela constituição espanhola de 1978⁵⁷.

A aplicação do princípio da proporcionalidade possibilitaria a mediação entre direitos fundamentais e vida real⁵⁸. Assim, a eleição de critérios para fixação do conceito de *interesse público* exige que se afira a necessidade, a adequação, bem como a proporcionalidade em sentido estrito, isto é, a determinação exata da importância de uma dada intervenção ou opção.

Contemporaneamente, *interesses públicos* deixam de qualificar conceitos totalizantes, absolutos, apriorísticos. Exige-se reflexão em torno de casos concretos, lidos à luz da ponderação. Não se pode perder de vista também o consentimento do cidadão-cliente, no que se refere à definição de políticas e do agir administrativo⁵⁹.

Na sempre lúcida lição de Luís Carlos Bresser Pereira, o Estado contemporâneo deve propiciar serviços públicos mais eficientes, orientar-se para atender ao um cidadão-cliente, bem como contar com

53 Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, p.524, 2008.

54 Cf. REYES, Manuel Aragon. *La Constitución como Paradigma*, in Carbonell, Miguel (ed.), *Teoria del Neoconstitucionalismo- Ensayos Escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, p. 29 e ss, 2007.

55 Cf. Luigi Ferrajoli, *Derechos Fundamentales*, in Ferrajoli, Luigi (coord.), *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, pp. 45 e ss.

56 Cf. FREIRE, Antonio Manuel Peña. *La Garantía em el Estado Constitucional de Derecho*. Madrid: Editorial Trotta, p. 75, 1997.

57 Antonio E.Perez Luño, *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, p. 55, 2007.

58 Conferir, por todos, Carlos Bernal Pulido, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

59 Cf. GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 1, Parte Geral. Edição Brasileira. Belo Horizonte e São Paulo: Del Rey e F.D.A., p. II-14 e II-15, 2003.

servidores responsáveis para com o resultado de seus atos e omissões⁶⁰. Neste sentido, a construção doutrinária clássica de interesse público ganha novos contornos, que revelam uma necessidade de trato republicano para com os negócios do Estado.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARAGÃO Alexandre Santos, *A Supremacia do Interesse Público no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo*, in Daniel Sarmiento (org.), *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- ARAÚJO, Edmir Netto, *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, *Princípios Gerais de Direito*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BARCELLOS, Ana Paula de, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BINENBOJM, Gustavo, *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BORGES, Alice Gonzalez, Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou Reconstrução? *Revista Interesse Público*, Ano VIII, nº 37. Porto Alegre: Notadez, 2006.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos, *Construindo o Estado Republicano-Democracia e Reforma na Gestão Pública*, Rio de Janeiro: FGV, 2009.
- CAETANO, Marcelo, *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

60 Cf. Luiz Carlos Bresser-Pereira, *Construindo o Estado Republicano-Democracia e Reforma na Gestão Pública*, Rio de Janeiro: FGV, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Processo Administrativo Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão, *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.

CIRNE LIMA, Rui, *Princípios de Direito Administrativo*. Atualização de Paulo Alberto Paqualini. São Paulo: Malheiros, 2007.

CIRNE LIMA, Rui, *Sistema de Direito Administrativo Brasileiro*. Porto Alegre: Gráfica Editora Santa Maria, 1953.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes, *A Administração Pública e a Ordem Jurídica Privada*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares S.A., 1961.

DENT, N. J. H., *Dicionário Rousseau*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1996. Tradução de Álvaro Cabral.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos Fundamentales*, in Ferrajoli, Luigi (coord.), *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

FERRAZ, Sérgio Ferraz e DALLARI, Adilson Abreu, *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

FONSECA, Tito Prates, *Lições de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.

FREIRE, Antonio Manuel Peña, *La Garantia em el Estado Constitucional de Derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

FURTADO, Lucas Rocha, *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Revolucion Francesa y Administracion Contemporânea*. Madrid: Civitas, 1994.

- GASPARINI, Diógenes, *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 1, Parte Geral. Edição Brasileira. Belo Horizonte e São Paulo: Del Rey e F.D.A., 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo; Saraiva, 2008.
- LUÑO, Antonio E.Perez, *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2007.
- MEDAUAR, Odete, *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: RT, 2007.
- MEDAUAR, Odete, *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: RT, 2003.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MOREIRA, Eduardo Ribeiro, *Neoconstitucionalismo- A Invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.
- PAULINO, José Soares de Sousa Paulino, Visconde do Uruguai. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. São Paulo: 34, 2002.
- PULIDO, Carlos Bernal, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- REYES. Manuel Aragon, *La Constitución como Paradigma*, in Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del Neoconstitucionalismo- Ensayos Escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- RIBAS, Antonio Joaquim Ribas, *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: F. L. Pinto e C., Livreiros-Editores, 1866.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *O Contrato Social*. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *O Antigo Regime e a Revolução*. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- Tourinho, Rita, *A Principiologia Jurídica e o Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa*, in Garcia, Emerson (coord.), *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NAS EXECUÇÕES FISCAIS

THE DISREGARD OF THE LEGAL PERSONALITY AT THE TAX FORECLOSURES

*Alvacir de Sá Barcellos
Procurador Federal
Especialista em Direito Público*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Aspectos destacados sobre o poder-dever de tributar; 2 Pessoas jurídicas; 2.1 A proteção à personalidade dos entes coletivos; 2.2 Teorias e sistemas de identificação das pessoas jurídicas; 2.3 O livre exercício da atividade econômica e a função social da empresa; 2.4 Razões para a distinção entre as personalidades da pessoa jurídica e de seus membros; 3 Desconsideração da personalidade jurídica da empresa; 3.1 Interpretação e integração da legislação tributária; 3.2 Fundamentos para a desconsideração da pessoa jurídica; 3.3 Responsabilidade tributária de terceiros; 3.4 Diferença entre a responsabilidade de terceiros e a desconsideração da personalidade jurídica; 3.5 Análise da jurisprudência; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho busca analisar os institutos da desconsideração da personalidade jurídica da empresa e da responsabilidade dos sócios no redirecionamento das execuções fiscais, identificar diferenças e semelhanças entre eles e investigar a possibilidade de utilização da disregard doctrine nessa espécie executiva, discorrendo ainda sobre os objetivos da separação entre as personalidades da pessoa jurídica e dos seus sócios, os limites constitucionais ao poder de tributar, o dever-poder do Estado cobrar – e não só instituir – tributos e a sintonia deste munus com os princípios da ordem econômica e financeira.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoa jurídica. Desconsideração. Personalidade jurídica. Responsabilidade. Terceiros. Hipóteses. Cabimento. Execução fiscal.

ABSTRACT: The disregard of the legal personality at the tax foreclosures. This study aims to analyze the institutes of disregard of legal personality of the company and the liability of the partners in the redirection of tax foreclosures, identify differences and similarities between them and investigate the possibility of using this kind of disregard doctrine in this executive kind, speaking also on objectives of the separation between the personalities of the corporation and its partners, the constitutional limits on the power to tax, the state duty-power of the charge - and not just set up - this munus taxes and harmony with the principles of economic and financial order.

KEYWORDS: Legal person. Disregard. Legal personality. Responsibility. Third. Hypotheses. Belong. Tax foreclosures.

INTRODUÇÃO

Os tributos constituem a principal fonte de receitas do Estado, através das quais são concretizados os serviços públicos impostos a este, em benefício de toda a sociedade. Mas este mesmo interesse público que impõe ao Estado uma arrecadação financeira cada vez maior, de outro lado também lhe exige fomentar a economia, através de estímulos ao crescimento e expansão das empresas, como instrumento de alcance da justiça social, o que por sua vez reclama justamente uma ação contrária àquela, qual seja, uma maior desoneração tributária.

Percebe-se, então, que paralelamente ao poder de impor tributos, o Estado tem por obrigação o dever de atenuar ao máximo esse mesmo ônus às suas empresas e aos seus cidadãos.

Esse aparente conflito de objetos reflete uma imposição de se dar maior efetividade a todos os passos da cadeia dos tributos, desde a competência e previsão legal de cada espécie tributária até sua concreta arrecadação aos cofres públicos.

A experiência nos mostra que entre a previsão legal de exigência de um tributo e a sua efetiva arrecadação há uma distância enorme.

A principal brecha pela qual as previsões de arrecadação escorrem, antes mesmo de passar pelos cofres públicos, provavelmente seja a simples facilidade para a inadimplência.

Sem negar a existência de outras causas de desvio, o presente trabalho busca enfrentar apenas uma delas, qual seja, a utilização das normas de proteção e fomento da pessoa jurídica como instrumento facilitador para o descumprimento das obrigações tributárias.

A separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e o de seus membros tem uma finalidade social importante, razão pela qual tem recebido merecida proteção dos ordenamentos jurídicos de todas as nações. Sem a proteção jurídica dos direitos da personalidade da empresa e a limitação da sua responsabilidade aos seus próprios bens o capitalismo não teria evoluído no ritmo que evoluiu, e continua evoluindo.

Muitas vezes, porém, essa justa proteção jurídica é utilizada como subterfúgio para se furtar ao adimplemento de obrigações, tanto de natureza privada, quanto pública, como é o caso do pagamento de tributos.

Temos presenciado a facilidade com que alguns “empresários” mal intencionados fecham uma porta e abrem outra, às vezes para exercer a mesma atividade com uma nova roupagem, deixando para trás todo um passivo que contribui para prejuízos ou mesmo a quebra de terceiros de boa-fé, além de desfalcar os cofres públicos do pagamento dos tributos decorrentes do exercício de sua atividade, através da simples constituição de uma nova empresa, com ou sem *o uso* de “laranjas”, para iniciar um novo ciclo parasitário de utilização dos instrumentos jurídicos de proteção de seus patrimônios pessoais, em prejuízo de toda a sociedade.

Mas não é só. Certamente em bem maior número do que os fraudadores, muitos empreendedores que sequer cogitam dessa má-fé também persistem em levar adiante seus negócios mesmo após acumularem um considerável passivo, inclusive tributário, já estando quebrados sob a ótica econômica – não obstante ainda não o sejam sob o prisma jurídico –, na expectativa quase sempre improvável de que as dificuldades sejam superadas.

Não é difícil, então, perceber que nessas situações o ônus da inadimplência acaba sendo suportado por toda a sociedade, como forma de diluição dos prejuízos causados pelo aventureiro.

Uma reavaliação dos objetivos que levaram a criação do instrumento da pessoa jurídica e uma releitura dos preceitos que regem este instituto, bem como a análise dos limites constitucionais ao poder de tributar e dos princípios que regem a ordem econômica e financeira podem nos mostrar caminhos diversos daqueles que vêm sendo trilhados pela doutrina e jurisprudência nacionais majoritárias.

Nesse diapasão, o presente trabalho busca analisar os institutos da desconsideração da personalidade jurídica da empresa e da responsabilidade dos sócios no redirecionamento das execuções fiscais, identificar diferenças e semelhanças entre eles e investigar a possibilidade de utilização da *disregard doctrine* nessa espécie executiva, discorrendo ainda sobre os objetivos da separação entre as personalidades da pessoa jurídica e dos seus sócios, os limites constitucionais ao poder de tributar, o dever-poder do Estado cobrar – e não só instituir – tributos e a sintonia deste *munus* com os princípios da ordem econômica e financeira.

1 ASPECTOS DESTACADOS SOBRE O PODER-DEVER DE TRIBUTAR

Para fazer frente às suas despesas, o Estado precisa arrecadar recursos, o que se dá principalmente através da incidência de tributos sobre os mais diferentes fatos jurídicos.

Nos países capitalistas a atividade econômica é desempenhada, como regra principal, pela iniciativa privada, restando ao Estado a prestação dos serviços públicos que não são atendidos pelos particulares, seja por falta de estrutura ou mesmo ausência de interesse por parte destes em prestá-los.

Esses serviços públicos, obviamente, têm seu custo e, de outro lado, a regra geral é que os indivíduos não contribuem para o custeio do Estado sem uma imposição legal¹.

Como isso sempre foi assim, os custos do Estado tiveram e têm que ser efetivados através de coação aos súditos.

Daí a compulsoriedade da obrigação tributária imposta no atual conceito de tributo apontado pelo art. 3º do CTN:

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Nos Estados de Direito essa imposição para pagar tributos se dá por intermédio de lei e a tributação tem se mostrado como um instrumento insubstituível de manutenção dos serviços públicos nas economias capitalistas.

O fundamento do poder de tributar reside na soberania do Estado sobre seus súditos, bem como na exigência de satisfazer as necessidades públicas de seus cidadãos. Emanada diretamente da Constituição e se mostra regulamentado por lei.

Além disso, como diz Carrazza, “numa República, o Estado, longe de ser o senhor dos cidadãos, é o protetor supremo de seus interesses materiais e morais”²

1 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 426.

2 CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 19. ed. São Paulo: Malheiros 2004, p. 52.

Apesar do poder de tributar também ser utilizado para tanto, ele difere do poder de polícia porque neste o objeto é a limitação dos direitos da liberdade ou da propriedade como forma de compatibilizá-los com o bem-estar social³.

Hodiernamente, como ensina Machado, a imposição estatal de tributos não é mais vista como simples exercício de poder do Estado, mas sim como decorrência de uma relação jurídica tributária que nasce a partir da ordem constitucional e é regulamentada através da lei.

Nos dias atuais, entretanto, já não é razoável admitir-se a relação tributária como relação de poder, e por isto mesmo devem ser rechaçadas as teses autoritaristas. A ideia de liberdade, que preside nos dias atuais a própria concepção do Estado, há de estar presente, sempre, também na relação de tributação.⁴

Entretanto, a exigência de se afastar o autoritarismo da relação jurídico-tributária, imposta pelo Estado Democrático de Direito e viabilizada por princípios e limitações ao poder de tributar, não pode ser absoluta, sob pena de obstruir o próprio dever estatal de exigir das pessoas as contribuições para os custos do Estado e tornar o tributo uma faculdade para os contribuintes.

O poder integra o conceito de Estado e, no seu aspecto político, emana da soberania deste em relação aos cidadãos, a qual só encontra limites na autolimitação imposta pelo próprio Estado através do ordenamento jurídico. A partir daí, esse poder deixa de ser apenas político para tornar-se um poder jurídico.

Daí as conclusões de Bernardo apontarem que o tributo deixou de ser uma imposição arbitrária para tornar-se o veículo estatal para atender os objetivos sociais da população.

O tributo, assim, não é mais uma imposição exigida arbitrariamente do contribuinte, à semelhança da submissão do vencido ao vencedor, como era antigamente. O tributo, nos dias de hoje, representa um instrumento jurídico do Estado para auferir as receitas de que necessita para atender aos seus fins. No Estado moderno, isso se

3 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 684.

4 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo Tributário*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 49.

justifica somente quando permitido por lei, através de órgão estatal devidamente autorizado. [...].⁵

Assim, pode-se concluir que o poder fiscal abrange não só o dever de instituir os tributos necessários à satisfação das necessidades públicas das pessoas, mas também o dever de efetivamente cobrar os tributos que o Estado impôs.

2 PESSOAS JURÍDICAS

2.1 A PROTEÇÃO À PERSONALIDADE DOS ENTES COLETIVOS

O ordenamento jurídico confere proteção legal não só às pessoas naturais ou físicas, mas também aos agrupamentos de indivíduos ou de bens reunidos para a realização de determinadas finalidades comuns, os quais, a partir da sua nova organização, passam a ser denominados como pessoa jurídica e não mais se confundem com os seres humanos que lhe deram origem.

Segundo ensina Gustavo Tepedino:

[...] Pessoa jurídica, portanto, é o agrupamento de pessoas dotado pela lei de aptidão para a titularidade de direitos e obrigações na ordem civil, tendo, assim, personalidade jurídica própria, independente da de seus membros.⁶

Após constituídas, as pessoas coletivas passam a usufruir da mesma proteção aos direitos da personalidade de que gozam as pessoas naturais, em decorrência do art. 52 do Código Civil. No dizer de Maria Helena Diniz:

As pessoas jurídicas têm direitos da personalidade, como o direito ao nome, à marca, à honra objetiva, à imagem, ao segredo etc., por serem entes dotados de personalidade pelo ordenamento jurídico-positivo, e podem sofrer dano moral [...]. Tais direitos lhes são reconhecidos no mesmo instante da sua inscrição no registro competente, subsistindo enquanto atuarem e terminando com o cancelamento da inscrição das pessoas jurídicas.⁷

5 MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de Direito Tributário*, V. 1, 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 257.

6 TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil Interpretado*, v. 1, 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 106.

7 DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 71.

A personalidade é o conjunto de atributos e qualidades das pessoas, que são considerados como o objeto de proteção de direitos pelo ordenamento jurídico.

No direito brasileiro a personalidade da pessoa jurídica nasce com a inscrição dos atos constitutivos da instituição no competente registro, como diz o artigo 45 do Código Civil. Só a partir daí é que essa nova pessoa, de espécie ideal, passa a receber a proteção total do Estado, sendo suscetível de aquisição e exercício de direitos.

Observa-se que o Código Civil de 2002 inovou em relação ao anterior e regulamentou o período intermediário entre a criação da pessoa jurídica no plano dos fatos (material) e a sua existência no plano do direito (jurídico).

Art. 986. Enquanto não inscritos os atos constitutivos, rege-se a sociedade, exceto por ações em organização, pelo disposto neste Capítulo, observadas, subsidiariamente e no que com ele forem compatíveis, as normas da sociedade simples.

Assim, mesmo que ainda não registrados os atos constitutivos da sociedade, já haverá relação jurídica entre seus sócios, ou entre estes e terceiros, devidamente regulada pelo direito. Logo, o contrato social já documentado passa a constituir efeitos mesmo antes de seu registro.

O que ainda inexistirá, antes do registro, é a personificação da pessoa jurídica, existindo antes disso apenas uma pessoa moral constituída pelo grupo de pessoas naturais que a compõem.

2.2 TEORIAS E SISTEMAS DE IDENTIFICAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS

As principais teorias que tentam explicar ou justificar a existência da pessoa jurídica são basicamente duas:

- a) a teoria da ficção legal, que consiste em qualificar a existência da pessoa jurídica como mero produto da norma, sem uma existência real, ao contrário da pessoa humana, que é fruto da natureza;
- b) a teoria da realidade, que confere à vontade humana capacidade suficiente para a criação de uma nova organização, diversa

de seus membros e criadores, capaz de ter vida própria e se tornar sujeito de direito.

Também são dois os critérios de identificação de uma pessoa jurídica segundo as realidades supra-individuais existentes no plano fático e pré-normativo. São eles:

- a) o sistema maximalista, que exige um critério mais minucioso para reconhecer um agrupamento de indivíduos como pessoa jurídica, excluindo todas as entidades que não guardam rigorosa e total separação, principalmente no plano econômico, em relação a seus membros. Esse sistema nega a personalidade jurídica às sociedades civis ou às sociedades empresariais de pessoas, por falta dessa rigorosa separação entre o sócio e a sociedade. Estas não seriam pessoas jurídicas, mas comunhões de seres humanos, reunidos de acordo com o princípio da “Gesamthand”.
- b) o sistema minimalista, menos rigoroso nessa análise da identificação entre a entidade e seus membros, no qual todas as sociedades são reconhecidas como pessoas jurídicas.

A partir desses dois modelos de identificação das pessoas jurídicas, são ainda destacadas duas posições:

- a) a monista, que reconhece a pessoa jurídica como única forma de independência das esferas jurídicas individuais;
- b) a dualista, que ao lado das pessoas jurídicas também reconhece autonomia a outras figuras de direito, como se dá no sistema alemão.

O ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema minimalista, pois a criação de uma pessoa jurídica exige apenas a união de vontades de dois ou mais indivíduos pretensiosos de realizar um objeto lícito e que esse acordo se faça representado por um contrato devidamente registrado. É o que vê, por exemplo, no artigo 997 do Código Civil.

De outro lado, a ordem legal brasileira segue a posição monista, uma vez que arrola todas as espécies de pessoas jurídicas que podem ser criadas e não admite outras formas de personificação de agrupamentos de indivíduos. Nesse sentido o artigo 44 do Código Civil.

2.3 O LIVRE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ECONÔMICA E A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

A Constituição Federal de 1988 trata do tema “da ordem social” em um título próprio e “dos direitos sociais” em um capítulo do título que cuida “dos direitos e garantias fundamentais”.

Apesar da distância geográfica entre esses dois temas, “não ocorre uma separação radical, como se os direitos sociais não fossem algo ínsito na ordem social”, como observa *José Afonso da Silva*⁸, que ainda salienta que aqueles são conteúdo desta.

Pois a mesma simbiose também se dá entre os direitos sociais e os direitos econômicos, como se pode ver pela simples leitura dos princípios gerais da atividade econômica, previstos no art. 170 da Lei Fundamental:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

8 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 288, 2003.

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Pode se dizer, então, na companhia de José Afonso da Silva, que os princípios gerais da atividade econômica são instrumentos para a realização da Justiça Social, a qual se concretiza através da contemplação dos direitos sociais.

[...] Os direitos sociais disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto. Em certo sentido, pode-se admitir que os direitos econômicos constituirão pressupostos da existência dos direitos sociais, pois, sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia, não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e mais numerosos.⁹

Como, então, pode – ou está autorizado a – agir o Estado nesse ônus de participar e intervir na economia, de modo a atingir os direitos sociais?

Num primeiro momento, a atuação estatal se mostra pelo deixar os atores da economia agir com liberdade, em decorrência da própria determinação contida no parágrafo único do artigo 170 da CF, que está em sintonia com o artigo 5º, inciso XIII, o qual assegura a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Trata-se do principal incentivo à economia, que tem como fermento natural a própria demanda do mercado.

9 SILVA, op. cit., p. 289.

Num segundo plano, o Estado também pode atuar por intermédio de empresas públicas ou sociedades de economia mista, para desenvolver atividades econômicas que demandem relevante interesse coletivo ou tornem-se necessárias por imperativo da segurança nacional, em isonomia de tratamento com as empresas do setor privado do mesmo ramo.

Em outra banda, a atuação estatal impõe o exercício de ações normativa e reguladora da atividade econômica privada, por intermédio das funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

Em todos esses campos, a atuação do Estado está em garantir que a exploração das mais diversas atividades empresariais, que têm sua principal razão no justo objetivo de lucro, também se ajustem aos interesses sociais, o que obrigatoriamente passa pela efetivação da cobrança dos tributos devidos, uma vez que as empresas que desonram as obrigações fiscais não cumprem com sua função social, gerando danos à saúde, à previdência, à educação e a tantos outros interesses públicos, cujos prejuízos precisarão ser ressarcidos por toda a sociedade.

2.4 RAZÕES PARA A DISTINÇÃO ENTRE AS PERSONALIDADES DA PESSOA JURÍDICA E DE SEUS MEMBROS

O instituto da pessoa jurídica surgiu para servir às pessoas humanas, o que significa que a entidade formal não é um fim em si mesmo, mas um meio de obtenção de resultados sociais comuns, tanto para os que se associam na formação de uma pessoa ideal, como para os que com ela se relacionam e contratam.

A possibilidade de criação de uma sociedade para atingir determinado objetivo que uma só pessoa individualmente não alcançaria é instrumento legal de incentivo ao aumento da riqueza, da circulação de bens e de postos de trabalho. Consequentemente, é veículo de alcance da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Mas certamente o instituto não traz somente vantagens. Por vezes apresenta alguns incômodos, ao ponto de Requião imaginar o seu fim em relação às sociedades empresariais.

A teoria da personalidade jurídica, aplicada às sociedades comerciais, não deixa de criar sérios problemas, a ponto de presentirmos a sua decadência. [...] ¹⁰

10 REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, v. 1, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 376.

Mesmo não sendo tão radicais quanto Requião, também entendemos que a distinção entre as personalidades da pessoa jurídica e de seus membros precisa ser mais relativizada no direito, de modo a coibir a utilização da primeira como escudo para a realização de fraudes contra terceiros e, principalmente, contra o próprio Estado.

Em nossa atividade forense temos constatado a facilidade com que alguns “empresários” mal intencionados fecham uma porta e abrem outra, muitas vezes para exercer a mesma atividade com uma nova roupagem, saindo com seu patrimônio aumentado mas deixando para trás todo um passivo que contribui para grandes prejuízos ou mesmo a quebra de terceiros, além de desfaltar os cofres públicos do pagamento dos tributos decorrentes do exercício de sua atividade, através da simples constituição de uma nova empresa, para iniciar um novo ciclo parasitário de utilização dos instrumentos jurídicos de proteção de seus patrimônios pessoais, em prejuízo de toda a sociedade.

A Constituição da República dispõe de instrumentos inibidores de tais abusos, como são os princípios da função social da propriedade e da justiça social da ordem econômica. O mesmo ocorre com o ordenamento infraconstitucional, como se dá, por exemplo, com o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, presente no art. 50 do Código Civil brasileiro.

Em relação ao direito tributário, porém, a jurisprudência tem se apegado ao princípio da legalidade estrita e limitado o redirecionamento das execuções fiscais praticamente aos casos de comprovação, por parte do Fisco, da prática de atos que configurem abuso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatutos da sociedade, nos termos do art. 135 do CTN.

Essa limitação, que aparentemente atende aos anseios de uma sociedade pluralista baseada no capitalismo, a qual tem na empresa o principal elemento de desenvolvimento econômico e social, tem transferido ao Estado – e conseqüentemente a todo cidadão – a socialização dos prejuízos causados por alguns maus administradores que abusam do princípio da separação para defenderem seus interesses egoístas de enriquecimento a qualquer custo.

A desconsideração da pessoa jurídica não é um desprestígio ao instituto da personalização dos entes coletivos. Ao contrário, a doutrina da penetração é uma valorização dos objetivos para os quais a pessoa jurídica foi instituída e regulamentada pelo direito.

Por tal motivo a aplicação da *disregard of legal entity* deve buscar fundamento de validade nas próprias razões de criação do instituto da pessoa coletiva.

José Lamartine Corrêa de Oliveira proclamou que a crise da função da pessoa jurídica provém da desconformidade entre a realidade de algumas instituições perante os limites ontológicos e a fidelidade axiológica que esse instituto deve guardar em relação ao ordenamento jurídico.

Argumenta ainda o mesmo autor, que “a ordem jurídica só tem sentido quando orientada basicamente por determinados valores sem os quais ela não tem justificativa possível”, donde conclui que “a pessoa jurídica, realidade acidental e subordinada a esses valores reitores da ordem jurídica, existe em função de determinados fins, considerados humana e socialmente relevantes”¹¹.

Sob esse prisma, Lamartine desenvolveu sua compreensão sobre a desconsideração da pessoa jurídica, a qual vem circunstanciada em três pontos.

Em primeiro lugar, há que se superar a concepção unitarista da pessoa jurídica: pelo fato de a pessoa jurídica não ser equivalente ao ser humano, sua realidade não é unívoca, mas diversificada em inúmeros e diferentes tipos de pessoas. Por essa razão, em alguns desses tipos a maior proximidade real entre os sócios e a pessoa jurídica facilitaria as operações de desconsideração, que seriam dificultadas noutras pessoas jurídicas em que houvesse um distanciamento maior entre os membros e as entidades.

Em segundo lugar, não se pode confundir os casos de desconsideração da pessoa jurídica com as hipóteses legais de imputação de deveres a sujeitos diversos da pessoa jurídica¹² ou com a dissolução coativa desta última. A autêntica desconsideração da pessoa jurídica exige a suspensão de eficácia da personalidade desta para alcançar terceiros no que tange a certas e determinadas obrigações da entidade personificada. Nesse aspecto, a desconsideração da pessoa jurídica se entrelaça à *ideia* de abuso de direito.

Em terceiro e último lugar, deve-se buscar uma solução fiel à doutrina *realista* proposta por J. Lamartine Corrêa de Oliveira, em

11 OLIVEIRA, J. L. CORRÊA DE. *A dupla crise da pessoa jurídica*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 608.

12 OLIVEIRA, J. L. CORRÊA DE, op. cit., p. 610.

contraposição ao *fictionismo* defendido por Savigny e apenas semelhante ao *realismo* de Gierke.

De outro lado, se em tese o direito protege os terceiros prejudicados por ato de dolo ou má-fé, de outro, a jurisprudência dominante tem entendido que a responsabilização dos sócios exige a produção da prova de que os atos destes tenham sido fraudulentos. E aí reside o maior ônus das vítimas.

Como comprovar as atitudes dolosas dos sócios se elas são combinadas entre quatro paredes, com a utilização de subterfúgios que revestem os atos da capa de liceidade?

Por conta dessas dificuldades, doutrina e jurisprudência passaram a se debruçar em busca de soluções para o problema da utilização da pessoa jurídica para finalidades diversas das pretendidas pelos idealizadores deste instituto.

3 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA

Em razão das fraudes proporcionadas pela separação entre o patrimônio da empresa e os bens dos sócios, decorrente da personificação da primeira, o direito brasileiro, a partir da jurisprudência, passou a desenvolver um mecanismo de responsabilização dos segundos pelos atos ilícitos cometidos em nome da primeira.

Com origem nas jurisprudências inglesa e norte-americana¹³, a *disregard of legal entity* ou “doutrina da penetração” busca desconsiderar os efeitos da personificação da pessoa jurídica para atingir a responsabilidade individual dos seus membros nos casos de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, quando a primeira não possuir patrimônio suficiente para indenizar um lesado por seus atos.

O caso que deu origem à referida doutrina é assim narrado por Requião¹⁴:

[...] Em 1897, a justiça inglesa ocupou-se com um famoso caso – Salomon vs. Salomon & Co. – que envolvia o comerciante Aaron Salomon. Este empresário havia constituído uma *company*, em conjunto com outros seis componentes da sua família, e cedido

13 REQUIÃO op. cit., p. 377.

14 REQUIÃO, op. cit., p. 378.

seu fundo de comércio à sociedade que fundara, recebendo em consequência vinte mil ações representativas de sua contribuição, enquanto para cada um dos outros membros coube apenas uma ação para a integração do valor da incorporação do fundo de comércio na nova sociedade. Salomon recebeu obrigações garantidas no valor de dez mil libras esterlinas. A sociedade logo em seguida se revelou insolvável, sendo o seu ativo insuficiente para satisfazer as obrigações garantidas, nada sobrando para os credores quirografários.

O liquidante, no interesse dos credores quirografários, sustentou que a atividade da *company* era atividade de Salomon, que usou de artifício para limitar sua responsabilidade e, em consequência, Salomon deveria ser condenado ao pagamento dos débitos da *company*, devendo a soma investida na liquidação de seu crédito privilegiado ser destinada à satisfação dos credores da sociedade. O Juízo de primeira instância e depois a Corte acolheram essa pretensão, julgando que a *company* era exatamente uma entidade fiduciária de Salomon, ou melhor, um seu *agent* ou *trustee*, e que ele, na verdade, permanecera como o efetivo proprietário do fundo de comércio. Era a aplicação de um novo entendimento, desconsiderando a personalidade jurídica de que se revestia Salomon & Co.

A doutrina da desconsideração não busca anular a existência da pessoa jurídica, mas apenas considerar a sua personalização ineficaz em relação a determinado ato, concluindo que ele foi realizado por determinados membros da organização e não por esta.

3.1 INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA

Antes de se adentrar nos fundamentos jurídicos da aplicação do instituto da desconsideração da pessoa jurídica ao direito tributário, cumpre relembrar que este ramo do direito público dispõe de instrumentos próprios de simbiose com as demais espécies.

A interpretação das normas é matéria da hermenêutica jurídica e busca entender o verdadeiro sentido dos textos legais.

Já a integração é a busca pelo preenchimento de lacuna involuntária deixada pelo legislador. No dizer de Hugo de Brito, “não é atividade de simples declaração do sentido da norma, como a

interpretação, mas atividade criadora, embora esse processo criativo esteja diretamente vinculado a normas preexistentes”.¹⁵

Ao apontar as divergências existentes a respeito do tema, principalmente em relação à possibilidade de atividade criadora também na interpretação, bem como a afirmação de alguns de que nem uma nem outra aceitam essa ideia, o mesmo mestre nos diferencia os dois institutos:

É preferível, por isso, dizer-se que a interpretação pressupõe a existência de norma expressa e específica para o caso que se tem para resolver. O intérprete, então, determina o significado dessa norma, tendo em vista, especialmente, o sistema em que a mesma se encaixa. Já de integração se cogita quando se esteja na ausência de norma expressa e específica para o caso, e se tenha, por isto mesmo, de utilizar um dos meios indicados no art. 108 do CTN¹⁶.

O Capítulo IV, do Título I, do CTN, trata do tema da interpretação e da integração da legislação tributária.

O artigo 108 nos fornece a ordem sucessiva dos institutos que devem ser utilizados na atividade de integração legislativa, quando ocorrer ausência de disposição normativa tributária expressa aplicável ao caso ao qual se busca solução. Nessa hipótese, deve ser buscado o preenchimento da lacuna legislativa (daí se dizer que o nosso Código adotou a teoria das lacunas), sucessivamente, através da analogia, dos princípios gerais de direito tributário, dos princípios gerais de direito público e, por fim, da regra da *equidade*.

O parágrafo primeiro, do mesmo dispositivo legal, destaca que “o emprego da analogia não pode resultar na exigência de tributo não previsto em lei”, haja vista que a incidência tributária sujeita-se ao princípio da estrita tipicidade, segundo o qual o tributo deve estar previsto em um tipo fechado, que contenha todos os elementos da obrigação tributária, quais sejam, hipótese de incidência, sujeitos ativo e passivo, base de cálculo e alíquota, e não deixe espaço a ser preenchido pela Administração.

Já o parágrafo segundo do mesmo artigo proíbe que a utilização da equidade resulte na dispensa de pagamento de tributo

15 MACHADO, op. cit., p. 114-115.

16 MACHADO, op. cit., p. 115.

devido, o que implicaria em ofensa à Constituição Federal, que exige lei específica para cuidar de subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão. A regra também demonstra sintonia com o artigo 111 do CTN, apesar deste último tratar de interpretação.

Mesmo tendo o mencionado artigo 108 só elencado a utilização dos princípios gerais de direito tributário (espécie do gênero direito público) e das outras espécies de princípios gerais de direito público na atividade de integração legislativa, o artigo 109 nos esclarece que os princípios gerais de direito privado também deverão ser usados, quando se necessitar pesquisar a definição, o conteúdo e o alcance de seus próprios institutos, conceitos e formas, mas não para a definição dos respectivos efeitos tributários. Isso porque a legislação tributária utiliza-se desses conceitos e, portanto, precisa buscar nesses institutos o fundamento de sua aplicação.

O artigo 110, por sua vez, é mandamento de superioridade dos conceitos de direito privado em relação à lei tributária, nas oportunidades em que esta parecer estar desvirtuando a definição, o conteúdo e o alcance daqueles institutos. Exemplo típico ocorreu na edição da Lei nº 9.718/98, em que o legislador ordinário tentou dar à expressão receita bruta definição jurídico-tributária diversa da que já lhe dava o direito privado, o que acabou sendo rechaçado pelo Supremo Tribunal Federal:

CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE - ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. TRIBUTÁRIO - INSTITUTOS - EXPRESSÕES E VOCÁBULOS - SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepõe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PIS - RECEITA BRUTA - NOÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-

as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.¹⁷

Por fim, registra-se as regras do artigo 111, que impõem a interpretação literal às hipóteses de suspensão ou exclusão do crédito tributário ou dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias, e a do artigo 112, que exige a interpretação mais benigna ao sujeito passivo quando se tratar de definição de infrações ou cominação de penalidades, regra esta derivada do princípio penal “in dúbio pro reo”.

No que se refere ao tema do presente trabalho, pode-se concluir que a teoria da desconsideração da pessoa jurídica está inserida na regra de integração legislativa, haja vista a lacuna deixada pelo legislador, que não a previu de forma expressa no capítulo da responsabilidade de terceiros do CTN ou mesmo em outra lei tributária, mas também não a proibiu.

Sendo assim, o intérprete da relação jurídico-tributária deve sopesar se o instituto é ou não aplicável à situação particular analisada.

3.2 FUNDAMENTOS PARA A DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

Em nosso ordenamento jurídico, a desconsideração da personalidade jurídica da empresa é encontrada no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor (*O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração*); no art. 18 da Lei nº 8.884/94 (*A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração*); no art. 4º da Lei nº 9.605/98 (*Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio*

17 RE 390840/MG, Relator Min. MARCO AURÉLIO, j. 09/11/2005, DJ 15-08-2006, p. 25.

ambiente) e no art. 50 do Código Civil (*Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica*).

Segundo lição do Ministro do STJ Napoleão Nunes Maia Filho, o instituto da *disregard of legal entity* tem natureza subsidiária aos demais institutos de solução da responsabilidade das pessoas jurídica, como a solidariedade ou imputação de responsabilidade de terceiros, só podendo ser aplicado na ausência destes.

Portanto, a desconsideração da personalidade é algo (a) excepcional (por somente ser cabível em situações incomuns, anormais ou extraordinárias), (b) tópico (por servir apenas à resolução do caso concreto *sub judice*, não afetando outras obrigações da entidade e nem desconstituindo a sua personalidade) (c) processual (por somente ter cabimento mediante decisão do Juiz, em feito de amplo contraditório); em outros termos, a desconsideração da personalidade somente tem aplicação quando não dispuser o Juiz de outros institutos, instrumentos, meios ou remédios jurídicos capazes ou hábeis para a solução da pendência judicial oriunda *de fraude* ou abuso por intermédio da entidade controlada ou dirigida, pois a autonomia da pessoa jurídica continua sendo a regra básica do ordenamento, como já constava do art. 350 do Código Comercial (Lei n. 556, de 25.06.1850) do art. 20 do Código Civil (Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916) consta do art. 596 do vigente Código de Processo Civil (Lei n. 5.969, de 11.01.1973).¹⁸

A aplicabilidade da teoria da *disregard doctrine* às relações juridico-tributárias decorre da autorizada norma de integração do direito tributário.

Como já vista acima, na ausência de uma regra de natureza tributária que se aplique à solução do caso concreto, o art. 108 do CNT impõe ao intérprete a utilização da integração legislativa, iniciando esse mecanismo pelo instituto da analogia.

18 MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *A Desconsideração da Pessoa Jurídica em Face da Evolução do Direito Obrigacional e os Limites de sua Aplicação Judicial*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/24367/Desconsidera%C3%A7%C3%A3o_Pessoa_Jur%C3%ADdica.doc.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 junho 2010, p. 4-5.

A analogia, como ensina Tercio Ferraz Jr., é forma de preenchimento de lacuna legislativa que se origina da necessidade de se dar solução isonômica a questões semelhantes.

O uso da analogia, no direito, funda-se no princípio geral de que se deva dar tratamento igual a casos semelhantes. Segue daí que a semelhança deve ser demonstrada sob o ponto de vista dos efeitos jurídicos, supondo-se que as coincidências sejam maiores e juridicamente mais significativas que as diferenças. Demonstrada a semelhança entre dois casos, o intérprete percebe, simultaneamente, que um não está regulado e aplica a ele a norma do outro. A analogia permite constatar e preencher a lacuna.¹⁹

A desconsideração da pessoa jurídica é regra geral de direito prevista no art. 50 do Código Civil, sendo aplicável às relações jurídicas entre as entidades formais sempre que constatado abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

Se o instituto acima é utilizado como solução de conflito em que a vítima é uma pessoa privada, natural ou jurídica, com muito mais razão a pessoa jurídica também deve ser desconsiderada quando o abuso ocorrer contra um ente público, criado para servir à sociedade como um todo.

De outro lado, a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica não ofende as garantias constitucionais do contribuinte, uma vez que tal instituto é alheio à obrigação tributária ou à identificação do seu sujeito passivo, tratando-se de regra de direito civil e empresarial, tal qual a norma que estabelece a distinção patrimonial entre a sociedade e seus sócios.

O instituto em questão não impõe obrigação tributária aos seus administradores, mas tão somente transfere a estes a responsabilidade pelo pagamento do tributo inadimplido pelo sujeito passivo, que continua sendo a empresa.

Sendo assim, para a aplicação da desconsideração da pessoa jurídica nas execuções fiscais não é necessária a instituição de norma por lei complementar, ou mesmo de natureza especial tributária, sendo suficiente uma regra de cunho geral no ordenamento jurídico, como é o caso do art. 50 do CC, pois não se está tratando de definição de tributo

19 FERRAZ JR., 2001, FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 297.

ou de obrigação tributária, mas apenas de substituição do responsável pelo inadimplemento no pagamento do débito.

Nesse sentido também leciona Heleno Torres:

A desconsideração da personalidade jurídica, para os fins de aplicação da legislação tributária, poderá ser praticada tanto quando se esteja em presença de leis especiais quanto na hipótese de aplicação de uma regra geral que a autorize, à luz de determinados pressupostos.²⁰

Mas o artigo 50 do CC exige, para a aplicação do instituto em debate, que tenha ocorrido “abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial”, o que exige a demonstração de uma dessas hipóteses.

Assim, em tese, a utilização do instituto exigiria a comprovação, por parte do Fisco, da ocorrência de um de seus requisitos.

Porém, dessa condição vamos tratar no item relativo à análise da jurisprudência dominante no STJ, só adiantando que no caso de inadimplemento de obrigação tributária o abuso ocorrerá na espécie “desvio de finalidade”.

3.3 RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DE TERCEIROS

A responsabilidade de terceiros está devidamente positivada no direito tributário.

Os artigos 134 e 135 do Código Tributário Nacional arrolam determinadas situações em que terceiras pessoas se responsabilizam solidaria ou sucessivamente pelo inadimplemento da obrigação tributária por parte do contribuinte.

A jurisprudência tem confirmado o redirecionamento das execuções fiscais nessas circunstâncias discriminadas pela lei.

[...]

3. Faz-se necessária a integração do acórdão embargado para fazer constar que a jurisprudência desta Corte possui entendimento no sentido de que a dissolução irregular da empresa sem deixar bens

20 TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário e Direito Privado*. São Paulo: Editora RT, 2003, p. 470.

para garantir os débitos, ao contrário do simples inadimplemento do tributo, enseja o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios-gerentes, independentemente de restar caracterizada a existência de culpa ou dolo por parte desses.

4. É de se reconhecer que a hipótese é daquelas excepcionais que permitem a atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração, pois a análise do ponto omissis implica a alteração do julgado, razão pela qual acolho os aclaratórios com efeitos modificativos para manter o acórdão proferido no Tribunal de origem no sentido de possibilitar a citação dos *sócios*-gerentes da empresa executada, os quais poderão elucidar a existência ou não de responsabilidade tributária em sede de embargos do devedor.

5. Embargos de declaração acolhidos com efeitos modificativos para negar provimento ao recurso especial.²¹

Essa atribuição legal de responsabilidade tributária a terceiras pessoas que não o próprio contribuinte, porém, não deve ser confundida com a hipótese de desconsideração da personalidade da empresa.

3.4 DIFERENÇA ENTRE A RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS E A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O instituto da responsabilidade de terceiros não leva em conta a desconsideração da pessoa jurídica. Apenas indica um garantidor ao pagamento, para o caso de não ser cumprida a obrigação pelo devedor principal, nas hipóteses previstas pelo legislador.

Como constata Machado:

Com efeito, denomina-se responsável o sujeito passivo da obrigação tributária que, sem revestir a condição de contribuinte, vale dizer, sem ter relação pessoal e direta com o fato gerador respectivo, tem seu vínculo com a obrigação decorrente de dispositivo expresso da lei.²²

Não obstante tratar-se de institutos diversos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem qualificado a responsabilidade

²¹ STJ, 2ª Turma, EDcl no REsp 656071/SC, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 15/06/2009.

²² MACHADO, op. cit., p. 159.

tributária de terceiros como hipótese da doutrina da *disregard of legal entity*:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DEVIDA PELO TOMADOR DO SERVIÇO. ART. 22, IV, DA LEI 8.212/91. ART. 135 DO CTN. INAPLICABILIDADE. 1. “O legislador, ao exigir do tomador do serviço contribuição previdenciária de 15% (quinze por cento) sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativa de trabalho, nos termos do art. 22, IV da Lei 8.212/91 (com a redação dada pela Lei 9.876/99), em nenhum momento valeu-se da regra contida no art. 135 do CTN, que diz respeito à desconsideração da personalidade da pessoa jurídica para que seus representantes respondam pessoalmente pelo crédito tributário nas hipóteses que menciona” (REsp 787.454/PR, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 23.08.2007). 2. Recurso Especial a que se nega provimento.²³

Os dois institutos, porém, são diferentes.

A responsabilidade tributária de terceiros, tratada pelo art. 135 do CTN, não desconsidera a pessoa jurídica devedora, apenas imputa aos terceiros indicados pelo legislador, e que no caso estão vinculados à pessoa jurídica, a obrigação pelo pagamento dos débitos decorrentes “de obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”.

Trata-se, então, de imputação legal de responsabilidade solidária de terceiros, em substituição ao devedor principal, de aplicação peremptória, pois não deixa margem ao julgador para escolher se impõe ou não a responsabilização desses terceiros. Na referida norma o legislador aderiu à denominada teoria *ultra vires*. Nas hipóteses descritas no artigo a doutrina da desconsideração é incabível.

Já a desconsideração da pessoa jurídica, como diz o nome, desconsidera a existência da entidade social e trata esta como uma simples comunhão entre as pessoas responsáveis pela sua administração, para o fim de transferir a responsabilidade patrimonial, que a princípio seria limitada aos bens da sociedade, para os bens dos administradores, como se dela fossem, em casos não tipificados pela legislação.

²³ STJ, REsp 670423, 2009.

Como já dito acima, a desconsideração da pessoa jurídica como forma de atingir o patrimônio dos seus administradores é instrumento subsidiário das normas de responsabilidade de terceiros e de manuseio exclusivo do juiz, que deve utilizá-lo apenas na solução do caso concreto, quando não houver outra solução legal indicativa de solidariedade no adimplemento da obrigação.

3.5 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA

Vivemos em tempo de supervalorização da segurança jurídica, que vê no instituto da súmula vinculante uma forma de impedir as decisões contraditórias, as quais provocam sucessivos e repetidos recursos sobre a mesma matéria, gerando ainda mais morosidade ao processo.

Não temos a pretensão de atacar, ou tampouco defender, neste breve trabalho, os veículos legislativos utilizados para atingir o desiderato da celeridade na prestação jurisdicional, mas é fato sabido que o engessamento das soluções judiciais transfere para a doutrina uma responsabilidade maior no embasamento de suas opiniões, relativizando em muito as conclusões que se fundamentam em decisões judiciais, pois estas já não trazem o mesmo amadurecimento que possuíam quando os juízos das instâncias de instrução e de apelação detinham a mesma liberdade para decidir.

Por isso, ao exegeta também compete avaliar os fundamentos das decisões judiciais que vêm tratando do assunto sobre o qual pretende produzir uma opinião.

Vejamos, então, o que vem decidindo o Judiciário a respeito da matéria em exame.

Em relação ao redirecionamento das execuções fiscais para os sócios-gerentes ou administradores das pessoas jurídicas empresárias, a discussão tem se limitado a questões infraconstitucionais, cujas normas têm sua interpretação final ditada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Nesta Corte, destacam-se três orientações praticamente pacificadas sobre o tema em debate, quais sejam:

- a) se a execução foi proposta contra a pessoa jurídica e contra o sócio-gerente, presume-se a responsabilidade deste e a ele compete o ônus da prova de que não agiu nos termos do art.

135 do CTN, já que a CDA goza de presunção relativa de liquidez e certeza, nos termos do art. 204 do mesmo código c/c o art. 3º da Lei n.º 6.830/80;

- b) se iniciada a execução contra a pessoa jurídica e, posteriormente, postula-se o redirecionamento contra o sócio-gerente, que não constava na CDA, cabe ao Fisco demonstrar a presença de um dos requisitos do art. 135 do CTN;
- c) a mera inadimplência da obrigação tributária não é suficiente para viabilizar o redirecionamento da Execução Fiscal contra os sócios-gerentes da pessoa jurídica.

Verifica-se, então, que em sede de execução fiscal promovida contra pessoa jurídica o STJ tem adotado a orientação de possibilidade de redirecionamento da ação contra os administradores desta, não apontados na Certidão de Dívida Ativa, desde que a Fazenda comprove a presença de uma das condições para a responsabilidade de terceiros elencadas no art. 135 do CTN.

De outro lado, haverá a inversão no ônus da prova, cabendo assim ao administrador chamado à lide demonstrar a inoccorrência dessas condições previstas na lei, quando a CDA fizer constar o nome dos sócios como corresponsáveis pelo pagamento do débito. Tal entendimento se apresenta sob o fundamento de que a CDA é documento que goza da presunção de certeza e liquidez de todos os seus elementos (sujeitos, objeto devido e valor do débito), não podendo o Judiciário limitar o alcance desta presunção.

Essas duas orientações jurisprudenciais – itens “a” e “b”, acima – são demonstradas no trecho transcrito abaixo, do voto vencedor do acórdão do AgRg no AI n.º 1.058.751/RS, da lavra do Ministro Castro Meira²⁴:

A jurisprudência desta Corte é tranqüila em admitir o redirecionamento da execução, independentemente de qualquer prova, sempre que o nome do sócio constar como co-responsável na CDA, em face da presunção de legitimidade, certeza e liquidez que milita em favor desse título executivo, nos termos do art. 3º da Lei 6.830/80.

Essa orientação, a meu sentir, não se altera pelo fato de ter sido a empresa extinta por falência.

24 STJ, AgRg no AI n.º 1.058.751/RS, DJe 23/04/2010.

[...]

Assim, iniciada a execução contra a pessoa jurídica e, posteriormente, requerido o redirecionamento contra o sócio-gerente, que não constava da CDA, cabe ao Fisco demonstrar a presença de um dos requisitos do art. 135 do CTN. Se a Fazenda Pública, ao propor a ação, não visualizava nenhum fato capaz de estender a responsabilidade ao sócio-gerente e, depois, volta-se contra o seu patrimônio, deve demonstrar infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos ou, ainda, dissolução irregular da sociedade.

Ao revés, se a CDA já indica o sócio-gerente como co-responsável, há inversão do ônus da prova, cabendo a ele demonstrar, por meio dos embargos do devedor, que não agiu com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos.

Essa orientação encontra-se sedimentada em dezenas de precedentes de ambas as Turmas de Direito Público desta Corte...

Por fim, também se mostra consolidado na jurisprudência do STJ que “a mera inadimplência da obrigação tributária não é suficiente para viabilizar o redirecionamento da Execução Fiscal contra os sócios-gerentes da pessoa jurídica” (*v.g.*, REsp 1183292, AgRg no REsp 1159170, AgRg no REsp 1128989, REsp 1159170, REsp 1128989, Ag 1142756).

Este último entendimento é o ponto sobre o qual precisamos nos debruçar com mais atenção.

Primeiramente, cumpre observar que toda a obrigação é imposta (no direito público) ou voluntariamente assumida (no direito privado) para ser cumprida, respondendo o inadimplente pelos prejuízos advindos do descumprimento. Nesse sentido os artigos 389 e 186 do Código Civil.

No que diz respeito às relações privadas, a incerteza que lhes é inerente é a própria causa para a imposição de cláusulas que assegurem o cumprimento das obrigações da espécie ou mesmo lhe autorizem expressamente o descumprimento. Este é o pressuposto dos artigos 121 e 410, entre outros tantos do CC.

No direito público, porém, e especialmente nas relações jurídico-tributárias ora tratadas, as obrigações decorrem de lei e, como a lei deve

ser igual para todos, não podem elas ser inadimplidas, não obstante o próprio direito preveja sanções para a mora no cumprimento. É que mesmo que haja a imposição das sanções, a obrigação permanece devida, ou seja, precisa ser cumprida.

A multa, pois, no Direito Tributário pode ter caráter de mora, como indenização, pelo não pagamento do tributo no prazo, e caráter de penalidade, quando a omissão do contribuinte implica em uma infração à lei fiscal. Mas jamais terá função compensatória, pelo que o contribuinte deve pagar o tributo acrescido do valor correspondente à multa (CTN, art. 161).²⁵

No mesmo diapasão os estudos de Leandro Paulsen:

Compulsória, prevista em lei. O Estado exige os tributos compulsoriamente das pessoas. O art. 150, I, da CF, diz que a sua instituição ou majoração será feita por lei. E a lei a todos obriga. A obrigação de pagar tributo não decorre, pois, da vontade do contribuinte que, aliás, será irrelevante nesta matéria, do que é prova o art. 123 do CTN.²⁶

Voltando, então, ao último entendimento jurisprudencial apontado, a menos que pensemos que a Egrégia Corte Superior quis nele dizer que o não pagamento de tributos é ato lícito – o que não deve ter ocorrido –, devemos concluir que a inadimplência fiscal autorizada pelo direito só pode ser aquela que tenha uma justa causa, ou seja, que decorra de fato extraordinário impeditivo do pagamento tempestivo da respectiva obrigação, uma vez que o tributo é uma prestação compulsória (art. 3º do CTN), de cumprimento obrigatório.

As obrigações contratuais podem até ser descumpridas, desde que assim previamente pactuado (art. 410 do CC) ou por acordo posterior dos contraentes. De outro turno, o risco das operações empresariais é inerente às atividades destinadas ao lucro, sendo o descumprimento tratado na esfera da responsabilidade civil.

Na seara das obrigações tributárias o descumprimento não é admitido. Logo, a única inadimplência que pode ser considerada juridicamente autorizada – ensejadora, portanto, apenas dos ônus

²⁵ MACHADO, op. cit., p. 651.

²⁶ PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 557.

da mora – é aquela em que o administrador da pessoa jurídica não tinha melhor credor para satisfazer, quando do vencimento do débito tributário, que não o próprio Fisco.

Mas o que seria, juridicamente falando, “melhor credor”?

A resposta está na regra especial contida no *caput* do art. 186 do CTN:

Art. 186. O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho. (Redação dada pela LC nº 118, de 2005)

Destaca-se que a preferência acima não se refere ao processo falimentar, *cujas hipóteses é tratada no* parágrafo único. A cabeça do artigo diz respeito às preferências que devem ser cumpridas pelo devedor não submetido à falência.

Sendo assim, conclui-se da leitura da norma acima que o sujeito passivo de obrigação tributária não pode cumprir com outra obrigação de pagar, antes de saldar aquela, a menos que esta diga respeito a um crédito de natureza trabalhista ou de acidente de trabalho.

Portanto, quem atrasa o pagamento de obrigação tributária comete sim um ato ilícito, segundo o sentido civilista do instituto, aplicável ao direito tributário em decorrência dos artigos 108 a 110 do CTN, mesmo que o atraso se dê em razão de suposta prioridade de outra obrigação que não seja das espécies trabalhista ou acidentária, porque a opção em dar privilégio a um contrato privado (pagamento de fornecedores ou prolabore dos administradores, capitalização da empresa etc.) é contrária ao ordenamento jurídico.

A preferência pelo pagamento de uma obrigação civil ou comercial, em prejuízo do adimplemento de um débito tributário, é uma escolha exclusiva do administrador. Não é ato próprio da entidade formal, porque o ordenamento legal não criou o instituto da pessoa jurídica para lhe permitir o cometimento de atos ilícitos.

Mesmo se analisarmos a questão sob o antigo prisma liberalista de fins individualistas, e não enxergarmos aqui um ato ilícito nos moldes do art. 186 do CC, no mínimo aquela preferência terá sido um

abuso de direito do administrador, pelo afastamento dos fins sociais do empreendimento em benefício próprio, o que seria, então, um ato ilícito pela modalidade prevista pelo artigo 187 do mesmo cânone, o qual tem natureza objetiva, ou seja, independe da comprovação de culpa ou dolo do agente, conforme nos ensina Maria Helena Diniz:

Abuso de direito ou exercício irregular do direito. O uso de um direito, poder ou coisa além do permitido, lesando alguém, traz como efeito o dever de indenizar. Realmente, sob a aparência de um ato legal ou lícito, esconde-se a ilicitude no resultado, por atentado ao princípio da boa-fé e aos bons costumes ou por desvio da finalidade socioeconômica para a qual o direito foi estabelecido. No ato abusivo há violação da finalidade econômica ou social. O abuso é manifesto, ou seja, o direito é exercido de forma ostensivamente ofensiva à justiça. A ilicitude do ato praticado com abuso de direito possui natureza objetiva, aferível, independentemente de culpa e dolo.²⁷

A mesma autora também nos faz lembrar o Enunciado nº 37 da Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, que diz: “a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

Ora, se o pagamento dos tributos é uma imposição legal para a pessoa jurídica sujeito passivo da obrigação tributária, o administrador que a representa, se deixa de fazê-lo, age em desconformidade ao direito, ou, melhor dizendo, com “infração de lei”, nos exatos termos do art. 135 do CTN, permitindo ao aplicador da norma o redirecionamento da cobrança para o administrador responsável pela inadimplência, uma vez que os atos contrários à legislação não são atribuídos à pessoa jurídica, mas sim ao próprio agente cometedor da ação ou omissão ilegal.

Mesmo porque o CC também determina:

Art. 1.011. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.

[...]

27 DINIZ, op. cit., p. 180.

Art. 1.080. As deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovaram.

Portanto, aqui sequer há necessidade de desconsideração da pessoa jurídica, regra de natureza subsidiária, haja vista a incidência da norma especial contida no art. 135 do CTN, que deve ser combinado com o art. 186 do mesmo diploma legal.

Em suma, o não pagamento de débito tributário não é uma simples inadimplência de obrigação de pagar. Cuida-se de descumprimento de imposição legal (art. 3º do CTN), que acarreta ao administrador responsável o ônus de arcar pessoalmente com o adimplemento do débito.

O critério exposto acima é de interpretação da legislação tributária.

Mas não é o único.

Caso o intérprete não aceite a tese de que o descumprimento de obrigação tributária é propriamente uma infração à lei, deve socorrer-se da integração legislativa, pelas razões abaixo.

Ocorre que o direito também regulamenta os atos negociais de empresas que passam por período de dificuldade econômico-financeira. Essa é a razão invocada por aqueles devedores que deixam de cumprir suas obrigações tributárias.

O empresário que se encontra nessa situação e busca superar a crise tem por dever jurídico procurar os seus credores (ressalvados os que a lei exclui dessa possibilidade) para propor e negociar um plano de recuperação amigável (art. 161 e ss. da nº 11.101/2005, a Lei de Falência), o qual poderá ser homologado pelo Judiciário, a fim de não lesar ou privilegiar credores. Não sendo aceita a proposta, pode ainda o devedor ajuizar um pedido de recuperação judicial da empresa, “a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”, nos termos do art. 47 da nova Lei de Quebra.

Se, entretanto, não houver forma de recuperação, a solução juridicamente imposta é o pedido de auto-falência, nos termos do art. 105 da lei de regência:

Art. 105. O devedor em crise econômico-financeira que julgue não atender aos requisitos para pleitear sua recuperação judicial deverá requerer ao juízo sua falência, expondo as razões da impossibilidade de prosseguimento da atividade empresarial [...]

Vemos que a lei utiliza o termo “deverá requerer ao juízo sua falência”, não deixando margem discricionária ao empresário, pois ao Estado e à sociedade não interessa uma empresa descumpridora de suas funções sociais.

As hipóteses acima não são meras opções do empresário. São imposições de ordem pública, cujo descumprimento implica má-fé e cometimento de ato ilícito (art. 113 c/c art. 187, ambos do CC).

O art. 187 do Código Civil está em perfeita sintonia com os princípios informadores da função social da empresa e demais princípios gerais da ordem econômica, bem como com os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, devendo ser aplicado às relações jurídico-tributárias em razão dos artigos 108 a 110 do CTN.

Assim, se o empresário deixou de adimplir suas obrigações tributárias porque se encontrava em situação de dificuldade econômico-financeira, descumpriu ao que manda o artigo 186 do CNT, bem como a Lei de Falência, pois não tomou as providências determinadas por esta norma, quais sejam, a proposta de um plano de recuperação extrajudicial da empresa, o ajuizamento da recuperação judicial ou, finalmente, o pedido de auto-falência.

Não tendo tomado essas providências, não pode invocar a boa-fé a seu favor, devendo ser pessoalmente responsabilizado pelo abuso de *direito representado* pela escolha indevida dos credores que pagou, a caracterizar o desvio da finalidade social da empresa e, conseqüentemente, a dar ensejo à desconsideração da personalidade jurídica, com a extensão aos bens dos sócios na garantia da execução do crédito tributário, por aplicação do art. 50 do CC às relações jurídico-tributárias, em homenagem ao art. 108, inciso I, do CTN.

Por fim, uma última questão relacionada à jurisprudência em exame também precisa ser vista.

Trata-se do ônus da prova em relação à presença dos requisitos do art. 135 do Código Tributário, como condição para ser requerido

o redirecionamento da execução contra os administradores da pessoa jurídica executada.

Conforme visto acima, um dos entendimentos do STJ é que, se iniciada a execução contra a pessoa jurídica e durante o processo se postula o redirecionamento contra o sócio-gerente que não constava na CDA, cabe ao Fisco demonstrar a presença de um dos requisitos do art. 135 do CTN.

É que o dispositivo exige, como condição para a responsabilidade dos terceiros nele arrolados, a existência de “atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”, que estejam relacionados “a obrigações tributárias”.

Já vimos que o adimplemento de obrigações tributárias é matéria de ordem pública, ou seja, não pode deixar de ser cumprido.

Vimos, também, que eventuais dificuldades econômico-financeiras não podem ser consideradas como justa causa para o inadimplemento de débitos tributários por parte dos empresários, haja vista que o ordenamento jurídico impõe preferência de pagamento ao Fisco e obriga os devedores a negociar com seus credores particulares uma forma de satisfação desses créditos nos termos da lei, ou seja, sem prejudicar aquela preferência. E na ausência de acordo, a lei impõe o ajuizamento de um pedido de recuperação judicial da empresa ou, se esta julgar não atender aos requisitos do instituto, que faça o requerimento de autofalência. Tudo como forma impositiva e em homenagem aos princípios constitucionais dos valores sociais do trabalho, da função social da empresa e de estímulo à atividade econômica, o que por certo não será capaz de ser atingido pelas sociedades que desatenderem às normas vigentes.

Assim, o empresário que deixa de adimplir suas obrigações tributárias comete ato ilícito por ofensa direta a lei de ordem pública, cuja responsabilidade pelo descumprimento é de natureza objetiva, sendo, portanto, desnecessária a comprovação de culpa ou dolo. Via de regra, o administrador privilegia as obrigações de natureza privada para poder levar adiante o empreendimento, mas assim o faz em ofensa à lei, por sua conta e risco de gerar um dano maior para o Fisco.

Nas palavras de Silvio Rodrigues:

A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade, cria um risco de dano

para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e o seu comportamento sejam isentos de culpa. Examinando-se a situação, e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito de ser indenizada por aquele.²⁸

Os objetos de prova da responsabilidade objetiva são somente (a) o evento danoso, (b) o prejuízo da vítima e (c) o nexo causal entre os anteriores.

Em se tratando de inadimplência de dívida tributária, o evento danoso é a omissão no pagamento; o prejuízo da vítima está na diminuição da arrecadação e, conseqüentemente, dos serviços que poderão ser prestados pelo Estado; e o nexo causal está no vínculo direto entre o primeiro e o segundo fator, numa relação de causa e efeito.

Demais disso, as pessoas jurídicas de qualquer espécie têm por dever legal manter sua escrituração, com o lançamento de todas as entradas e saídas, bem com os comprovantes desses lançamentos, à disposição do Fisco até a ocorrência da decadência ou prescrição dos atos neles consignados ou dos créditos tributários.

Logo, ao Fisco somente compete apresentar a prova do inadimplemento do tributo, para o que, de outro turno, basta a sua alegação, não só pela presunção de legitimidade dos atos administrativos, mas principalmente porque os fatos negativos não precisam (e nem podem) ser provados, cabendo à parte contrária demonstrar a eventual inoocorrência de inadimplência, o que no caso se faz com a prova de pagamento.

Por fim, poderá o administrador demonstrar que a inadimplência não foi ilícita, por ter ocorrido caso fortuito ou de força maior, sendo inaplicável às obrigações tributárias as excludentes de fato exclusivo da vítima ou de terceiro. Naquelas hipóteses, chamará para si o ônus da prova.

O paradigma colacionado abaixo reflete exemplo assente na jurisprudência pátria:

A responsabilidade objetiva baseia-se na teoria do risco administrativo, dentro da qual basta a prova da ação, do dano e

²⁸ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, v. 4, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 11.

de um nexo de causa e efeito entre ambos, sendo, porém, possível excluir a responsabilidade em caso de culpa exclusiva da vítima, de terceiro ou ainda em caso fortuito e força maior.²⁹

Por essas razões, ousamos discordar em parte da Egrégia Corte Superior, no ponto em que esta afirma que a mera inadimplência da obrigação tributária não é suficiente para viabilizar o redirecionamento da Execução Fiscal contra os sócios-gerentes da pessoa jurídica.

4 CONCLUSÃO

Sem dúvida alguma, os atributos da personalidade da pessoa jurídica, entre os quais se inclui a separação do patrimônio desta em relação aos bens de seus sócios, devem ser resguardados pelo ordenamento jurídico, por atender aos vetores de uma sociedade pluralista optante pelo capitalismo.

Entretanto, o instituto da pessoa coletiva deve desapegar-se da sua raiz liberalista, que prestigia o individualismo, para voltar-se aos atuais objetivos da função social da empresa e da boa-fé nas relações jurídicas das sociedades, a fim de limitar a sua validade aos atos que busquem um objetivo social e responsável, mesmo diante do capitalismo. Afinal, o lucro não precisa estar divorciado das finalidades sociais da empresa.

Os interesses egoístas de enriquecimento ou de um prosseguimento incondicional de uma empresa descapitalizada, sem o correspondente cumprimento das obrigações sociais, nas quais se inclui o pagamento preferencial dos tributos devidos em relação aos contratos voluntariamente assumidos, não pode mais ser visto como um simples caso de mora ou um risco inerente à atividade empresarial. O risco é somente do gestor, e não do Estado.

O inadimplemento de obrigações tributárias é mais grave que o descumprimento de um contrato, pois é ofensa direta ao ordenamento legal e aos objetivos sociais da pessoa jurídica e quebra da boa-fé contra os súditos do Estado, que necessitarão arcar com o déficit de serviços deixado pelos inadimplentes de tributos devidos.

O Estado – ou seus cidadãos – não pode pagar pela decisão unilateral do empresário que, mesmo diante de claras evidências de incapacidade financeira da pessoa jurídica que administra, prefere descumprir a lei e

29 TRF 1ª Região. AC 199938000198011, e-DJF1 12/03/2010, p. 252.

continuar com a atividade da empresa sem qualquer suporte patrimonial, utilizando-se do capital que deixou de recolher ao Fisco, em benefício único dos próprios administradores. Tal atitude não condiz com os princípios informadores da personificação da pessoa jurídica.

A hipótese é de inegável infração de lei, a ensejar a responsabilidade dos terceiros elencados no art. 135 do CTN, independentemente de prova de culpa, em virtude da natureza objetiva da espécie.

Por se tratar de responsabilidade objetiva em decorrência de lei, a solidariedade dos sócios pode ser auferida pela Administração, no processo administrativo de constituição do crédito tributário, mediante a notificação dos sócios administradores para apresentarem, se houver, prova de fato dirimente da sua culpabilidade, sob pena de fazer constar no título executivo – a CDA – a sua co-responsabilidade pelo pagamento.

Mas se a responsabilização não ocorrer na via administrativa, pode também o Judiciário, nos autos do executivo fiscal, redirecionar o feito para os sócios gerentes da empresa, em decorrência da infração à lei impositiva da obrigação tributária, no caso o art. 3º do CTN.

De outro lado, a inadimplência tributária também é ato de desvio de finalidade da pessoa formal, devendo por isso ser imputado unicamente ao administrador que faz essa opção contrária à lei, uma vez que não se pode aceitar que um instituto criado pelo direito possa servir de escudo para o cometimento de ilicitude.

Nesse sentido, a opinião de Requião:

Não temos dúvida de que a doutrina, pouco divulgada em nosso país, levada à consideração de nossos Tribunais, poderia ser perfeitamente adotada, para impedir a consumação de fraude contra credores e mesmo contra o Fisco, tendo como escudo a personalidade jurídica da sociedade.³⁰

Napoleão Nunes também destaca que os atos contrários à lei devem ser imputados aos próprios dirigentes da pessoa jurídica, e não a esta.

Em síntese, ocorrendo a hipótese em que se constata terem os dirigentes, controladores ou acionistas da entidade agido em

30 REQUIÃO, op. cit., p. 379

fraude à Lei ou aos fins da entidade, valendo-se da personalidade do ente dirigido ou controlado, pode (e mesmo deve) o Juiz lhes impor de logo a responsabilidade pessoal e ilimitada pela obrigação descumprida pela entidade, isto é, passa a ser exigível, direta e imediatamente, desses agentes o desempenho daquele dever jurídico descumprido pela pessoa jurídica da qual têm a direção ou o controle, desde que ocorrente a situação ilícita, que é o seu suporte material ou fático.³¹

A pessoa jurídica foi criada para servir ao homem, e não o contrário. Por isso, a observação de Tepedino para que atente o jurista na espécie instrumental do instituto, que busca um objetivo maior e não é fim em si mesmo.

[...] o intérprete deve estar atento para a diversidade de princípios e de valores que inspiram a pessoa física e a pessoa jurídica, e para que esta, como comunidade intermediária, seja merecedora de tutela jurídica apenas e tão-somente como um instrumento (privilegiado) para a realização social das pessoas que, em seu âmbito de ação, é capaz de congrega.³²

Por tudo isso, deve o julgador desconsiderar o inadimplemento do tributo como um ato da pessoa jurídica, imputando-o aos sócios responsáveis pela administração desta, a fim de estender aos bens particulares dos últimos a garantia pelo pagamento da execução.

Por derradeiro, ratifica-se que para a aplicação da desconsideração da pessoa jurídica às execuções fiscais é suficiente uma regra de cunho geral no ordenamento jurídico, como é o caso do art. 50 do CC, sendo desnecessária uma norma especial tributária, haja vista que não se está a tratar de definição de tributo ou de obrigação tributária, mas tão somente de alargamento da garantia patrimonial executiva aos bens dos sócios.

Assim, a aplicação do art. 50 do Código Civil às execuções fiscais é medida que pode e deve ser adotada pelos tribunais, como forma de concretude da função social da pessoa jurídica e dos valores sociais da livre iniciativa, bem como de adequação da atividade empresarial aos princípios gerais da atividade econômica.

31 MAIA FILHO, op. cit., p. 8.

32 TEPEDINO, op. cit., p.132-133.

REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Atlas, 2008.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo Tributário*. São Paulo: Atlas, 2009.
- MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *A Desconsideração da Pessoa Jurídica em Face da Evolução do Direito Obrigacional e os Limites de sua Aplicação Judicial*. Obtida via internet. [2009?]. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/24367/Desconsidera%C3%A7%C3%A3o_Pessoa_Jur%C3%ADdica.doc.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 junho 2010.

- MARTINS, Ives Granda da Silva (Coordenador). *Execução Fiscal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de Direito Tributário*. v. 1, 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- OLIVEIRA, J. L. CORRÊA DE. *A dupla crise da pessoa jurídica*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.
- PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, v. 1, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, v.2, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, v. 4, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ROSA JR., Luiz Emygdio F. da. *Manual de Direito Financeiro & Direito Tributário*. 17. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil Interpretado*, v. 1, 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de Execução Fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário e Direito Privado*. São Paulo: Editora RT, 2003.

O ALCANCE DO ARTIGO 120 DA LEI Nº 8.213/91

THE EXTENSION OF ARTICLE 120 OF LAW N.º 8.213/91

Andréa Filpi Martello

*Procuradora Federal atuante no Núcleo de ações Prioritárias
da PRF3 e no GT Regressivas. Mestre em Direito.*

Renata Ferrero Pallone

*Procuradora Federal atuante no Núcleo de ações Prioritárias
da PRF3 e no GT Regressivas. Especialista em Direito.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Natureza da ação regressiva acidentária; 2 Negligência, imprudência ou imperícia da empresa; 2.1 Breve sistematização do instituto; 3.2 Comprovação da negligência; 2.2.1 Normas Regulamentadoras (NR's); 2.2.2 Ação indenizatória na Justiça do Trabalho; 2.2.3 FUNDACENTRO – Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho; 2.2.4 Instituto Nacional do

Seguro Social – INSS; 3 O Direito ao meio ambiente do trabalho saudável e equilibrado; 3.1 Princípio da dignidade humana e a tutela do meio ambiente do trabalho; 4 Meio ambiente geral e meio ambiente do trabalho – Princípios; 5 A análise do alcance do art. 120 da Lei 8.213/91, por meio dos princípios ético-diretivos da tutela do meio ambiente do trabalho e proteção do trabalhador; 5.1 Ação regressiva e a tutela estatal do meio ambiente; 5.2 Ação regressiva e os responsáveis pelo meio ambiente do trabalho; 5.3 Negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho; 5.4 Normas de proteção individual e coletiva; 6. Conclusão; Bibliografia.

RESUMO: A análise teleológica do artigo 120 da Lei nº 8.213/91 é feita com base nos princípios ético-diretivos da Constituição da República, cujo epicentro é o princípio da dignidade humana, o qual é indissociável do direito ao meio ambiente do trabalho sadio, que está inserido no gênero meio ambiente como um todo. Reconhece-se, portanto, que o direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado é um direito humano e social do trabalhador. Diante destas condições busca-se dar a máxima efetividade ao artigo em análise.

PALAVRAS-CHAVE: Interpretação Teleológica do art. 120 da Lei nº 8.213/91. Princípio da Dignidade Humana. Meio Ambiente do Trabalho.

ABSTRACT: The teleological analysis of article 120 of Law 8.213/91 has been performed on the grounds of ethical-directive Constitutional principles, which epicenter bears on the principle of human being dignity connected to the right of healthy labor environment included in the broad concept of environment. It is acknowledged that the right of healthy labor environment is an employee's social and human right. In front of such conditions, this article aims to provide a major effectiveness to article under analysis.

KEYWORDS: Teleological Analysis of Article 120 of Law 8.213/91, Principle of Human Being Dignity. Labor Environment.

INTRODUÇÃO

O Direito ao meio ambiente do trabalho saudável e equilibrado, com a efetiva proteção ao trabalhador, está constitucionalmente assegurado. Garantia esta de se ver tutelado pelo Estado e pelo responsável pelo meio ambiente em que atua. Nesta garantia de proteção, na tutela ambiental e na sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, é que se buscará o alcance do art. 120 da Lei nº 8.213/91.

1 NATUREZA DA AÇÃO REGRESSIVA ACIDENTÁRIA

A ação regressiva acidentária está prevista no art. 120¹ da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, sendo sujeito ativo o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, e, sujeito passivo os responsáveis pelo meio ambiente de cujo desequilíbrio decorreu um acidente do trabalho.

Trata-se de uma ação de ressarcimento em que a Autarquia Previdenciária busca reaver todos os benefícios previdenciários pagos, além de outras despesas sociais que possa ter incorrido - como equipamentos ortopédicos e reabilitações - a segurado da Previdência Social, que tenha sofrido danos físicos ou psíquicos, temporários ou permanentes, ou ainda aos seus beneficiários - no caso de óbito - em razão de fato caracterizado como acidente do trabalho.

Por ser uma ação de ressarcimento, além da previsão na lei de benefícios supracitada, a ação regressiva acidentária também se subsume aos artigos 186 e 927, ambos do Código Civil.

2 NEGLIGÊNCIA, IMPRUDÊNCIA OU IMPERÍCIA DA EMPRESA

2.1 BREVE SISTEMATIZAÇÃO DO INSTITUTO

A negligência é mencionada no art. 120 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, como condição a autorizar o ressarcimento ao INSS pelo empregador, causado pela inobservância das normas padrão de segurança e higiene do trabalho. Para melhor compreensão, necessário se faz um breve intróito do tema na responsabilidade civil.

1 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.

A responsabilidade civil, conforme Caio Mário da Silva Pereira², em menção ao art. 159 do Código Civil de 1916, se caracteriza por uma obrigação de reparar o dano imposta a todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem.

Podemos resumir então a responsabilidade civil como sendo toda conduta humana voluntária que acarrete danos a terceiros, por culpa própria do autor do evento danoso (responsabilidade por fato próprio) ou por pessoa (responsabilidade por fato de terceiros) ou coisa sob sua guarda (responsabilidade pelo fato das coisas), ou ainda por imposição legal, devendo haver um liame entre a conduta e o dano dela decorrente.

A negligência *lato senso* é a inobservância do dever de cuidado a que todas as pessoas – físicas e jurídicas - estão sujeitas, cujas espécies são a negligência *estrito senso*, a imprudência e a imperícia. A negligência *estrito senso* é a abstenção de se fazer algo, quando era possível e desejado ao autor do dano, envidar todos os esforços possíveis na tentativa de evitar o evento danoso. Seria o caso de uma empresa que deixa de fornecer curso de capacitação específica ao empregado na utilização de equipamento que demanda algum conhecimento técnico. Essa prática é corriqueira com o manuseio de prensas manuais ou mecânicas, sendo esse um dos grandes fatores de acidentes do trabalho.

A imprudência se caracteriza como uma conduta contrária ao ordenamento jurídico existente, em especial as leis que determinam a estrita observância das normas padrão de segurança e higiene do trabalho, cujo resultado tenha acarretado alguma espécie de dano ao trabalhador. Significa agir sem as cautelas necessárias exigidas para o caso concreto. Neste sentido, conduta imprudente da empresa pode ser caracterizada em casos de obras de construção civil de condomínios verticais, onde o trabalhador exerce uma atividade em altura que demanda proteção especial – como cinto de segurança tipo paraquedista. Porém, ele é colocado num andaime a muitos metros do solo sem qualquer proteção, podendo vir a sofrer uma queda fatal.

A imperícia está associada à inaptidão técnica, na ausência de conhecimentos específicos para a realização de determinada tarefa. Neste caso, a empresa determina ao trabalhador para que este exerça função diversa daquela para a qual foi contratado – muito comum nos

2 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol.I. Rio de Janeiro: Forense, p. 420, 1999.

casos de falta de funcionários de um determinado setor produtivo, que não pode ter a capacidade operacional reduzida - sendo de pleno conhecimento da empresa o completo desconhecimento do trabalhador para atuar naquela seara.

De onde se conclui, que a negligência do art. 120 da Lei 8.213/91 é aquela do gênero *lato sensu*.

2.2 COMPROVAÇÃO DA NEGLIGÊNCIA

Após uma breve introdução sobre o instituto da responsabilidade civil, passa a ser analisada a comprovação da negligência da empresa, que autoriza o INSS a pleitear o ressarcimento do benefício concedido.

A comprovação da negligência é constatada de diversas formas. A mais comum se refere ao descumprimento do ordenamento jurídico constitucional, trabalhista e securitário vigente.

A Constituição da República – CR dispõe ser direito fundamental do trabalhador a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança³. Tal dispositivo afirma a relevância da manutenção da integridade física e psíquica do trabalhador como corolário do princípio universal de dignidade da pessoa humana.

Mas não apenas a saúde física e psíquica individual do trabalhador assume conotações relevantes em nossa CR, mas também o direito da coletividade – trabalhador ou não – a um meio ambiente do trabalho equilibrado que não cause danos tanto aos seus trabalhadores, quanto a terceiros em geral⁴.

2.2.1 NORMAS REGULAMENTADORAS (NR'S)

No âmbito infraconstitucional, com a finalidade de aplicar de forma efetiva esses princípios constitucionais, encontramos o art. 157

3 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

4 Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

[...]

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

da CLT, como vetor mestre da observância das normas padrão de segurança e higiene do trabalho⁵.

Para dar efetividade a todas essas determinações, foram editadas no âmbito administrativo do Ministério do Trabalho e Emprego - MTE as Normas Regulamentadoras (NR), cuja fiscalização na observação e cumprimento, é realizada pela Superintendência do Trabalho e Emprego nas respectivas circunscrições territoriais.

Compete a este órgão do MTE, além dessa função fiscalizadora na aplicação das normas vigentes, o poder de polícia para atuar as empresas que descumpram essas regras, compreendendo dentro dos seus atos administrativos de poder de polícia, a autoexecução de suas determinações, inclusive com a realização de embargos em obras e fechamento temporário de empresas até a completa adequação à legislação vigente.

Diante desse quadro, uma das comprovações da negligência da empresa, se dá através da autuação realizada pelo auditor do trabalho, instrumento da prova inequívoca da negligência perpetrada pelo empregador, na medida em que o relatório de acidente de trabalho ou de embargo elaborado pelo auditor do MTE, cuja natureza consiste em ato administrativo apresenta-se como prova de veracidade.

2.2.2 AÇÃO INDENIZATÓRIA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Outra forma de ser comprovada a negligência do empregador, amparada também na CR⁶, consiste nos elementos extraídos das ações de indenização propostas pelo próprio trabalhador acidentado ou seus dependentes, em razão de seqüelas causadas pelo evento danoso ocorrido no ambiente do trabalho.

Como tais elementos são elaborados em obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa, se tornam aptos a serem utilizados como prova na ação regressiva acidentária.

5 Art. 157 - Cabe às empresas:

- I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;
- II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;
- III - adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente;
- IV - facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.

6 Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

[...]

- VI- as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

2.2.3 FUNDACENTRO – FUNDAÇÃO JORGE DUPRAT FIGUEIREDO DE SEGURANÇA E MEDICINA DO TRABALHO

A FUNDACENTRO é uma fundação de apoio vinculada ao MTE. A missão dessa fundação, conforme apresentada em seu sítio oficial⁷, consiste em:

Produção e difusão de conhecimentos que contribuam para a promoção da segurança e saúde dos trabalhadores e das trabalhadoras, visando ao desenvolvimento sustentável, com crescimento econômico, equidade social e proteção do meio ambiente.

A FUNDACENTRO, por ser uma fundação especializada no estudo e difusão de conhecimentos de meios que visem atenuar ou anular os riscos da ocorrência de acidentes do trabalho, também dispõe de extenso material de conteúdo probatório apto a instruir ações regressivas em defesa do INSS contra empresas lesivas ao meio ambiente do trabalho e aos trabalhadores de uma forma geral.

2.2.4 INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS

O INSS é a Autarquia Federal de maior relevância no cenário nacional, sendo responsável pela concessão e manutenção de todos os benefícios previdenciários e acidentários de todos os segurados vinculados à Previdência Social.

A relevância da ação regressiva acidentária mostra-se latente na medida em que encontramos dados alarmantes do número de benefícios concedidos pela ocorrência de acidentes do trabalho. Segundo informações colhidas no sítio da Previdência Social⁸, apenas no ano de 2007 foram registrados 653.090 acidentes e doenças do trabalho, entre os trabalhadores assegurados da Previdência Social, com a exclusão dos trabalhadores autônomos (contribuintes individuais) e as empregadas domésticas.

Estes eventos provocam enorme impacto social, econômico e sobre a saúde pública no Brasil. Entre esses registros contabilizou-se 20.786 doenças relacionadas ao trabalho, e parte destes acidentes e doenças tiveram como consequência o afastamento das atividades de 580.592 trabalhadores devido à incapacidade temporária (298.896 até 15

7 Disponível em: <<http://www.fundacentro.gov.br/conteudo.asp?D=CTN&C=19&menuAberto=1>>. Acesso em: 15 mar. 2010.

8 Disponível em : <<http://www.previdencia.gov.br/conteudoDinamico.php?id=39>>. Acesso em 15 mar. 2010.

dias e 281.696 com tempo de afastamento superior a 15 dias), 8.504 trabalhadores por incapacidade permanente, e o óbito de 2.804 cidadãos.

Esta quantidade de acidentes ainda deve ser maior, na medida em que esses números até março de 2007 eram baseados na emissão das Comunicações de Acidente do Trabalho – CAT. Porém, a realidade demonstra que muitas empresas não emitem o respectivo documento e simplesmente permanecem com o trabalhador lesionado em suas dependências na tentativa de se evitar o seu afastamento, pois na hipótese do trabalhador ser afastado por doença ocupacional, remanesce para a empresa o cumprimento de obrigações acessórias inerentes ao contrato de trabalho, como o recolhimento ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS.

Para se ter uma idéia dos números atribuídos à subnotificação – ausência de comunicação oficial sobre o acidente do trabalho – em abril de 2007 entrou em vigor a aplicação, pela perícia médica do INSS, do nexó técnico epidemiológico, previsto na Lei 8.213/91⁹. Somente nesse ano, conforme informações da própria Previdência Social¹⁰, com a inclusão desse nexó, houve um acréscimo de 138.955 casos. Isto significa um aumento no reconhecimento de eventos como de natureza acidentária, da ordem de 21,28%.

Os dados terminam com a seguinte conclusão:

Se considerarmos exclusivamente o pagamento, pelo INSS, dos benefícios devido a acidentes e doenças do trabalho somado ao pagamento das aposentadorias especiais decorrentes das condições ambientais do trabalho em 2008, encontraremos um valor da ordem de R\$ 11,60 bilhões/ano. Se adicionarmos despesas como o custo operacional do INSS mais as despesas na área da saúde e afins o custo - Brasil atinge valor da ordem de R\$ 46,40 bilhões. A dimensão dessas cifras apresenta a premência na adoção de políticas públicas voltadas à prevenção e proteção contra os riscos relativos às atividades laborais. Muito além dos valores pagos, a quantidade de casos, assim como a gravidade geralmente apresentada como consequência dos acidentes do trabalho e doenças profissionais,

9 Art. 21-A. A perícia médica do INSS considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexó técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravado, decorrente da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças - CID, em conformidade com o que dispuser o regulamento.

10 PEREIRA; Op. Cit.

ratificam a necessidade emergencial de construção de políticas públicas e implementação de ações para alterar esse cenário.

Por esta razão, se mostram de extrema relevância as medidas tomadas no âmbito do INSS, através da Procuradoria Geral Federal, que almejam o ressarcimento desses benefícios concedidos por ato lesivo das empresas, que descumprem as normas padrão de segurança e higiene do trabalho.

Feitas estas reflexões iniciais, passa-se à análise do alcance teleológico do art. 120 da Lei nº 8.213/91.

3 O DIREITO AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO SAUDÁVEL E EQUILIBRADO

A sinistralidade laboral¹¹, decorrente da evolução do meio e modo no qual a atividade profissional se desenvolve, é um dos principais problemas propostos pelo Trabalho na modernidade.

Assim, o direito ao meio ambiente do trabalho saudável e equilibrado e a proteção do trabalhador, por meio da prevenção e controle dos riscos, é o ideal teleológico com o qual se busca a compreensão do disposto no art. 120 da Lei n. 8.213/91 e de todo o sistema jurídico a que concerne.

Tal análise se dará sob o lume da Constituição da República e de seus princípios ético-diretivos, como preceitua a valiosa lição de CARLOS ROBERTOS SIQUEIRA CASTRO, a esse respeito:

Com efeito, o caráter precipuamente principiológico da Constituição Federal de 1988, o que já foi tantas vezes acentuado pela doutrina, permite considerar, não só a ela, mas todo ordenamento jurídico brasileiro, por força dos eflúvios irradiados pela lei fundamental, como um sistema aberto, no qual convivem, em reciprocidade, e, em contínua interpelação mútua, *normas de natureza principiológica – implícitas ou explícitas – e normas de natureza preceptiva (aquelas vindo alargar, fecundar e comunicar novas possibilidades semânticas, novos horizontes deontológicos ao plano básico da previsão textual contida na respectiva redação)*. Aliás, pode-se dizer que a *ambiência natural*

11 “O trabalho tem intrínseca e natural potencialidade de oferecer riscos que podem comprometer bens valiosos e que merecem toda a proteção do Direito, como a vida, a saúde e a integridade física de alguém. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do Trabalho na Constituição de 1998*. São Paulo: Saraiva, p.19, 1991.

dos princípios jurídicos é mesmo o texto constitucional. E dentro deste contexto de abertura jurídica, como condição para o contínuo adensamento do fenômeno jurídico, impõe-se ao jurista o dever de desconfiar de leituras herdadas, e mesmo de se inquietar com elas, se já não se afinam como o sentimento de justiça, ou não mais traduzem as expectativas contemporâneas da sociedade. Em verdade, mais do que catalogar, *impõe-se*, hoje, talvez como nunca, não só à jurisprudência, mas sobretudo ao profissional do direito, *intensificar o conhecimento do fenômeno jurídico, encontrando novas conexões de sentido que as normas mantêm entre si e com os princípios éticos-diretivos do ordenamento jurídico, cujo epicentro repousa no princípio da dignidade humana.* Enfim, trata-se de um dever que incumbe e vincula a todos, Administração Pública e administrados, governantes e governados, Estado e sociedade.¹² (grifo nosso)

3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A TUTELA DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

Inicia-se, portanto, do princípio da dignidade humana, cuja concretização, quanto à proteção do trabalhador, somente se efetivará através do meio ambiente de trabalho sadio, cuja degradação pode afetar sua qualidade de vida, senão sua sobrevivência. Sobre esta interrelação, segue os ensinamentos:

A “terceira dimensão” refere-se aos direitos de solidariedade, pertinentes ao desenvolvimento, ao patrimônio comum da humanidade, à autodeterminação dos povos, à paz, à comunicação e à preservação do meio ambiente⁷

7 Cf. ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional, cit., p. 117-118; REZEK, José Francisco. Direito internacional público: curso elementar. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 225. [...]

O fundamento dos direitos fundamentais relaciona-se com o valor jurídico supremo da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, a previsão do *art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988.*

Como se pode notar, o “meio ambiente” pode ser visto justamente entre os chamados direitos fundamentais de “terceira dimensão”.

12 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, p. 52, 2005.

Ao mesmo tempo, importantes direitos trabalhistas, diretamente relacionados à segurança e medicina do trabalho, fazem parte dos direitos sociais, os quais também figuram como direitos humanos fundamentais, normalmente conhecidos como de “segunda dimensão” ou “família”¹⁰

10 Cf. ROMITA, Arion Sayão. Direitos fundamentais nas relações de trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 104–105.

Assim, observa-se nítida interdependência entre o meio ambiente do trabalho, a segurança e medicina do trabalho, o Direito do Trabalho, os direitos sociais, os direitos fundamentais e o próprio Direito Constitucional¹¹

11 Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Meio ambiente do trabalho: direito, segurança e medicina do trabalho. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

Nesse tema, cabe destacar, ainda, o mandamento constitucional de “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (art. 7º, XXII, da CF/1988).

Observa-se, assim, a existência de sistema jurídico de tutela do meio ambiente do trabalho, reconhecido pela Constituição da República, em seu art. 200, VIII, e que integra o próprio meio ambiente em sentido global (art. 225 da CF/1988); a par disso, estão incluídas no importante rol dos direitos humanos fundamentais (art. 5º, § 2º, da CF/1988)¹²

12 Cf. MELO, Raimundo Simão de. Direito ambiental do trabalho e saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético. São Paulo: LTr, 2004. p. 31: “O meio ambiente do trabalho adequado e seguro é um direito fundamental do cidadão trabalhador (lato sensu)”. (grifos do autor)¹³

Como visto, em decorrência da indissociabilidade entre a dignidade humana e o meio ambiente do trabalho saudável, equilibrado e seguro, este se caracteriza como direito humano fundamental (no âmbito da Constituição da República está concretizado através dos artigos 225, *caput*, 7º XXII e 200, VIII). Ainda, por excelência e por literalidade, é um direito social, logo, tem vinculação normativo-constitucional, é

13 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Meio Ambiente do Trabalho e Direitos Fundamentais: Responsabilidade Civil do Empregador por Acidentes Do Trabalho, Doenças Ocupacionais e Danos Ambientais*. Disponível em: <<http://www.iobonlinejuridico.com.br>>. Acesso em: 15.3.2010.

parâmetro de controle judicial¹⁴, e é de eficácia horizontal, que orienta também a atividade privada¹⁵.

4 MEIO AMBIENTE GERAL E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO - PRINCÍPIOS

A proteção jurídica do meio ambiente do trabalho tem no art. 225 da CR, que tutela o meio ambiente geral, uma dimensão mediata ou geral, o que implica na aplicação dos princípios gerais ambientais ao meio ambiente do trabalho.

O ponto de partida é a tutela estatal do meio ambiente, que se cumpre essencialmente através dos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público na proteção do meio ambiente e da intervenção estatal obrigatória. Também informam a tutela estatal os princípios da participação da sociedade e da cooperação internacional.

Àqueles que têm domínio sobre o meio ambiente no qual o trabalho humano se desenvolve, se aplicam os princípios do desenvolvimento sustentável demonstrando a possibilidade da existência harmônica entre os princípios do trabalho digno e da livre iniciativa¹⁶; princípio do poluidor-pagador, o qual impõe responsabilidade ao empregador-

14 Do que se descreveu a propósito dos direitos sociais como direitos subjectivos constitucionais, poderemos e deveremos ver em que é que reside a força jurídico-constitucional dos direitos económicos, sociais e culturais. O AC. nº39/84 do Tribunal Constitucional relativo à extinção legal do Serviço Nacional de Saúde fixou alguns traços juridicamente constitutivos das normas constitucionais consagradoras de direitos económicos, sociais e culturais: (i) os direitos fundamentais sociais consagrados em normas da Constituição dispõem de vinculatividade normativo-constitucional (não são meros "programas" ou linhas de direcção política"); (ii) as normas garantidoras de direitos sociais devem servir de parâmetro de controlo judicial quando esteja em sua causa a apreciação da constitucionalidade de medidas legais ou regulamentares restritivas destes direitos; (iii) as normas de legislar acopladas à consagração de direitos sociais são autênticas imposições legiferantes, cujo não cumprimento poderá justificar, como já se referiu, a inconstitucionalidade por omissão;(iv) as tarefas constitucionalmente impostas ao Estado para concretização desses direitos devem traduzir-se na edição de medidas concretas e determinadas e não apenas em promessas vagas e abstratas; (v) a produção de medidas concretizadoras dos direitos sociais não é deixada à livre disponibilidade do legislador, embora se beneficie de uma ampla liberdade de conformação quer quanto às soluções normativas concretas quer quanto ao modo organizatório e ritmo de concretização, cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, p. 482, 2003.

15 Ibid. 483: "A teleologia intrínseca da Constituição portuguesa aponta para uma eficácia horizontal dos direitos económicos, sociais e culturais. Isto parece indiscutível em relação ao núcleo essencial de direitos sociais ligados à protecção da dignidade humana. O comércio jurídico privado, está, portanto, vinculado pelos direitos fundamentais sociais sobretudo no que respeita ao núcleo desses direitos intimamente ligados à dignidade da pessoa humana (ex: contratos lesivos da saúde da pessoa, contratos lesivos dos direitos dos consumidores)

16 FERNADES, Fábio. *Meio Ambiente Geral e Meio Ambiente do Trabalho: Uma Visão Sistêmica*. São Paulo: LTR, p. 60, 2009.

poluidor, que assumiu o risco da atividade econômica, dirige a prestação de serviço e tem o controle da condição em que esta se desenvolve em solidariedade com aquele que direta ou indiretamente é responsável pela degradação ambiental¹⁷; princípio da correção do risco na fonte, educação e informação ambiental, estes intrinsecamente relacionados aos princípios da precaução e prevenção.

A precaução recomenda que, na incerteza sobre eventuais danos, a conduta deve ser obstada; prevenção determina a evitabilidade de qualquer perigo de dano ambiental. Sobre a aplicação destes princípios ao meio ambiente do trabalho, os ensinamentos de Raimundo Simão Melo:

Prevenção significa adoção de medidas tendentes a evitar riscos ao meio ambiente e ao ser humano. Precaução, em Direito Ambiental, tem a ver com risco, prejuízo, irreversibilidade e incerteza. Em outras palavras, mesmo na incerteza do risco, mas diante da irreversibilidade dos prejuízos eventuais ao ser humano, devemos adotar medidas preventivas, pois o aspecto humano prevalece em face do econômico (CF, art. 170).

[...]

No aspecto natural, por exemplo, a degradação do meio ambiente pode atingir direta ou indiretamente o ser humano, enquanto no meio ambiente do trabalho é o homem trabalhador atingido direta e imediatamente pelos danos ambientais, razão por que no âmbito trabalhista se deve levar à risca este princípio fundamental, expressamente previsto na CF (art. 7º, inciso XXII), que estabelece como direito do trabalhador urbano e rural a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Na aplicação deste princípio no âmbito trabalhista (o da prevenção), deve-se levar *em conta a educação ambiental a cargo do Estado, mas também das empresas, nos locais de trabalho, orientando os trabalhadores sobre os riscos ambientais e fornecendo-lhes os equipamentos adequados de proteção, como menciona a CLT no art. 157, podendo, inclusive, depois de bem orientar os trabalhadores sobre os riscos ambientais, puni-los pela recusa em observar normas de segurança e medicina do trabalho (art. 158 da CLT)*. (grifo nosso)¹⁸

17 FERNANDES, op. cit., p.63.

18 MELO, Raimundo Simão de. *Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador*. São Paulo: LTr, p. 40, 2006.

5 A ANÁLISE DO ALCANCE DO ART. 120 DA LEI 8.213/91, POR MEIO DOS PRINCÍPIOS ÉTICO-DIRETIVOS DA TUTELA DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E PROTEÇÃO DO TRABALHADOR

5.1 AÇÃO REGRESSIVA E A TUTELA ESTATAL DO MEIO AMBIENTE

O primeiro aspecto a ser analisado é o dever-poder que se impõe à Previdência Social de ajuizar a ação regressiva: como já dito, a tutela do meio ambiente do trabalho, é um direito humano fundamental de terceira (direito de solidariedade, que concerne ao patrimônio comum da humanidade) e segunda dimensão (direito relacionada à segurança do trabalho, um direito social), portanto que carrega em si um direito subjetivo constitucional, uma imposição legiferante, e não apenas configura um programa, mas também tem *vinculatividade* normativo-constitucional (vide supra nota 14).

O referido dever-poder decorre, portanto, dos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público na proteção do meio ambiente e da intervenção estatal obrigatória, pois agressão ao meio ambiente do trabalho alcança toda a sociedade que custeia a previdência social¹⁹.

Também decorre do princípio da prevenção, no aspecto que atribui ao Estado o dever de regulamentar o meio ambiente do trabalho, através de normatização, que priorize a prevenção e controle dos riscos ambientais e busque reparação quando nele ocorra um dano.²⁰

5.2 AÇÃO REGRESSIVA E OS RESPONSÁVEIS PELO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

A ação regressiva acidentária, em sua essência, é uma norma que busca através da responsabilidade civil que se evite dano à integridade física e psicológica do trabalhador e, até mesmo, à sua vida. Não é a simples transferência do dever do Estado de tutelar o meio ambiente do trabalho, pois, diante da dimensão e importância do risco social em questão, robustece o dever do responsável, isto é, daquele que tem o domínio sobre o meio ambiente no qual a atividade laboral se desenvolve, de prevenção e

19 MELO, Raimundo Simão de. *Meio Ambiente do Trabalho: Prevenção e Reparação* - Juízo Competente. Disponível em: <<http://www.iobonlinejuridico.com.br>>. Acesso em: 15.3.2010.

20 O capítulo V do Título II da Consolidação das leis do trabalho, reflete o princípio da prevenção, complementado pelas normas regulamentadoras (NRs) do Ministério do Trabalho e Emprego, em especial aquelas que determinam a inspeção prévia (NR2), Serviços Especializados em Engenharia e Medicina do Trabalho (SESMT), Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), Programa de Controle Médico de Saúde (PCMSO) e Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA)

controle dos riscos, logo é forma de efetivação do princípio ambiental da “internalização das externalidades”, para que os responsáveis considerem as variáveis ambientais em seus empreendimentos:

Trata-se da aplicação do princípio da internalização das externalidades, ou seja, uma vez que é o empregador que assume os riscos do empreendimento, é dele a responsabilidade pelas despesas tendentes ao fornecimento de um meio ambiente do trabalho sadio aos trabalhadores e, por isso, os custos dessa atuação a ele pertencem de forma exclusiva e não devem ser suportadas pelo sistema de proteção estatal.

No direito português, relata Raimundo Simão de Melo, a partir do início da década de 80 intensificou-se uma orientação generalizada no sentido da reintrodução da temática da responsabilidade civil, ao lado das responsabilidades administrativa e penal, no discurso dogmático do Direito Ambiental em face da existência de significativo déficit de execução e efetividade desse direito, o que justifica, como sustenta, José de Souza Cunhal Sendim, “... a internalização dos custos sociais decorrentes da autorização do ambiente contribuindo, deste modo, para a eficiência do sistema para a proteção do ambiente. *A revisão das virtualidades preventivas da responsabilidade civil, visto ser claro que potenciais poluidores ao ter conhecimento que são economicamente responsáveis pela reparação dos danos que causam, têm forte incentivo para os evitar.* Constata-se assim, que o vector mais geral do direito do ambiente – a idéia de prevenção de danos – é suscetível de ser concretizado, quer por recurso ao direito administrativo e ao direito penal, quem de modo complementar, através do direito de responsabilidade” (SENDIM, 1998, P.14)²¹ (grifo nosso)

Este princípio da “internalização das externalidades” juntamente com os princípios da prevenção e do poluidor-pagador, leva à conclusão de que são responsáveis pelo meio ambiente do trabalho, aqueles que têm alguma ingerência no local onde a atividade laboral acontece, não necessariamente o empregador, assim, se justifica o imperativo do art. 120 da Lei nº 8.213/91: a ação regressiva será ajuizada contra os responsáveis.

É o empregador o principal responsável pela integridade de seu empregado. Contudo, é uma realidade do país o uso indiscriminado da terceirização, contrato de prestação de serviço e empreitada, cuja atividade laboral se dá no recinto do contratante, assume o risco da atividade

²¹ FERNANDES, op. cit, p.109 – 110.

econômica, dirige a prestação de serviço e, muitas vezes, tem o controle da condição em que o trabalho se desenvolve, não pode este se furtar de sua responsabilidade simplesmente por não ser o empregador direito da vítima.

5.3 NEGLIGÊNCIA QUANTO ÀS NORMAS PADRÃO DE SEGURANÇA E HIGIENE DO TRABALHO

O meio ambiente do trabalho seguro e sadio é um direito social, de eficácia horizontal, logo, vincula a atividade privada (vide supra nota 15), e institui, para aqueles que se encontram no entorno do meio ambiente do trabalho, um direito às prestações positivas daqueles que sobre este local têm alguma ingerência, a fim de minimizar o efeito negativo de todas as variáveis ambientais capazes de lesá-los.

Todos aqueles que se beneficiam do trabalho, portanto, tem objetivamente o dever de cuidado na prevenção e minimização dos riscos decorrentes da atividade laboral, sob pena de cometer ato ilícito que ensejará responsabilidades, tanto na forma comissiva, quanto na omissiva, resultantes da negligência.

Este dever decorre do princípio da prevenção, quando a ele se interrelaciona aos princípios da correção do risco na fonte, informação e educação ambiental.

Cabe, como obrigação primeira, aos responsáveis, a manutenção de um ambiente do trabalho equilibrado, cuja concretização se inicia da avaliação do risco e da aplicação das medidas preventivas subseqüentes:

De facto, é preferível, sempre que tecnicamente possível, *evitar os riscos* no seu conjunto, assegurando, para esse fim, a avaliação de riscos em momentos privilegiados, com seja, o momento da concepção dos locais de trabalho, do *lay out* produtivo, da definição da organização dos processos de trabalho, da introdução de novas tecnologias e da aquisição de máquinas, ferramentas e matérias primas e, em geral, em qualquer modificação significativa das condições de trabalho.

Combater riscos na origem é sempre mais eficaz, na medida em que se evita sua propagação ou se reduz a sua extensão – os danos e as vítimas potenciais (p. ex. não será de se aplicar um sinalização de piso escorregadio quando é possível sua substituição ou reparação...) ²²

22 ROXO, Manuel M. *Segurança e Saúde do Trabalho: avaliação e controlo dos riscos*. Coimbra: Almedina, p. 115, 2009.

Além do combate aos riscos, cabe aos responsáveis informar e orientar os trabalhadores quanto à sua existência e evitabilidade, fiscalizar a observância dessas instruções, seja através da informação e educação ambiental, através das quais devem oferecer ao trabalhador a condição de avaliar e se prevenir dos riscos da tarefa que lhe foi atribuída, ainda, através do poder e dever de fiscalização, devem impor o uso das medidas de proteção, pois a lei dá aos responsáveis meios de coagir o trabalhador a cumprir as precauções a tomar, por meio da aplicação de sanção disciplinar e demissão por justa causa.²³

Normas de proteção e segurança devem ser tidas pelo consenso geral de conduta daqueles que se situam no meio ambiente do trabalho e visa a sua higidez (a elas devem ser atribuída sentido amplo). Logo, as normas negligenciadas a que se refere o art. 120 não se restringe às NRs, editadas pelo MTE.

Em decorrência dos princípios ambiental da participação popular e da prevenção, norma de proteção implicará em qualquer metodologia de redução de risco, a exemplo, das próprias normas de direito ambiental, normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, normas de autoregulamentação, convenção coletiva, chegando, até mesmo, às instruções do fabricante de um equipamento perigoso.

Também, por conta da necessidade de se dar máxima efetividade ao direito social fundamental ao meio ambiente de trabalho sadio, a negligência tratada pelo art. 120 da Lei nº 8.212/91, não está adstrita ao descumprimento de normas regulamentadoras, também concerne ao descumprimento de qualquer dever mínimo de cuidado, por exemplo: não combater todos os riscos dimensionados, não planejar a prevenção de maneira coerente, não demonstrar ao trabalhador o risco a que se submete em sua atividade, meios de evitá-lo e como agir face a ele, não priorizar a proteção coletiva, deixar de substituir uma metodologia de trabalho que é perigosa por outra menos perigosa ou isenta de perigo.

5.4 NORMAS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL E COLETIVA

Como não é possível um meio ambiente de trabalho isento de riscos, àqueles inevitáveis deve ser dado um planejamento coerente, a fim de que sejam tomadas medidas efetivas de proteção, seja individual ou coletiva.

23 CLT arts. 158 e 482, “h”

A NR 6.1 define como equipamento de proteção individual: “todo dispositivo ou produto, de uso individual utilizado pelo trabalhador, destinado à proteção de riscos suscetíveis de ameaçar a segurança e a saúde no trabalho”.

Contudo, o uso de equipamentos de proteção individual deve ser complementar à adoção de medidas de proteção coletiva²⁴, que alcançam todos aqueles que estão inseridos no meio ambiente do trabalho:

Razões de eficácia no combate ao risco e, mesmo de eficiência de produtiva determinam uma opção de *prioridade na aplicação de dispositivos de proteção coletiva*, que satisfaçam requisitos de estabilidade, de resistência e de permanência no estado e no tempo, relativamente à proteção individual. De facto e tendencialmente a proteção individual implica:

- para os utilizadores, um incómodo;
- para a tarefa, um inconveniente;
- e, normalmente, um distanciamento considerável face à fonte do risco.

Uma tal ordem de prioridades não significa um demérito do equipamento de proteção individual, se tivermos em conta a possibilidade de existirem riscos residuais, a sua complementaridade face a outras medidas de controlo, a impossibilidade técnica demonstrada de não haver outra possibilidade preventiva, a presença de curta duração em zonas de risco, a utilização em procedimentos de emergência... Por isso, os equipamentos de proteção individual devem reunir, cumulativamente, propriedades de adaptação ao trabalho a realizar, aos riscos em presença e às características individuais dos seus utilizadores.”²⁵

Por fim, os responsáveis têm de zelar por todo o entorno do local em que está sendo desenvolvida a atividade laborativa, não se podendo colocar em risco qualquer pessoa da coletividade.

Daí, se conclui, conforme as normas constitucionais e princípios analisados, que a “proteção coletiva”, também deve alcançar àqueles que se encontram no entorno do meio ambiente do trabalho. Vejamos a lição de Fábio Fernandes:

²⁴ A complementariedade das medidas de proteção individual em relação às coletivas está regulamentada pela NR 6.3

²⁵ Roxo, op. cit. p. 117

Dar eficácia ao princípio da prevenção no meio ambiente do trabalho significa zelar pela saúde e segurança direta do homem trabalhador e também assegurar a tutela do meio ambiente “externo”, haja vista que a grande maioria dos danos ambientais origina-se no meio ambiente do trabalho.²⁶

Nesse sentido, a ocorrência de grande dano ambiental laboral, que atinge não só os trabalhadores que nele atuam, mas também toda a coletividade que sofre os impactos do evento danoso, impõe ao Estado a proteção da integridade física de tais pessoas.

Assim, terá a Previdência Social legitimidade ativa para propor ação regressiva, para se ver ressarcida de alguma prestação social implantada a segurado que estava no meio ambiente “externo” atingido por dano ocorrido no meio ambiente do trabalho, mesmo sem ter qualquer vinculação com a atividade laboral nele prestada.

6 CONCLUSÃO

O meio ambiente do trabalho, inserido no meio ambiente geral, por ser indissociável do princípio da dignidade de pessoa humana, tem natureza de direito humano fundamental e direito social, garantindo ao trabalhador o direito de se ver tutelado pelo Estado e o direito às prestações positivas daqueles que sobre este local têm alguma ingerência, a fim de minimizar o efeito negativo de todas as variáveis ambientais capazes de lesá-los.

Neste conceito se insere a ação regressiva acidentária, prevista no art. 120 da Lei nº 8.213/91, que é norma de responsabilidade civil, essencialmente de característica preventiva, pois potenciais descumpridores das normas de proteção ao se verem economicamente responsabilizados pelos danos que causarem, terão forte estímulo de os evitarem.

Para que cumpra sua função preventiva aos ditames do art. 120 da Lei nº 8.231/91, inclusive porque concerne também à proteção do meio ambiente do trabalho, cujo princípio fundamental é a precaução, deve ser dada a máxima efetividade a este dispositivo legal.

26 FERNANDES, Fábio de Assis F. *A Constituição de 1988 e o Meio Ambiente do Trabalho*. O Princípio da Prevenção no Meio Ambiente do Trabalho. O Ministério Público do Trabalho e o Licenciamento Ambiental. Estudo Prévio e Relatório de Impacto Ambiental. Audiência Pública. CIPA e os Programas de Prevenção e Controle e Saúde e Segurança do Trabalhador. Disponível em: <<http://www.iobonline.juridico.com.br>>. Acesso em: 15.3.2010.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERNADES, Fábio. *Meio Ambiente Geral e Meio Ambiente do Trabalho: Uma Visão Sistêmica*. São Paulo: LTR, 2009.

_____. *A Constituição de 1988 e o Meio Ambiente do Trabalho. O Princípio da Prevenção no Meio Ambiente do Trabalho. O Ministério Público do Trabalho e o Licenciamento Ambiental. Estudo Prévio e Relatório de Impacto Ambiental. Audiência Pública. CIPA e os Programas de Prevenção e Controle e Saúde e Segurança do Trabalhador*. Disponível em: <<http://www.iobonlinejuridico.com.br>>. Acesso em: 15.3.2010.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Meio Ambiente do Trabalho e Direitos Fundamentais: Responsabilidade Civil do Empregador por Acidentes Do Trabalho, Doenças Ocupacionais e Danos Ambientais*. Disponível em: <<http://www.iobonlinejuridico.com.br>>. Acesso em: 15.3.2010.

MELO, Raimundo Simão de. *Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador*. São Paulo: LTr, 2006.

_____. *Meio Ambiente do Trabalho: Prevenção e Reparação - Juízo Competente*. Disponível em: <<http://www.iobonlinejuridico.com.br>>. Acesso em: 15.3.2010

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do Trabalho na Constituição de 1998*. São Paulo: Saraiva, 1991.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol.I. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ROXO, Manuel M. *Segurança e Saúde do Trabalho: avaliação e controlo dos riscos*. Coimbra: Almedina, 2009.

DA ATUAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA NO CONTEXTO BRASILEIRO DE ATIVISMO JUDICIAL – O EXEMPLO DO CASO RAPOSA SERRA DO SOL¹

*THE ROLE OF PUBLIC ADVOCACY IN THE BRAZILIAN
CONTEXT OF JUDICIAL ACTIVISM - THE EXAMPLE OF
"RAPOSA SERRA DO SOL" CASE*

Antonio Cavaliere Gomes

*Procurador Federal, com exercício na Fundação Nacional do Índio-FUNAI de 2003
a 2007, Coordenador de Contencioso da Procuradoria Federal junto ao Instituto
Nacional de Propriedade Industrial-INPI, Pós-Graduado em Direito Público pela
Universidade Cândido Mendes – UCAM.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Classificação do interesse público em primário e secundário; 2 Considerações acerca da advocacia pública no Brasil; 3 Cenário de ativismo judicial brasileiro; 4 Análise da atuação da advocacia pública em casos de ampla repercussão submetidos ao Supremo Tribunal Federal; 4.1 O caso Raposa Serra do Sol; 5 Conclusão; Referências.

¹ Apresentado como conclusão de curso de Pós-Graduação em Direito Público na Universidade Cândido Mendes – UCAM, em abril de 2010, tendo obtido conceito máximo

RESUMO: A Advocacia Pública brasileira caminha no sentido de consolidar seu papel de agente essencial à justiça, tal como previsto no texto constitucional. A partir do momento em que o Poder Judiciário adota postura especialmente ativa quanto a questões de relevante interesse público, torna-se ainda mais fundamental que a instituição responsável por fazer a fiscalização, orientação e defesa dos atos e políticas públicas desempenhe bem a sua função, levando aos julgadores as razões jurídicas da conduta tomada pelo representante do povo. Neste trabalho pretende-se mostrar a evolução da atuação da Advocacia Pública na defesa de interesses públicos primários, valiosos para a sociedade como um todo e não somente para a Fazenda Pública, para o Erário. É utilizado como exemplo o caso da demarcação, pelo Poder Executivo, da terra indígena Raposa Serra do Sol, em forma contínua, que, impugnada perante o Supremo Tribunal Federal, foi defendida pela Advocacia-Geral da União.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia Pública. Ativismo judicial. Interesse público primário. Caso Raposa Serra do Sol.

ABSTRACT: The Brazilian Public Advocacy moves towards consolidate its role as an essential agent of justice, as provided in the constitutional text. From the moment that the Judiciary takes an especially attitude on issues of public interest, it becomes even more fundamental that the institution responsible for making the supervision, guidance and protection of actions and policies should fulfill its function, leading to the judges the legal reasons of the conduct made by the chief. This paper aims to show the performance evolution of Public Advocacy in the defense of public primary interests, valiant for society as a whole and not only for the Exchequer, for the Treasury. It is used as an example the case of demarcation by Executive Branch of the “Raposa Serra do Sol” land, in the continuous form, which was contested in the Supreme Court, being defended by the Attorney-General of the Union.

KEYWORDS: Public Advocacy. Judicial activism. Public primary interest. “Raposa Serra do Sol” case

INTRODUÇÃO

Através do presente trabalho, pretende-se demonstrar como a Advocacia Pública vem se comportando no atual cenário brasileiro de ativismo judicial, consolidando sua atuação na defesa dos interesses públicos ditos primários e afastando, cada vez mais, a visão predominante na sociedade e no próprio meio jurídico no sentido de que tal ramo das funções essenciais à justiça teria como atribuição primordial tão somente a defesa de interesses meramente fazendários, vinculados ao Estado em sentido estrito.

Escopo do trabalho é demonstrar e ressaltar a grande e importante atuação da Advocacia Pública nas questões de relevante interesse público, em especial no que se refere a casos concretos de ampla repercussão social submetidos ao Supremo Tribunal Federal.

Procurou-se, assim, fazer uma análise mais aprofundada acerca do caso da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, levada a efeito pelo Poder Executivo e contestada no Supremo Tribunal Federal, dando-se ênfase às alegações levadas pela Advocacia-Geral da União ao Tribunal quando da defesa judicial do ato.

Em casos como este, cada vez mais se percebe uma Advocacia Pública pautada por razões constitucionais, adotando postura que, em tese, se analisada literalmente, poderia parecer até mesmo contraditória com os próprios interesses da pessoa jurídica de direito público que está sendo representada em juízo.

Durante as ponderações, portanto, fez-se breve digressão acerca da clássica diferenciação entre interesse público primário e secundário, sendo o primeiro relevante para a sociedade de forma geral e o segundo mais diretamente ligado ao Erário, à Fazenda Pública propriamente dita.

Apontou-se, ainda, para marcos históricos importantes referentes à Advocacia Pública brasileira, mostrando sua presença inicial e nitidamente contraditória no âmbito do Ministério Público, passando pela clara e absolutamente necessária separação total das atribuições ministeriais e chegando até os dias atuais, quando a Carta Constitucional vigente lhe considerou como uma das funções essenciais à justiça, o que, por si só, já é indicativo reluzente de que lhe incumbem papéis que transcendem, em muito, a mera defesa do ato administrativo estatal.

Foram abordadas, ainda, linhas gerais acerca do fenômeno do ativismo judicial - momento em que o Poder Judiciário avoca, em seus julgados, soluções para grandes problemas nacionais - seus efeitos no plano político e como a doutrina nacional e internacional vem tratando o assunto.

Finalmente, como já dito, foi analisado, exemplificativamente, o caso da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, submetido ao Supremo Tribunal Federal, e como se deu a atuação da Advocacia Pública na defesa do ato do Poder Executivo, justamente no sentido de infirmar as considerações desenvolvidas ao longo do texto.

1 CLASSIFICAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO EM PRIMÁRIO E SECUNDÁRIO

Absolutamente clássica, em nossa doutrina e jurisprudência, a classificação do interesse público em primário e secundário, sendo o primeiro aquele relevante para toda a sociedade, ou seja, que possui potencial repercussão nas relações sociais, enquanto o segundo seria o interesse meramente fazendário, relativo ao erário, o qual, ao menos em uma análise superficial, não incide de forma direta na vida dos cidadãos.

Tal classificação, como ressaltado pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, já é de trânsito tão corrente na doutrina italiana que os doutrinadores daquele país já pouco a abordam.²

De igual forma, nossas doutrina e jurisprudência também adotam comumente tal distinção, como se pode aferir, por todos, do seguinte trecho de acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça:

A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado “interesse público secundário”. Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau.³

Assim, frequentemente, observa-se na sociedade e na própria consciência jurídica nacional a idéia simplória de que caberia ao Ministério Público, em seus diversos ramos, a defesa do interesse

2 MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

3 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 11308, 19/05/2008.

público primário, enquanto à Advocacia Pública ficaria reservado o papel de defensora dos governantes e das questões fazendárias, no sentido estrito do termo.

Porém, com uma análise um pouco só mais cuidadosa do ordenamento jurídico pátrio, nota-se que tal noção é uma impropriedade.

Apenas para citar um exemplo banal, observe-se a legitimidade da União, Estados, Municípios, Autarquias, Empresas Públicas, Fundações e Sociedades de Economia Mista para propor ação civil pública na defesa do meio ambiente, do consumidor, dos bens e direitos de valor artístico, histórico etc., conforme previsto na lei nº 7347/85.

Nesses casos, claro fica que a Advocacia Pública, representando a pessoa jurídica de direito público que figura como autora na lide, estará propondo uma demanda para a defesa de um interesse público classificado como primário.

No exato sentido do que aqui se afirma, vejamos trecho de julgado recente:

A defesa do interesse público primário concernente na proibição de funcionamento de rádios clandestinas autoriza a Anatel a tutelar seu poder de fiscalização através de ação civil pública, quando a sua atuação, no caso concreto, está obstada por lei municipal, mormente quando se sabe que os sinais emitidos pelas referidas rádios interferem na comunicação entre as aeronaves e as respectivas torres de comando, o que pode provocar sérios riscos de acidentes. Preliminar Rejeitada.⁴

Tal decisão demonstra que a jurisprudência está atenta e vem evoluindo no trato da questão, discernindo de forma cristalina a possibilidade de defesa de interesse público classificado como primário pela Administração Pública e, conseqüentemente, pela Advocacia Pública.

2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ADVOCACIA PÚBLICA NO BRASIL

Como se disse acima, ainda é bastante forte a idéia de separação rígida entre a instituição que deve promover a defesa do interesse público primário e aquela que seria responsável pela defesa do interesse público secundário.

⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. AC 410516, 01/07/2009.

Uma das razões para tal, a nosso ver, é a própria origem da Advocacia Pública e a maneira pela qual esta se consolidou no Brasil.

Na Itália, como lembrado por Mário Bernardo Sesta⁵, país em cujo modelo de Advocacia Pública o Brasil muito se inspirou, a atribuição relativa ao aconselhamento jurídico e ao patrocínio judicial do interesse público enquanto interesse do Estado foi, na segunda metade do século XIX, subtraída do “Pubblico Ministero” e atribuída à “Avvocatura Erariale” e, após, já no início do século XX, à chamada “Avvocatura dello Stato”.

Por fim, a lei italiana nº 103 de 03/04/1979 consolida a “Avvocatura dello Stato” como instituição com independência funcional, exercendo a função de elo entre a Administração Estatal e Regional daquele país e garantindo, através de uma percepção geral, uma atuação administrativa que objetive a melhor satisfação do interesse público.⁶

Em nosso país, por sua vez, a primeira referência constitucional clara à representação judicial da União (pelo Ministério Público Federal) vem somente na Carta de 1946. Confirmamos o dispositivo.

Art.126. O Ministério Público Federal tem por chefe o Procurador-Geral da República. O Procurador, nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos indicados no art. 99, é demissível *ad nutum*.

Parágrafo único. A União será representada em juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer êsse encargo, nas comarcas do interior, ao Ministério Público local.⁷

Já a noção dicotômica, isto é, a separação entre as funções do Ministério Público e da Advocacia Pública, apesar da ausência de previsão constitucional, surge nos anos 60 e 70 através de Consultorias-Gerais ou Procuradorias-Gerais de Estado, distanciadas do órgão

5 SESTA, Mário Bernardo. Advocacia-Geral da União: Finalmente a Racionalização. *Revista do Procurador Federal – ANPAF*, Brasília, n. 01, p. 5-6, novembro 2001.

6 RISPOSTA alle Esigenze Federalistiche. Disponível em: <<http://www.avvocaturastato.it>>. Acesso em: 17/06/2009.

7 CAMPANHOLE, Adriano ; Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*, 6. ed. São Paulo: Atlas, 1983.

ministerial, com atribuição de consultoria e representação judicial do interesse público estadual.⁸

Infirmado o sucesso de tal modelo, a Constituição de 1988 reserva, de forma inédita, no Capítulo IV, relativo às Funções Essenciais à Justiça, a Seção I para o Ministério Público, a Seção II para a Advocacia Pública e a Seção III para a Advocacia e Defensoria Pública.

Finalmente, em 1993, é criada, no plano federal, a Advocacia-Geral da União, cujas atribuições constitucionalmente expressas são a representação judicial e extrajudicial da União e as atividades de consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo.

Consolida-se, assim, a separação entre as funções do Ministério Público e as da Advocacia Pública, inclusive com a proibição constitucional expressa de representação judicial ou consultoria jurídica de entidades públicas por aquela primeira instituição (art.129, inciso IX).

A partir daí, portanto, é que teria surgido a noção obtusa de defesa exclusiva do interesse público dito primário pelo Ministério Público e de defesa apenas fazendária e de atos de governo pela Advocacia Pública.

Ressalte-se, desde logo, que de forma alguma se pretende aqui reduzir a função do Ministério Público como fiscal da lei, defensor do regime democrático e dos direitos fundamentais ou relativizar a crucial importância de tal instituição para o bom funcionamento do estado democrático de direito.

O que se pondera é tão somente abrir espaço para que outras instituições, cujas funções são, como consignado na Carta Magna, tão essenciais à justiça quanto as do “Parquet”, possam também atuar, sem pudores, na defesa dos interesses públicos classificados como primários, sem que haja quaisquer conjecturas no sentido de invasão das funções ministeriais.

Nesse sentido, releva notar a sapiência do constituinte, quando decidiu atribuir ao Ministério Público, de forma privativa, tão somente a promoção da ação penal pública (art.129, I). Tal opção afigurou-se não só sábia mas sobretudo prudente, na medida em que confere exclusividade de atuação ao “Parquet” em relação à matéria

8 SESTA, Mário Bernardo. Advocacia-Geral da União: Finalmente a Racionalização. *Revista do Procurador Federal – ANPAF*, Brasília, n. 01, p. 5-6, novembro 2001.

intimamente ligada a direitos fundamentais, em especial ao direito de liberdade, evitando que mais de uma instituição possa promover um processo judicial de cunho penal público.

Portanto, afora essa hipótese, todas as outras atividades realizadas pelo Ministério Público não constituem, a princípio e por si só, óbice para que outras instituições também o façam.

E é exatamente nesse ponto que se pretende chegar, ou seja, demonstrar a benesse da defesa dos interesses públicos classificados como primários por todas as instituições com capacidade para tal, mais especificamente, no presente trabalho, pela Advocacia Pública.

3 CENÁRIO DE ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO

Especialmente nos últimos anos, tem-se notado a adoção de uma posição deveras ativa, quase que de protagonismo, por parte do Poder Judiciário brasileiro.

Tal situação está muito bem representada no Supremo Tribunal Federal, cuja composição, aliás, foi substancialmente alterada nos últimos tempos, passando a integrar a Corte juristas com perfil mais arrojado, formados em ambientes críticos ao regime ditatorial vigente no Brasil nas décadas de 60 e 70, e altamente identificados, portanto, com os preceitos democráticos e preocupações sociais presentes na Constituição de 1988.

Esse movimento de maior participação e influência do Poder Judiciário nas questões nacionais é caracterizado pela doutrina como ativismo judicial, no sentido de os julgadores atuarem de forma incisiva, inovadora, em questões de relevante interesse público, muitas vezes adotando posição de vanguarda no cenário nacional.

É a situação oposta à chamada auto-contenção judicial, momento em que o Judiciário encontra-se retraído, com posições majoritariamente conservadoras e previsíveis, evitando aplicar diretamente a Constituição a casos concretos, declarar inconstitucionalidade de normas expedidas pelo legislador ou interferir nas políticas públicas dos governantes.

O ativismo judicial, por sua vez, normalmente está atrelado a uma postura omissa do legislador e à ausência de credibilidade da sociedade no ambiente político em geral, foro onde, originalmente, deveriam

ser discutidas e definidas as questões que acabam sendo levadas ao Judiciário, para que este tenha a palavra final sobre o assunto.

Um perfeito exemplo disso é dado pelo Professor Luís Roberto Barroso⁹, quando é citado o fato de as audiências públicas no Supremo Tribunal Federal sobre o uso de células tronco embrionárias, quando se discutia a constitucionalidade da lei de biossegurança (lei nº 11.105/2005), terem tido muito maior repercussão do que a própria aprovação de tal lei pelo Congresso Nacional. Em outras palavras: a questão somente passou a merecer a atenção da mídia e da própria sociedade quando submetida ao Poder Judiciário.

Assim, apesar de ter se tornado lei geral, abstrata e a todos aplicável, a sociedade civil, de maneira abrangente, excepcionando-se, por óbvio, aqueles setores mais intimamente ligados à causa, só se interessou pelas questões nela tratadas quando se decidiu impugnar a sua constitucionalidade, levando-a ao crivo do Poder Judiciário.

Essa constatação levanta uma face negativa do fenômeno do ativismo judicial, em especial se considerarmos que o Judiciário é um poder inerte, isto é, só age quando provocado.

Imaginemos se nenhum daqueles legitimados (art.103 da Constituição) para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade tivesse provocado o Supremo Tribunal Federal? O resultado seria a existência de uma lei altamente revolucionária em seu campo de atuação, com influência direta na vida de milhões de cidadãos, e praticamente desconhecida de grande parte da sociedade, que pouco ou nada se interessou pelo processo legislativo que a criou.

Curioso é que justamente os membros do Poder Legislativo são representantes eleitos diretamente pelo povo, ou seja, seria natural se esperar uma cobrança e participação maior do cidadão quando estivesse o tema submetido ao legislador e não ao julgador, o qual é pertencente a uma função republicana de caráter eminentemente técnico, não é eleito, normalmente procura adotar postura equidistante das partes que litigam e, como acima referido, só atua quando e se provocado.

Tem-se, portanto, que a referida descrença da população na classe política em geral, a qual é tida, majoritariamente,

9 BARROSO, Luís Roberto. *Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Texto publicado em 22/12/2008.

como protetora de interesses fisiológicos, não voltados às reais necessidades do povo, faz com que o Poder Judiciário, reconhecido pela ampla maioria como instância de fato autônoma, independente e técnica, livre de compromissos partidários, acabe surgindo como legítimo “revisor” das atitudes tomadas pelos representantes dos outros dois Poderes, de forma mais contundente, no caso do Brasil atual, do Poder Legislativo.

Esse fenômeno faz surgir o debate acerca da “dificuldade contramajoritária”, isto é, se teria de fato o Poder Judiciário, com membros não eleitos pelo povo, legitimidade para se imiscuir em decisões exaradas pelos outros Poderes, cujos representantes foram eleitos pelo voto direto dos cidadãos.

A discussão é rica e ocorre a nível mundial, tendo em conta que o ativismo judicial é um movimento em curso em diversos países, principalmente no ocidente do pós 2ª guerra.

Mauro Cappelletti¹⁰ e Ronald Dworkin¹¹, por exemplo, encaram o ativismo judicial de maneira positiva, considerando que tanto o processo legislativo quanto o jurisdicional são processos de criação do direito, pelo que recusam uma posição passiva do Judiciário e não vêem perigo à democracia quando este intervém no mundo político.

Já Antoine Garapon¹² e Junger Habermas¹³ possuem visão mais crítica acerca de tal fenômeno, ponderando o primeiro que o debate puramente judiciário individualizaria as obrigações, isto é, o cidadão, ao invés de se engajar em movimentos de caráter coletivo, prefere, de forma mais solitária que solidária, provocar o Poder Judiciário para que o problema seja resolvido da forma que lhe parece mais conveniente.

Habermas, por sua vez, como bem resumido por Vanessa Elias Oliveira e Ernani Carvalho¹⁴, considera a invasão do direito na política uma disputa em torno do princípio da divisão dos poderes

10 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1993.

11 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 1999.

12 GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: o guardião de promessas*. Rio de Janeiro: Revan. 1999.

13 HABERMAS, Junger. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997.

14 OLIVEIRA, Vanessa Elias; CARVALHO, Ernani. *Judicialização da Política: um tema em aberto*. Disponível em: <[http://www. politica hoje.com/ojs/include/getdoc.php?id=352&article=101...pdf](http://www.politica hoje.com/ojs/include/getdoc.php?id=352&article=101...pdf)>. Acesso em: 07 mar. 2010.

republicanos, entendendo que os juízes não teriam o direito de intervir na substância do processo legislativo, através do controle abstrato de constitucionalidade das normas, por exemplo.

No Brasil, observamos juristas como Luís Roberto Barroso e Daniel Sarmento admitindo, com os temperamentos devidos, a ocorrência do ativismo judicial. Confirmamos trecho de artigo do Professor Barroso.

A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo Parlamento e sancionada pelo presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo o mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.¹⁵

Já o Professor Daniel Sarmento resume bem a questão da seguinte forma.

Estou convencido de que o Poder Judiciário tem um papel essencial na concretização da Constituição brasileira. Em face do quadro de sistemática violação de direitos de certos segmentos da população, do arranjo institucional desenhado pela Carta de 88, e da séria crise de representatividade do Poder Legislativo, entendo que o ativismo judicial se justifica no Brasil, pelo menos em certas searas, como a tutela de direitos fundamentais, a proteção das minorias e a garantia do funcionamento da própria democracia.

[...]

Mas, em outros campos, pode ser mais recomendável uma postura de auto-contenção judicial, seja por respeito às deliberações majoritárias adotadas no espaço político, seja pelo reconhecimento

15 BARROSO, op., cit.

da falta de *expertise* do Judiciário para tomar decisões que promovam eficientemente os valores constitucionais em jogo, em áreas que demandem profundos conhecimentos técnicos fora do Direito – como Economia, políticas públicas e regulação. Nestes casos, deve-se reconhecer que outros órgãos do Estado estão mais habilitados para assumirem uma posição de protagonismo na implementação da vontade constitucional.¹⁶

Por outro lado, existem observações de cunho eminentemente crítico ao avanço do Judiciário, como aquelas feitas pelos Professores Oscar Vilhena Vieira e Humberto Ávila, no sentido de que o fenômeno do ativismo judicial seria conseqüência de uma indevida fragilidade das instituições de representação política, não podendo os julgadores, com base em princípios fluidos e vagos presentes no texto constitucional, desconsiderar as soluções legislativas encontradas no exercício legítimo da democracia. Confirmamos.

Tudo parece exigir uma última palavra do STF. Se por um lado isto demonstra a grande fortaleza desta instituição, por outro é sintoma de uma forte crise, para não dizer degradação, de nosso sistema democrático, que hoje depende deste novo ‘Poder Moderador’ para funcionar.

[...]

Dada a total falta de cerimônia de nossos políticos em agredir a Constituição, o STF tem sido obrigado a declarar inconstitucionais cerca de três quartos de todas as leis a ele submetidas. Mais recentemente tem substituído o legislador omissor, criando novas regras para o nosso sistema político. Isto demonstra a enorme fragilidade das instituições de representação política, o que certamente não é um bom sinal.”¹⁷

“Como a Constituição de 1988 é composta basicamente de regras, e como ela própria atribui, em inúmeras situações, ao Poder Legislativo a competência para editar regras legais, sempre que esse poder exercer regularmente a sua liberdade de configuração e de fixação

16 SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/biblioteca/servicos/getSumario.asp?cod=239...S.>>. Acesso em: 08 mar. 2010.

17 VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia: vícios e virtudes republicanas*. Artigo publicado no Jornal Valor Econômico.

de premissas dentro dos parâmetros constitucionais, não poderá o aplicador simplesmente desconsiderar as soluções legislativas.¹⁸

Seja qual for a visão que se adote quanto ao ativismo judicial brasileiro, fato é que tal fenômeno vem ganhando força no país, sendo necessário, portanto, analisar como as instituições que lidam diuturnamente com o Judiciário estão se comportando em tal ambiente.

4 ANÁLISE DA ATUAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA EM CASOS DE AMPLA REPERCUSSÃO SUBMETIDOS AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Na esteira do ativismo judicial que ocorre na sociedade brasileira, pretende-se analisar como a Advocacia Pública, mais especificamente a Advocacia-Geral da União, vem se comportando em tal cenário, tendo em conta sua função constitucional de representação judicial e assessoramento jurídico da União.

É bom que se diga, desde logo, que os membros da Advocacia Pública, tal como desenhada no sistema jurídico constitucional e normativo vigente, não podem ser considerados como simples advogados dos representantes eleitos pelo povo.

Essa noção é facilmente perceptível quando se tem em conta que os membros da Advocacia Pública pertencem a uma carreira de Estado, ou seja, a premissa básica é a de que a sua atuação não poderá ser pautada por interesses ocasionais, desvinculados do interesse público, daqueles que ocupam o poder em um dado momento.

O que se pretende, portanto, é que tais profissionais, selecionados através de critérios técnicos e democráticos (concurso público de provas e títulos), detentores de garantias e autonomia no exercício da função, atuem sem receio de retaliações de cunho político, adequando as políticas públicas propostas pelos representantes do povo e por seus delegados ao que estabelecido no ordenamento jurídico nacional e, quando, necessário, fazendo a sua defesa perante o Poder Judiciário.

A Advocacia Pública, portanto, nem de longe pode ser comparada (apesar de cômoda tal associação) a um órgão jurídico

18 ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". *Revista Eletrônica e Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, jan./feve./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 03/12/2009.

de uma empresa privada, por exemplo, pelo que é flagrantemente equivocada a expressão, ainda adotada com frequência, no sentido de que a Advocacia-Geral da União, por exemplo, seria o “grande escritório de advocacia do governo federal”.

Primeiramente, cabe destacar que, como o próprio nome já o diz, tal instituição atua no âmbito da *União*, isto é, junto aos três Poderes da República e não somente junto ao Poder Executivo, como por muitos considerado.

A título de exemplo prático, destaque-se que, recentemente, a Advocacia-Geral da União instalou órgão para atuação específica junto à Câmara dos Deputados e ao Tribunal de Contas da União, instituições vinculadas ao Poder Legislativo Federal.

Além disso, o órgão jurídico de uma empresa privada é subordinado à Presidência ou Diretoria da mesma, sendo os seus membros por ela livremente escolhidos e destituídos. Mesmo que haja alguma independência e autonomia técnica por parte dos profissionais do direito, estes estarão sempre, de alguma forma, vinculados à vontade do dirigente.

O mesmo não ocorre com a Advocacia Pública. Os advogados públicos, tal como os advogados privados, devem trabalhar, sim, com a vontade do administrador, tentando adequá-la ao ordenamento jurídico. Porém, o fazem com absoluta autonomia e sem subordinação. Daí a crucial diferença com a iniciativa privada. O advogado público não teme desagradar o administrador público com suas manifestações jurídicas, o que, sem sombra de dúvidas, possui grande chance de ocorrer em um ambiente privado, mormente quando o advogado é funcionário contratado pela empresa.

Enfim, o que se pretende enfatizar é que devemos considerar como premissa da atuação da Advocacia Pública, estejamos em cenário de ativismo ou de contenção judicial, a autonomia, independência e garantias das quais dispõem os seus membros no exercício de suas atividades jurídicas.

4.1 CASO RAPOSA SERRA DO SOL

A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, foi impugnada perante o Supremo Tribunal Federal, em caso que gerou amplo debate nos meios de comunicação e na sociedade brasileira.

A principal das ações propostas na Suprema Corte foi a Petição nº 3388, ação popular proposta por Senador da República, que visava apontar vícios na Portaria nº 534/2005 do Ministério da Justiça, bem como no Decreto Presidencial que a homologou. Alegava o autor que tais vícios representariam ofensa aos princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, legalidade e devido processo legal.

A União Federal e a FUNAI, por meio da Advocacia-Geral da União, promoveram a defesa do ato de demarcação, ressaltando a ocupação histórica indígena na área demarcada, as garantias constitucionais e infraconstitucionais relativas ao instituto do indigenato, a distinção entre posse civil e posse indígena, a inexistência de lesão ao patrimônio público ou à moralidade administrativa apta a autorizar o conhecimento da ação popular e a regularidade de todo o processo administrativo que redundou na demarcação da reserva indígena.

O Supremo Tribunal Federal, por meio de seu Tribunal Pleno, em julgamento ocorrido em 19/03/2009, cujo voto relator foi do Ministro Carlos Britto, decidiu, por maioria, julgar o pedido parcialmente procedente, declarando constitucional a demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, tal como defendera a Advocacia-Geral da União, e determinando fossem observadas 19 (dezenove) condições, estas apresentadas em voto do Ministro Menezes Direito.

Ficaram vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, que julgava o pedido totalmente improcedente, e Marco Aurélio, que suscitara preliminar de nulidade do processo e, no mérito, julgava o pedido inteiramente procedente.

No que se refere às dezenove condições estabelecidas no voto do Ministro Menezes Direito, ficaram vencidos os Ministros Eros Grau, Carlos Britto e Carmen Lúcia quanto à condição de número 17 (dezesete), a qual determinava a vedação de ampliação de terra indígena já demarcada.

Este caso bem representa o conjunto de observações que aqui se está pretendendo fazer, pois envolve atuação nitidamente pró-ativa do Poder Judiciário, consubstanciando o cenário brasileiro de ativismo judicial, e demonstra de forma inequívoca a atuação da Advocacia Pública como órgão de Estado, defensor do regime democrático constitucional, defesa esta que pode ou não coincidir com os interesses do governante que ocupa o poder em dado momento.

A noção de ativismo judicial encontra-se explícita na medida em que uma questão predominantemente técnica, que envolve conhecimentos específicos de profissionais de outras áreas que não o direito, acaba sendo submetida para decisão definitiva do Judiciário.

Por mais que os julgadores respeitem e considerem o trabalho dos profissionais especializados, haverá, sempre, um grau de discricionariedade judicial, isto é, a decisão, inevitavelmente, terá que valorar e sopesar as informações técnicas que lhes serão apresentadas, a fim de proferir um juízo conclusivo de valor acerca da lide a ser solucionada.

Neste caso específico, cabe destacar que o Poder Executivo, através de órgãos como a Fundação Nacional do Índio - FUNAI e o Ministério da Justiça, que possuem servidores altamente especializados na questão posta em debate, levou anos de estudos, pesquisas e trabalhos de campo até concluir pela demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, na forma da Portaria nº 534/2005.

Alguns antropólogos, por exemplo, que dedicam toda a vida laborativa a estudar as origens e formas de comportamento das sociedades indígenas, se deslocaram até a região (às vezes lá permanecendo por vários meses), fizeram inúmeras entrevistas, analisaram documentos, conviveram com a população local e, ao final de vários anos, chegaram às conclusões resumidas na referida Portaria.

No entanto, a partir do momento em que a questão é judicializada, todas essas informações passaram a sofrer o crivo dos onze Ministros da Suprema Corte, os quais, logicamente, não possuem o conhecimento especializado na matéria e se vêem na condição de dar a palavra final, de julgar estudos e conclusões daqueles que, em outra situação, poderiam ser justamente os seus assessores técnicos em tal área do conhecimento.

Portanto, árdua é a tarefa dos julgadores. Até porque, por disposição constitucional expressa, não é dado ao Poder Judiciário negar a jurisdição, ou seja, alegar que uma determinada questão, por seu caráter precipuamente técnico e especializado, não pode ser decidida definitivamente nos Tribunais.

No caso ora tratado, os Ministros do Supremo tiveram a iniciativa, inegavelmente louvável, de, por algumas horas, visitar a área em litígio, conhecendo de perto a terra indígena demarcada pelo Poder Executivo.

Porém, absolutamente desarrazoado imaginar que tal visita seria capaz de permitir que os julgadores entendessem, com a profundidade necessária, todas as nuances da demarcação, todas as percepções e conclusões a que chegaram os profissionais especializados após anos de estudo e pesquisa acerca daquela terra indígena.

Por outro lado, em que pese os possíveis efeitos indesejados da judicialização de questão eminentemente técnica, nota-se também que, no presente caso, o Supremo Tribunal, de certa forma, aproveita a oportunidade, isto é, a relevância e repercussão do julgamento, para marcar posição quanto a uma série de controvérsias relacionadas à questão indígena de forma geral, controvérsias estas que transcendem a demarcação da terra indígena ali especificamente tratada.

Tal postura se escora na tendência, oriunda do sistema jurídico anglo-saxão, baseada no “*common law*”, pela qual se dá força genérica, abrangente, às decisões judiciais, ou seja, é o modelo das “*stare decisis*”, onde se privilegia a jurisprudência, os precedentes, adotando-se uma determinada decisão em um caso concreto para reger, a partir de então, todas as causas similares.

A súmula vinculante e a exigência da demonstração da repercussão geral para a admissão de recursos junto ao Supremo, introduzidos em nosso ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (art.102, §3º e art.103-A da Constituição), já sinalizam em tal direção, pretendendo que a alta corte nacional não se ocupe com questões meramente privadas, que não vão ter influência na sociedade como um todo, mas, sim, resolva lides de largo espectro social, cujas decisões, inclusive, podem tornar-se orientação obrigatória para todo o Poder Judiciário e para a Administração Pública.

Assim, observa-se que o Supremo trata de temas gerais quando aprecia a demanda que lhe foi submetida, referindo-se genericamente, por exemplo, à i) incidência da legislação brasileira em relação aos povos indígenas, ii) não possibilidade de comunidade indígena comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como “Nação”, “País”, “Pátria”, “território nacional” ou “povo” independente, iii) impossibilidade de cobrança de pedágios por índios em função do uso de estradas que passem por terras indígenas, iv) compatibilidade entre o usufruto de terras indígenas e as faixas de fronteira, v) falso antagonismo entre o desenvolvimento nacional e a questão indígena etc... Isso sem citar as dezenove condições propostas pelo Ministro Menezes Direito, todas com caráter fortemente genérico.

Portanto, altamente relevante é o papel da Advocacia Pública em tal contexto de atuação pró-ativa e global do Poder Judiciário quanto à questões de intenso interesse público, envolvendo, de forma geral, a relação entre o Poder Público e a sociedade.

No caso Raposa Serra do Sol, a atuação da Advocacia-Geral da União se dá nitidamente em prol do interesse público primário, demonstrando a preocupação com direitos fundamentais, tais como o direito à vida e à integridade física.

Não se trata, portanto, de defesa de interesse meramente fazendário, o que, no caso, seria a simples alegação de regularidade do ato emanado pelo Poder Executivo que redundou na demarcação da terra indígena.

Ilustrando tal situação, citemos a Ação Cautelar nº 2014, proposta pela União em face do Estado de Roraima no Supremo Tribunal Federal, a qual tinha como objetivo a concessão de provimento judicial que assegurasse, até o julgamento final da ação principal, o direito dos indígenas à posse exclusiva da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, dando-se continuidade à operação da Polícia Federal de desintrusão dos não índios da referida área.

Nota-se que o objetivo principal de tal ação judicial é evitar conflitos armados entre a comunidade indígena e os não índios, preservando-se a integridade física e a vida das pessoas. Confirmamos trechos de manifestação da Advocacia-Geral da União¹⁹ perante o Supremo.

A paralisação de atividades de desintrusão neste momento potencializa os conflitos já existentes na região, haja vista a efetiva ameaça dos grupos indígenas locais de defenderem as suas terras, mesmo que, para tanto, tenham de se utilizar de meios extremos.

Em virtude da situação de beligerância existente na terra indígena Raposa Serra do Sol, a União ajuizou a presente ação cautelar, com o escopo de evitar o iminente embate entre os locais, o que fatalmente ocorrerá caso as atividades de desintrusão da população não indígena não tenham prosseguimento.

Está claro que o escopo maior da ação judicial não era simplesmente reverter o provimento jurisdicional que havia suspenso a operação da

19 Memorial apresentado na Ação Cautelar nº 2014, subscrito pela Secretária-Geral de Contencioso, Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, em 10 de abril de 2008.

Polícia Federal, mas, sim, evitar iminentes conflitos entre índios e não índios, o que, sem dúvida alguma, poria em risco centenas de vidas.

Observemos que seria até cômodo para o Poder Executivo, caso ocorressem conflitos e mortes na região, alegar que a operação policial fora suspensa por ordem judicial e que, portanto, não possuiria responsabilidade acerca do evento.

Tal postura, porém, de forma alguma poderia ser admitida por uma Advocacia de Estado comprometida com a ordem constitucional e com os direitos humanos. Daí porque, muito mais do que a defesa de um mero ato administrativo, vem a Advocacia-Geral da União em juízo apresentar valores fundamentais da sociedade brasileira, consagrados na Constituição de 1988, no sentido de obter decisão judicial que, principalmente, os preserve.

De igual forma, no memorial²⁰ apresentado para a sessão do STF que analisaria o voto-vista do Ministro Marco Aurélio, na Petição nº 3388/RR, a Advocacia-Geral da União demonstra preocupação inequívoca com o respeito aos direitos e decisões das comunidades indígenas, muito mais do que com o simples ato estatal do Poder Executivo.

A União e a FUNAI, em tal peça, procuram fazer observações e alertas ao Poder Judiciário quanto às condições apresentadas no voto do Ministro Menezes Direito. Analisa-se uma a uma, primando-se pela atenção com a oitiva das comunidades indígenas, no sentido de que suas manifestações de vontade sejam, de fato, consideradas, concretizando uma relação democrática entre indígenas, não índios e Poder Público.

Vejamos, então, algumas das condições impostas e as observações que foram feitas pela Advocacia Pública.

O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser suplantado de maneira genérica, sempre que houver, como dispõe o art.231 (parágrafo 6º, da Constituição Federal) o interesse público da União, na forma de Lei Complementar.

Observam, então, a União e a FUNAI, que a generalidade prevista encontra limites no próprio texto constitucional, de forma que a tal

20 Memorial Complementar apresentado na Petição nº3388/RR, subscrito pelo Advogado-Geral da União, Dr. José Antonio Dias Toffoli, em março de 2009.

“suplantação” do usufruto das riquezas também restará condicionada à autorização do Congresso Nacional, à oitiva das comunidades indígenas e à participação no resultado da lavra das riquezas minerais.

Ressalte-se que a própria União apresenta restrição a uma condição que, em seu sentido literal, lhe seria favorável, pois o que o Supremo Tribunal Federal apresenta é um termo fluido, “interesse público da União”, para justificar uma eventual futura restrição, por parte do Poder Público, aos direitos indígenas. Seria tudo o que desejaria um Estado autoritário e antidemocrático: a chancela do Poder Judiciário para restringir direitos.

No entanto, a União, através da Advocacia de Estado, vem a juízo fazer ponderações no sentido exatamente oposto ao que ali consignado, ou seja, destacando que, independentemente da possibilidade de adoção de tal medida excepcional, não se pode deixar de ouvir os indígenas e de garantir-lhes participação no resultado da exploração, tudo com a devida autorização do Poder Legislativo, isto é, dos representantes eleitos pelo povo.

Influência ou não de tais argumentos, fato é que a redação de tal condição restou alterada ao final do julgamento. Confirmamos.

O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art.231, §2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art.231, § 6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de Lei Complementar.

Note-se que foi inserida a palavra “relativizado” no lugar da expressão “suplantado de maneira genérica” e incluído o adjetivo “relevante” à expressão “interesse público da União”, aproximando-se do sentido teleológico apresentado pela Advocacia Pública em seu Memorial Complementar.

Vejamos outra condição.

O usufruto dos índios fica condicionado ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico a critério dos órgãos competentes (O Ministério da Defesa, o Conselho de Defesa

Nacional) serão implementados independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à FUNAI.

A União e a FUNAI, por meio da AGU, também apresentam oposição a tal condição, citando o art.20 da lei nº 6001/73 (Estatuto do Índio) e a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, no sentido de que o ordenamento jurídico, de forma expressa, proíbe a efetivação das providências previstas sem que haja consulta às comunidades indígenas envolvidas e à FUNAI.

Registre-se que o Supremo sequer faz referência, na redação da condição, ao dispositivo do Estatuto do Índio, o qual prevê o seguinte:

Art.20. Em caráter excepcional e por qualquer dos motivos adiante enumerados, poderá a União intervir, se não houver solução alternativa, em área indígena, determinada a providência por decreto do Presidente da República.

§1º A intervenção poderá ser decretada:

[...]

c) por imposição da segurança nacional;

[...]

§5º O ato de intervenção terá a assistência direta do órgão federal que exercita a tutela do índio.

Ante a clareza da norma legal - no sentido da participação direta da FUNAI no caso de intervenção em terra indígena para propósito relativo à segurança nacional - deveria o STF, a fim de justificar a contrariedade explícita à legislação, ter declarado a inconstitucionalidade, total ou parcial, ou realizado a chamada interpretação conforme a Constituição do dispositivo acima referido.

O que não nos afigura legítimo é, em um julgado da alta corte nacional, estabelecer-se uma condição genérica para o trato da questão indígena que, nitidamente, viola o ordenamento jurídico vigente e aplicável ao tema, sem apresentar a devida justificativa para tal, que, no caso, seria a indicação de algum vício de constitucionalidade na regra do Estatuto do Índio. É o próprio Poder Judiciário promovendo insegurança jurídica.

A FUNAI e a União ainda fazem o alerta de que a consulta às comunidades indígenas de forma alguma implica engessamento das decisões a serem tomadas pelo Executivo ou Legislativo, mas, no sentido oposto, viabiliza e dá maior legitimidade institucional à medida de exceção.

Em sua redação final, a primeira frase de tal condição foi substituída por “O usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional”, o que já representa algum avanço, afinal, aquilo que não se sobrepõe também não está necessariamente condicionado, como previsto na redação original.

Porém, manteve-se a implementação daquelas medidas sem qualquer consulta às comunidades indígenas ou à FUNAI.

A sétima condição diz o seguinte.

O usufruto dos índios não impede a instalação pela União Federal de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação.

Reitera a Advocacia Pública, neste ponto, que a intervenção em terras indígenas se dará sempre em caráter excepcional, com respeito às condições estabelecidas em Decreto Presidencial, com a participação da FUNAI e em observância ao art.6º da Convenção nº 169 da OIT.

Destaque-se novamente que a defesa dos direitos constitucionalmente assegurados aos povos indígenas faz com que a AGU, representando a União e a FUNAI, faça ressalvas e restrições a própria atuação de tais instituições.

Tal nada mais é do que a defesa do interesse público primário em detrimento de um interesse meramente administrativo, secundário. Em vez de defender ou se omitir quanto a um entendimento do Poder Judiciário que, em tese, facilitaria a sua atuação administrativa cotidiana, preferem os órgãos representados pela AGU prestigiar um valor constitucional, caro às relações sociais, mesmo que isso possa representar algum tipo de embaraço prático no futuro.

A AGU ainda faz a seguinte observação quanto a tal condição.

Quanto à prestação dos serviços de saúde e educação, tem-se que os mesmos devem ser prestados assegurando-se o respeito ao patrimônio cultural das comunidades indígenas, seus valores artísticos e meios de expressão, adaptando o sistema de ensino e os meios de proteção à saúde aos usos, costumes e tradições indígenas (Título V da Lei nº 6001/73).²¹

Percebe-se que a intenção é relativizar a frieza das afirmações feitas no âmbito do Pretório Excelso, tentando-se evitar a existência de uma regra para o trato da questão indígena que sequer faz menção aos valores culturais e às especificidades de tais povos e, portanto, à necessidade de que suas manifestações sejam consideradas, assim como aquelas emanadas do órgão público que com eles lida diretamente.

Analisemos agora a seguinte condição, de número 12 (doze).

O ingresso, trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas.

Aqui é importante perceber que, não obstante estar representando judicialmente a União e a FUNAI quanto a um ato administrativo apoiado pela ampla maioria dos povos indígenas, não se presta a Advocacia Pública a fazer uma defesa de caráter meramente ideológico acerca dos direitos de tais povos.

Entendeu-se aqui, assim, que a condição estipulada é correta, fazendo-se somente a ressalva de que o trânsito e a permanência de não-índios devem ser previamente autorizados pela FUNAI.

Tal posição reflete coerência com as diferenças entre os institutos de direito civil, privado e os institutos relativos aos direitos indígenas, ao indigenato.

Na seara civil, tendo em conta seu caráter essencialmente privado e patrimonialista, plenamente cabível a fruição, por parte do proprietário ou possuidor, de alguma vantagem em face do uso, por terceiros, do bem sob seu domínio.

Já na esfera indigenista, considerando a predominância de noções de interesse público, inclusive com a propriedade da terra indígena

21 Idem, p.09.

sendo atribuída pela Constituição à União Federal, absolutamente descabida seria a idéia de os índios se locupletarem financeiramente através de pedágios ou tarifas cobrados em função de ingresso, trânsito ou permanência de terceiros em terra indígena.

O que deve ser exigido sempre, tal como alardeia a Advocacia Pública durante toda a sua peça processual, é a oitiva das comunidades indígenas e do órgão indigenista todas as vezes em que algum ato, por mais simples que seja, possa de alguma forma influir no usufruto da terra indígena pelos índios.

Utilizando-se a mesma linha de raciocínio, são feitas observações quanto à condição que vem em seguida, a qual possui a seguinte redação.

A cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, que tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não.

Relembra então a Advocacia de Estado que a Carta Magna consagra o direito a um meio ambiente sadio, prevendo o ordenamento jurídico a mitigação dos efeitos indesejáveis que possam ser causados por empreendimentos ou atividades estatais em áreas protegidas, o que pode ser facilmente imaginado ao se pensar, por exemplo, na construção de uma hidrelétrica de grande porte, cujo funcionamento impacte determinada terra indígena.

Nesse sentido, então, é destacado no memorial que “A avaliação dos impactos socioambientais negativos de atividades ou empreendimentos públicos sujeitos ao licenciamento ambiental em terras indígenas, pode indicar a necessidade de programas de apoio às comunidades...”²² deixando claro ao Judiciário que, mesmo não sendo legítima a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza pela utilização de estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia etc., podem e devem os índios ser beneficiados com recursos e programas de apoio por parte daqueles cujos empreendimentos afetem o cotidiano de suas comunidades.

²² Idem, p.12.

Confiramos, agora, a condição de número 17, em relação a qual ficaram vencidos os Ministros Carlos Britto, Eros Grau e Carmen Lúcia.

É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada.

Resta claro que, preocupou-se aqui o Supremo com a segurança jurídica, procurando evitar que exista um temor constante, por parte dos não índios, no sentido da possibilidade de a área que utilizam ser declarada, a qualquer tempo, como terra indígena. Entendemos ser plenamente legítima a preocupação.

No entanto, tal condição não pode significar inibição ou restrição na atuação administrativa de demarcação das terras indígenas, posto que tal atividade encontra-se calcada em norma constitucional garantidora do direito dos indígenas às terras tradicionalmente ocupadas (art.231).

No mesmo sentido, apresentam a FUNAI e a União ponderações quanto a tal condição estabelecida pelo Supremo.

Discorrem, então, quanto à possibilidade de aglomeração de terras indígenas, o que se daria no caso de uma terra indígena ser demarcada em área contígua a outra já demarcada, o que, portanto, não poderia ser considerado como ampliação.

Ressaltam, ainda, conforme disposição constitucional expressa no art.231, §4º, que os direitos indígenas são imprescritíveis, pelo que “poderão ser garantidos, administrativa ou judicialmente, a qualquer tempo.”²³

Alerta ainda a Advocacia Pública para os termos da Súmula nº 473 do próprio STF, cuja redação é a seguinte.

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.

Imaginemos, assim, um ato demarcatório nitidamente viciado, com erros grosseiros, redundando em terra indígena com área em muito inferior ao que seria realmente correto. Parece-nos injusto que, num caso como este, não pudesse a Administração Pública rever ou até

23 Idem, p.15.

anular o ato viciado para, então, proceder à nova demarcação, adequando a área da terra indígena ao seu tamanho real.

Se, porém, for feita interpretação meramente literal da condição ora estabelecida, tal revisão do ato anterior viciado pode encontrar sérios óbices a sua efetivação.

Assim, faz-se referência no Memorial acerca de 50 (cinquenta) terras indígenas brasileiras que se encontram justamente em processo de revisão, ou seja, está o Poder Público analisando se os limites impostos estão de fato corretos. E aqui, importante ressaltar, está-se analisando se os limites estão corretos tanto para mais quanto para menos, isto é, o procedimento de revisão também pode encontrar terra indígena cuja área esteja exorbitando seu tamanho real, pelo que será dever do órgão competente determinar a sua redução.

A FUNAI e a União, então, de forma conclusiva, defendem perante o STF que “não há como se falar em impossibilidade de se ampliar uma terra indígena já demarcada.”²⁴

O caso Raposa Serra do Sol, portanto, exemplifica de forma clara como a Advocacia-Geral da União vem exercendo seu papel constitucional de função essencial à justiça, apresentando ao Judiciário a visão do Estado quanto ao litígio instaurado mas primando, em suas manifestações, pela preservação da ordem constitucional e do estado democrático de direito, exercendo, portanto, muito mais que uma simples defesa judicial de um ato estatal.

Em resumo, é possível concluir que a Advocacia Pública, cada vez mais, atua como verdadeira Advocacia de Estado, defendendo, sim, as políticas públicas e atos emanados dos Poderes Estatais – até porque tais atos e políticas foram ou deveriam ter sido anteriormente analisados pelos próprios advogados públicos – mas tendo em mira, sempre, os valores fundamentais estabelecidos na Carta da República, aos quais, inequivocamente, será dado peso maior em eventual conflito com atividade do Poder Público.

5 CONCLUSÃO

No atual cenário de ativismo judicial e judicialização da política, quando questões de relevante interesse público e ampla repercussão social

24 Idem, p.16.

são sistematicamente submetidas ao Poder Judiciário, é extremamente importante que haja a participação direta e ativa da sociedade civil organizada e das instituições essenciais à justiça previstas na Carta Magna.

Nesse contexto, o papel da Advocacia Pública, fazendo a defesa das normas, atos e políticas de estado levadas a efeito por representantes eleitos pelo povo, afigura-se como peso fundamental na balança a ser utilizada pelos julgadores.

Tal atuação da Advocacia de Estado tem se caracterizado, a cada dia, não mais como uma mera peça fazendária, defensora intransigente do erário e de atos estatais, mas sim como libelo assecuratório de direitos fundamentais amparados pela Constituição da República.

Assim é que, em várias das causas relevantes recentemente submetidas ao Supremo Tribunal Federal, dentre as quais podemos citar o caso da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, aqui especificamente tratado, e, ainda: a defesa da constitucionalidade da lei nº 11.105/2005 (pesquisas com células-tronco embrionárias humanas), a concordância com o reconhecimento, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico das uniões estáveis, a possibilidade de adoção de cotas nas universidades e a legalidade e constitucionalidade do aborto de fetos anencéfalos, está a Advocacia Pública demonstrando seu perfil progressista e voltado às preocupações sociais estabelecidas no texto constitucional de 1988.

Em resumo, sem descuidar de seu papel de assessoramento jurídico e representação judicial e extrajudicial do Estado brasileiro, demonstra a Advocacia Pública que a sua função, tida pelo constituinte como essencial ao bom andamento da justiça, possui escopo muito mais vasto no cenário jurídico brasileiro, pelo que a atuação de seus membros, exatamente nesse viés, se torna cada vez mais visível, seja pelo amadurecimento da própria instituição como um todo, seja pela postura ativa que tem adotado o Poder Judiciário quanto às grandes questões nacionais.

Tal amadurecimento institucional e a conscientização pelos advogados públicos de sua real função constitucional ganham, a cada dia, contornos de consolidação e irreversibilidade em nosso sistema jurídico.

E afigura-se extremamente positivo, para toda a sociedade, que assim o seja.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica e Direito do Estado (REDE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 03/12/2009>.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Texto publicado em: 22/12/2008.
- CAMPANHOLE, Adriano e Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*, 6. ed. São Paulo: Atlas, 1983.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.
- CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, Ativismo Judiciário e Democracia*. ALCEU - v.5 - nº 9 - p. 105 a 113 - jul./dez. 2004.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FILHO, José dos Santos Carvalho. Estado Mínimo x Estado Máximo: O Dilema. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº.12, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 22/01/2010.
- GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: o guardião de promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- HABERMAS, Junger. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as Procuraturas Constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, n.116, 1992.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Políticas Governamentais versus Políticas Nacionais. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n°.1, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 06/01/2010.

OLIVEIRA, Vanessa Elias; CARVALHO, Ernani. *Judicialização da Política*: um tema em aberto. Disponível em: <<http://www.politica hoje.com/ojs/include/getdoc.php?id=352&article=101...pdf>>. Acesso em: 07/03/2010.

QUINTÃO, Geraldo Magela da Cruz. Funções Essenciais à Justiça – Da Advocacia do Estado. *Revista do Procurador Federal – ANPAF*, Brasília, n.01, novembro 2001.

SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil*: Riscos e Possibilidades. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/biblioteca/servicos/getSumario.asp?cod=239...S.>>. Acesso em: 08/03/2010.

SESTA, Mário Bernardo. Advocacia-Geral da União: Finalmente a Racionalização. *Revista do Procurador Federal – ANPAF*, Brasília, n. 01, novembro 2001.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Reforma da Justiça. Niterói: Ímpetus*, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*: vícios e virtudes republicanas. Artigo publicado no Jornal Valor Econômico.

**A LUTA CONTRA O TERRORISMO E
A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS:
ANÁLISE CRÍTICA DE UM PRECEDENTE
DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO
(BUNDESVERFASSUNGSGERICHT)**

***THE FIGHT AGAINST TERRORISM AND PROTECTION
OF PERSONAL DATA: A CRITICAL ANALYSIS OF
GERMAN CONSTITUTIONAL COURT PRECEDENT
(BUNDESVERFASSUNGSGERICHT)***

Christian Frau Obrador Chaves

Mestrado em Direito Público – PUCRS e Procurador da Fazenda Nacional

SUMÁRIO: Introdução; 1 Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia; 2 Evolução normativa; 2.1 A lei federal alemã de proteção de dados (Bundesdatenschutzgesetz, BDSG) e a decisão sobre o censo populacional (Volkszählungsurteil); 2.2 Diretiva sobre Proteção de Dados (Diretiva 95/46/CE, de 24 de outubro de 1995); 2.2.1 O modelo europeu de proteção de dados; 2.2.2 Função das Diretivas comunitárias; 2.2.3 Escopos da Diretiva 95/46; proteção e livre circulação de dados;

2.2.4 Definição de “dados pessoais” e situações excluídas da proteção; 2.3 Diretiva 2002/58/CE, de 12 de julho de 2002, sobre privacidade e comunicações eletrônicas; 2.4 O 11 de Setembro e a Diretiva 2006/24/CE sobre conservação de dados (altera a Diretiva 2002/58/CE); 3 Decisão do Tribunal Constitucional Alemão que, por ofensa ao dever de proporcionalidade, declara inconstitucional lei que determina o armazenamento, pelo período de 6 (seis) meses, de dados de telecomunicação; 4 Conclusão: A luta contra o terrorismo e a proteção de dados pessoais; 5 Referências.

RESUMO: Este artigo busca, com fundamento no princípio da proporcionalidade, que constitui um dos pilares do Estado Democrático de Direito, realizar uma análise crítica de precedente do Tribunal Constitucional Alemão que declarou inconstitucional lei de transposição da Diretiva 2006/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho que dispõe, em seu art. 6º, sobre a retenção de dados pessoais, por período não inferior a 6 (seis) meses e não superior a 2 (dois) anos, no máximo, a contar da data da comunicação. A legislação, em vigor desde 2008 e julgada inconstitucional, em março de 2010, foi implementada com a justificativa de que a informação armazenada poderia ajudar a identificar organizações criminosas e terroristas.

PALAVRAS-CHAVE: Terrorismo. Proteção de dados. Princípio da proporcionalidade. Tribunal Constitucional Alemão. Precedente.

ABSTRACT: This article aims, based on the principle of proportionality, which is a pillar of the democratic rule of law, conduct a critical analysis of previous German Constitutional Court declared unconstitutional the law transposing Directive 2006/24/EC of the European Parliament and Council, which has, in its art. 6, on the retention of personal data for a period not less than 6 (six) months and not exceeding (2) two years up to the date of the notice. The legislation in force since 2008 and ruled unconstitutional in March 2010 was implemented with the justification that the stored information could help identify criminal and terrorist organizations.

KEYWORDS: Terrorism. Data protection. Principle of proportionality. German Constitutional Court. Precedent.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca realizar uma breve análise de decisão (*BvR 11/2010 de 2 de março de 2010*) da mais alta corte da Alemanha, o Tribunal Constitucional Alemão, que declarou inconstitucional o armazenamento de dados sobre conexões telefônicas e de internet, haja vista a incompatibilidade com a lei fundamental alemã de obrigar companhias telefônicas e de comunicações a armazenar durante 6 (seis) meses todos os contatos telefônicos, e-mails e conexões com a rede mundial efetuados no país.

A legislação que vigorava desde janeiro de 2008 tinha por objeto transpor os ditames expostos na Diretiva 2006/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Européia relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrônicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicação. O disposto no considerando n. 9 da Diretiva mencionada externa o motivo de sua essencial implementação, mediante os seguintes argumentos:

Nos termos do artigo 8.o da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e da sua correspondência. *As autoridades públicas só podem interferir no exercício deste direito nos termos previstos na lei e, quando essa ingerência for necessária, numa sociedade democrática, designadamente, para a segurança nacional ou para a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros. Visto que a conservação de dados se tem revelado um instrumento de investigação necessário e eficaz de repressão penal em vários Estados-Membros, nomeadamente em matérias tão graves como o crime organizado e o terrorismo, é necessário assegurar que as autoridades responsáveis pela aplicação da lei possam dispor dos dados conservados por um período determinado, nas condições previstas na presente directiva.* A aprovação de um instrumento de conservação de dados que obedeça aos requisitos do artigo 8.o da CEDH é, pois, uma medida necessária. (grifo nosso)

Numa conjuntura em que a fronteira entre o material e o virtual é muito tênue, e em que as pessoas e as organizações atuam com uma agilidade crescente no domínio informático e das telecomunicações, também é reconhecido que as novas tecnologias consubstanciam uma ferramenta suscetível de ser utilizada, para fins ilícitos, que, por sua vez, devem ser no máximo possível, sempre tendo em mente os direitos fundamentais subjacentes, combatidos.

A proteção de dados sensíveis, da reserva da intimidade da vida privada, da correspondência e das telecomunicações assume uma relevância reconhecida no contexto da salvaguarda dos direitos fundamentais, por isso qualquer espécie de restrição a esses direitos reconhecida de jure fundamental deve ser feita dentro de um contexto limitado pelo exame com base nos critérios da proporcionalidade. O Tribunal Constitucional Alemão andou bem ao declarar inconstitucional a lei de transposição da Diretiva n 2006/24/CE.

A essencial proteção de dados sensíveis com a não menos essencial proteção da segurança nacional apresenta um conflito aparente entre princípios com assento constitucional que merece uma solução adequada, necessária e proporcional em seu sentido eminentemente estrito. A real necessidade de dotar os Estados membros da União Europeia de instrumentos eficazes de combate à criminalidade e ao terrorismo não pode servir de justificativa para solapar consagrados direitos fundamentais a muito custo conquistados, sob pena de atávico retrocesso e grasso avilto à evolução constitucional. Sob essa ótica que se passa a comentar o precedente alemão.

1 CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPÉIA

Antes de adentrarmos na análise da decisão do Suprema Corte Alemã, uma breve digressão histórica mostra-se salutar como forma de demonstrar o acerto na declaração de inconstitucionalidade da lei de transposição da Diretiva 2006/24/CE. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, proclamada em 7 de dezembro de 2000, no Capítulos das “Liberdades”, consagrou o direito fundamental à proteção de dados:

Artigo 8º - Protecção de dados pessoais

1. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito.
2. Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação.
3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.

No momento de sua promulgação inicial a Carta representava um compromisso político, sem efeitos jurídicos obrigatórios. O Tratado de Lisboa – que alterou o Tratado da União Europeia – reconheceu os direitos enunciados na Carta e conferiu-lhes força jurídica. Por isto, a Carta foi adaptada e reproclamada em 12 de dezembro de 2007. Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 1º de dezembro de 2009, passou a vincular juridicamente os Estados membros. A Polônia e o Reino Unido obtiveram um regime de exceção.

Portanto, atualmente a proteção de dados está alçada, no âmbito da União Europeia, à condição de direito fundamental¹.

2 EVOLUÇÃO NORMATIVA

A primeira lei de proteção de dados foi formulada pelo estado alemão de Hessen, em 1970. A primeira legislação nacional foi editada pela Suécia, em 1973².

2.1 A LEI FEDERAL ALEMÃ DE PROTEÇÃO DE DADOS (BUNDESDATENSCHUTZGESETZ, BDSG) E A DECISÃO SOBRE O CENSO POPULACIONAL (VOLKSZÄHLUNGURTEIL)

A lei federal alemã de proteção de dados, na sua forma original, foi promulgada em 1977 (a lei foi posteriormente revisada em 1990, e alterada em 1994, 1997 e 2002). Entretanto, o direito alemão de proteção de dados só alcançou um desenvolvimento mais acentuado e uma articulação com a Lei Fundamental a partir da sentença proferida em 1983 pelo Tribunal Constitucional Federal a respeito da lei do censo populacional (*Volkszählungsurteil*).

Em 1982, o Parlamento federal alemão aprovou uma lei convocando um plebiscito populacional a ser realizado no ano seguinte. Essa lei permitia que os dados recolhidos no censo fossem rastreados até os cidadãos recenseados e fossem empregados para outras finalidades que não o recenseamento, como, e.g., pelas autoridades locais para corrigir os cadastros de moradores dos Municípios. Após uma campanha pública contra a lei esta foi questionada perante o Tribunal Constitucional Federal. A decisão do Tribunal Constitucional Federal, de 25/12/1983, apoiou os propósitos estatísticos da lei, mas declarou que os direitos fundamentais dos cidadãos deveriam ser

1 Têmis Limberger, *Proteção dos dados pessoais e comércio eletrônico: os desafios do século XXI*, p. 218.

2 Fred H. Cate, *The EU data protection directive, information privacy, and the public interest*, p. 431.

salvaguardados contra possíveis abusos. Assim, a transferência de dados obtidos no recenseamento do governo federal para autoridades locais foi declarada inconstitucional³.

A sentença do Tribunal Constitucional Federal anulou parcialmente a lei de censo populacional e forjou a noção de um *direito constitucional de auto-determinação informativa*, estruturando os fundamentos da proteção de dados alemã⁴.

2.2 DIRETIVA SOBRE PROTEÇÃO DE DADOS (DIRETIVA 95/46/CE, DE 24 DE OUTUBRO DE 1995)

2.2.1 O MODELO EUROPEU DE PROTEÇÃO DE DADOS

O modelo de proteção de dados adotado pela União Européia tem como pressuposto que a privacidade é uma questão de direitos fundamentais, não podendo ser deixada sob a regulação exclusiva do mercado.

A Europa optou por um modelo de *compreensivo* de proteção, adotando uma norma geral de proteção de dados que regula, compreensivamente, a coleta, uso e disseminação de informações pessoais, tanto pelo setor público como pelo setor privado, bem como instituindo um órgão ou agência encarregado de supervisionar o cumprimento da legislação⁵.

Ao mesmo tempo, o modelo de proteção de dados adotado pela União Européia pode ser qualificado como *flexível*, uma vez que permite a coleta e o tratamento de dados mediante um controle público, cabendo ao gestor do banco de dados notificar a autoridade pública responsável quando da inclusão, alteração e exclusão de informações. Distingue-se, assim, de um modelo rigoroso – até então adotado pelos países escandinavos –, o qual veda, em princípio, a coleta de dados, salvo exceções ou autorizações específicas em sentido contrário⁶.

3 Christian DeSimone, *Pitting Karlsruhe Against Luxembourg? German Data Protection and the Contested Implementation of the EU Data Retention Directive*, p. 293.

4 Christian DeSimone, *Pitting Karlsruhe Against Luxembourg? German Data Protection and the Contested Implementation of the EU Data Retention Directive*, p. 292.

5 BANISAR, David. *Privacy and data protection around the world*, p. 1.

6 SILVEIRA, Paulo A. *Calendo Velloso da. Proteção de dados no direito comparado*. AJURIS, Porto Alegre, v. 71, nov. 1997, p.323.

Diferentemente da Europa, os Estados Unidos adotaram uma abordagem dita *setorial*, que combina *autoregulação* dos agentes do mercado com leis restritas a setores específicos. Compreende-se que “o mercado deve liderar”⁷. Para o modelo norte-americano a privacidade é encarada, de certa forma, como um *bem* que o consumidor pode negociar com o fornecedor, dela podendo abrir mão, desde que consentidamente⁸.

2.2.2 FUNÇÃO DAS DIRETIVAS COMUNITÁRIAS

A regulação da proteção de dados foi encaminhada por meio de uma Diretiva comunitária. As Diretivas têm como destinatários os Estados membros da União Européia. Depois de adotada a Diretiva a nível europeu, cada Estado-Membro deve garantir a sua transposição para o respectivo sistema jurídico nacional.

A diretiva prevê um resultado final, mas a forma e os métodos da sua aplicação são da responsabilidade de cada Estado membro.

Em princípio a Diretiva é concretizada através de medidas nacionais (legislação nacional), mas quando a Diretiva confere direitos diretos às pessoas, estas podem invocá-los perante um juiz. Ainda, se alguém considerar que sofreu perdas devido à aplicação incorreta da Diretiva pelo Estado membro, pode mover um processo por perdas e danos nos tribunais nacionais⁹.

2.2.3 ESCOPOS DA DIRETIVA 95/46: PROTEÇÃO E LIVRE CIRCULAÇÃO DE DADOS

A Diretiva foi adotada em 1995 e obrigou os Estados membros a adaptarem as suas legislações nacionais no prazo de 3 (três) anos, que se esgotou em 24 de outubro de 1998. Não abrange as pessoas coletivas e não interfere com a legislação que se destina à sua proteção¹⁰. Apresenta como objetivo primordial a “proteção das liberdades e dos direitos fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente do direito à vida privada”, no que se refere ao tratamento de dados pessoais (art. 1º, 1).

7 Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Data_Protection_Directive>

8 Detlev Zwick e Nikhilesh Dholakia, *Contrasting european and american approaches to privacy in electronic markets: property right versus civil right*, p. 118-119.

9 Data Protection in the European Union, p. 4.

10 “[...] a legislação para a protecção das pessoas colectivas relativamente ao tratamento de dados que lhes dizem respeito não é afectada pela presente directiva” (considerando n. 23).

Tal proteção, todavia, não deve impedir e necessita ser conciliada com a livre circulação de dados pessoais entre os Estados-membros (art. 1º, 2).

A Diretiva parte do princípio de que a diferença do nível de proteção entre os países membros União Européia pode impedir a circulação de dados, prejudicando o desenvolvimento da atividade econômica no plano comunitário (assim o seu considerando de n. 7¹¹). Assim, a Diretiva visa a harmonizar as legislações nacionais para evitar que tais barreiras interfiram com a livre circulação de dados.

2.2.4 DEFINIÇÃO DE “DADOS PESSOAIS” E SITUAÇÕES EXCLUÍDAS DA PROTEÇÃO

A Diretiva define como dados pessoais passíveis de proteção quaisquer informações relativa a uma pessoa singular, que esteja identificada ou que seja identificável, direta ou indiretamente, por características físicas, psíquicas, econômicas, culturais ou sociais (art. 2º, a). A Diretiva regula o tratamento de dados (*processing*, na versão inglesa), assim considerada toda operação realizada sobre dados pessoais, incluindo sua coleta, organização, conservação, consulta, utilização, transmissão, difusão e apagamento (art. 2º, b).

A Diretiva é “tecnologicamente neutra”, no sentido de que as suas disposições se aplicam independentemente do meio tecnológico utilizado para armazenar e processar os dados (sistema informatizado, cartões de papel, etc.)¹².

Não são protegidos pela Diretiva os tratamentos de dados que dizem respeito à segurança do Estado e aqueles efetuados por pessoas singulares no exercício de atividades estritamente pessoais ou domésticas (art. 3º, 2).

2.3 DIRETIVA 2002/58/CE, DE 12 DE JULHO DE 2002, SOBRE PRIVACIDADE E COMUNICAÇÕES ELETRÔNICAS

11 “[...] nas diferenças entre os Estados-membros quanto ao nível de proteção dos direitos e liberdades das pessoas, nomeadamente do direito à vida privada, no domínio do tratamento de dados pessoais, podem impedir a transmissão desses dados do território de um Estado-membro para o de outro Estado-membro; que estas diferenças podem, por conseguinte, constituir um obstáculo ao exercício de uma série de actividades económicas à escala comunitária, falsear a concorrência e entravar o exercício pelas administrações das funções que lhes incumbem nos termos do direito comunitário; que esta diferença de níveis de protecção resulta da disparidade das disposições legislativas, regulamentares e administrativas nacionais;”

12 Data Protection in the European Union, p. 8.

Trata-se da Diretiva sobre *Internet e serviços telefônicos*. Esta Diretiva regula o processamento de dados pessoais e a proteção da privacidade nas comunicações eletrônicas, transformando os princípios estabelecidos na Diretiva 95/46/CE e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia em regras específicas para o setor de telecomunicações. Substitui a Diretiva 97/66/CE.

2.4 O 11 DE SETEMBRO E A DIRETIVA 2006/24/CE SOBRE CONSERVAÇÃO DE DADOS (ALTERA A DIRETIVA 2002/58/CE)

O 11 de Setembro criou na Europa a oportunidade para modificar a agenda política e incrementar mudanças que já vinham ocorrendo no sentido de uma maior “securitização” da sociedade européia. Tornou-se mais difícil para as forças políticas oporem-se à coleta, retenção e compartilhamento de informações pelas autoridades de segurança¹³. Tal mudança foi acompanhada de uma nova tendência na segurança pública denominada “dataveillance” (vigilância de dados), que contempla a análise de dados por meio da convergência de tecnologias e bancos de dados para vigiar pessoas ou grupos suspeitos que possam representar risco potencial à segurança. A vigilância de dados usa novas tecnologias para identificar grupos de risco com base em diferentes padrões de “comportamento suspeito” ao nível dos bancos de dados privados e públicos¹⁴.

Em resposta aos ataques terroristas ocorridos em Madri (2004) e Londres (2005) a União Européia aprovou, em 2006, a Diretiva 2006/24/CE. O propósito dessa Diretiva é promover a cooperação na investigação e persecução criminal dentro da União Européia. Ela determina que os fornecedores de serviços de telecomunicação devem conservar os dados de maioria das espécies de comunicação eletrônica (ligações telefônicas, emails, textos, telefonia pela Internet, redes de comunicação social) por um período de 6 meses a 2 anos. Esses dados incluem a identificação do emissor e do receptor, a identificação do equipamento usado, da hora, data e duração da comunicação, e das coordenadas geográficas de dispositivos móveis usados durante a comunicação. Não está abrangido pela Diretiva o conteúdo da comunicação¹⁵.

13 Michael Levi e David S. Wall, *Technologies, security, and privacy in the post 9-11 European information society*, p. 203.

14 Michael Levi e David S. Wall, *Technologies, security, and privacy in the post 9-11 European information society*, p. 199-200.

15 Christian DeSimone, *Pitting Karlsruhe Against Luxembourg? German Data Protection and the Contested Implementation of the EU Data Retention Directive*, p. 299-300.

3 DECISÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO QUE, POR OFENSA AO DEVER DE PROPORCIONALIDADE, DECLARA INCONSTITUCIONAL LEI QUE DETERMINA O ARMAZENAMENTO, PELO PERÍODO DE 6 (SEIS) MESES, DE DADOS DE TELECOMUNICAÇÃO

Em março de 2010, o Tribunal Constitucional Federal alemão declarou inconstitucional a lei alemã de transposição da Diretiva 2006/24/CE, que tratava sobre a conservação de dados sensíveis, determinando que todos fossem definitivamente apagados. A mais alta Corte Alemã, com supedâneo no exame de proporcionalidade¹⁶, considerou que a lei carecia de medidas de segurança de dados, transparência e proteção legal.

A lei de armazenamento de dados correspondia a uma diretriz de combate ao terrorismo. Segundo o Tribunal Constitucional, a lei não garantia “a restrição de seu uso”, por parte das autoridades; permitia uma intromissão na vida cotidiana dos alemães “com dimensões até agora desconhecidas pela legislação” e provocava nos cidadãos “um sentimento ameaçador de ser observado”, que prejudicava “a percepção de seus direitos fundamentais”.

Com respaldo no princípio da proporcionalidade, a Suprema Corte da Alemanha asseverou que, em nome da prevenção/precaução, os dados pessoais somente podem ser utilizados em situações excepcionais. Apenas, quando houver um perigo concreto à vida, à integridade física, à liberdade de uma pessoa ou um concreto risco à segurança pública, pode-se quebrar o constitucional direito à privacidade/proteção de dados pessoais (*the right of privacy*). Acrescentou que provavelmente a decisão irá afetar a utilização de dados pelos serviços de inteligência; contudo, tal fato não cria um ambiente constitucionalmente aceitável capaz de afastar genericamente qualquer análise, sob a ótica da proporcionalidade, de requisitos mínimos e conclusivos de que, no caso concreto, a segurança pública merece maior proteção que a privacidade.

Ressalva feita pelo Tribunal Constitucional Alemão, concernente aos custos suportados pela empresas responsáveis pelo armazenamento dos dados pessoais, merece destaque. Alerta que os custos decorrentes do armazenamento devem ser levados em consideração pelas empresas, haja vista que esses (custos) representam um risco inerente à própria atividade empresarial, devendo ser, caso haja custos, repassados no preço do serviço.

16 Christian DeSimone, *Pitting Karlsruhe Against Luxembourg? German Data Protection and the Contested Implementation of the EU Data Retention Directive*, p. 314

Em suma, sob todos os aspectos o Tribunal Constitucional Alemão considerou inconstitucional a legislação de transposição da Diretiva 2006/24/CE, em face de que o Estado, desparado de critérios objetivos e claros, não pode, sob o argumento da prevenção/precaução ao terrorismo, invadir a esfera privada do cidadão. O dever de proporcionalidade deve nortear toda a atividade legislativa, sem o qual se mostra incontornável o vício aos preceitos constitucionais.

4 CONCLUSÃO: A LUTA CONTRA O TERRORISMO E A PROTEÇÃO DE DADOS SENSÍVEIS

Como bem apontado pelo Corte Alemã: *The whole legislation lacks a structure complying with the principle of proportionality* (toda legislação carece de uma estrutura em conformidade com o princípio da proporcionalidade). Ou seja, o legislador não pode se afastar do dever de proporcionalidade. Não pode esquecer que as normas, por mais altos que sejam os reclamos sociais, devem espriar segurança jurídica e respeito à norma constitucional que lhes serve de suporte de validade.

A segurança nacional é um dever do Estado e um direito do cidadão. O Estado para proteger seu povo, diante do terrorismo e outras formas de atentados à segurança pública, precisa da prévia informação; precisa de antemão dos dados pessoais, caso contrário, o dever de proteção juridicamente eficaz torna-se imprestável, pois efetivamente falível. A posse da informação pelas autoridades e serviços de inteligência, de fato, é essencial. Não há, diante dos avanços tecnológicos utilizados pelo crime organizado e terroristas, como abrir mão da prévia informação. Não há dúvidas de que o cerne da inteligência é o cruzamento de dados pessoais negados, dados que o detentor da informação pode ser o próprio Estado ou um particular, que por ser igualmente detentor de dados sigilosos, deve disponibilizá-los às autoridades competentes, em nome da proteção da segurança nacional.

Por outro lado, qualquer avanço próximo ao núcleo essencial de um direito fundamental deve ser criteriosamente conduzido pelo princípio da proporcionalidade, “na sua função como critério de controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas do âmbito de proteção dos direitos fundamentais”¹⁷. Assim, a opção do legislador alemão de conservação dos dados, sem a observância dos potenciais riscos em matéria de proteção de dados pessoais, mormente,

17 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 397, 2009.

no que diz respeito a acessos indevidos, desvio de finalidade (*riscos estes que devem ser minimizados dada a natureza dos direitos em causa – direitos fundamentais*), viola os princípios da intimidade e da privacidade, os quais preponderam, no caso, no exame da proporcionalidade, sobre o dever de segurança pública e proteção contra o crime organizado.

O legislador, quanto ao prazo de conservação e a forma de obtenção dos dados, deve seguir os seguintes passos: (1) desvelar o meio adequado para a prossecução dos fins visados pela lei (salvaguarda de outros direitos ou bem constitucionalmente consagrados), (2) o meio necessário, porque os fins visados pela lei não podiam ser obtidos por outros meios menos onerosos para os direitos liberdades e garantias, e, por último, (3) os meios devem situar-se numa justa medida, impedindo-se a adoção de medidas legais restritivas desproporcionadas, excessivas, em relação aos fins obtidos.

Assenta-se que os direitos fundamentais não possuem o mesmo conteúdo, já que dele extraem-se exigências e concretizações em maior ou menor grau de intensidade, isto sem se falar na possibilidade de existirem direitos fundamentais sem um conteúdo visivelmente aferível. Os princípios, por força de sua essência, sujeitam-se a uma necessária relativização. No âmbito de uma hierarquia axiológica, a prevalência no confronto entre princípios e regras de mesma estatura e *locus* constitucional deve ser aferida, com fundamento no caso concreto, mediante uma atividade jurisdicional vinculada e com amparo no princípio da proporcionalidade, sob pena de falência do sistema constitucional vigente, que se pauta por valores, princípios e regras de fundamental importância para o Estado de Direito garantidor da realização efetiva dos direitos catalogados e não catalogados como fundamentais no corpo constitucional.

Em face das considerações e comentários precedentes, é latente que não se pode dispensar, em matéria de direitos fundamentais – até mesmo em face da necessidade de solucionar o caso concreto – um juízo de ponderação entre os prováveis princípios e/ou regras colidentes. Andou bem a Corte Constitucional Alemã em declarar a inconstitucionalidade de lei que, em nome da segurança nacional e do terror a possíveis atentados terrorismo, atribuía primazia à invasão da privacidade, quando em cotejo com a infeliz, porém, necessária, luta contra o terrorismo. Andou bem o Tribunal porque a “guerra” contra o terrorismo, por mais tristes que sejam os atentados, deve conter balizas determinadas e visualizáveis e com amparo judicial, no caso concreto, buscar a concordância prática dos princípios em conflito, primando por aquele que menos sofre restrição em

seu núcleo essencial, sob pena de o acesso invasivo aos dados pessoais ser mais triste que os atentados terroristas.

5 REFERÊNCIAS

BANISAR, David. *Privacy and data protection around the world*. 1999. Disponível em: <<http://www.pco.org.hk/textonly/english/infocentre/files/banisar-paper.doc>>. Acesso em: 15.05.2010.

BYGRAVE, Lee A. *Data protection law: approaching its rationale, logic and limits*. The Hague: Kluwer Law International, 2002.

CASTRO, Luiz Fernando Martins. Proteção de dados pessoais: panorama internacional e brasileiro. *Revista CEJ*, Brasília, v. 6, n. 19, p. 40-45, out./dez. 2002.

CATE, Fred H. *The EU data protection directive, information privacy, and the public interest*. 1995. Disponível em: <<http://www.fredhcate.com/Publications/Iowa95.pdf>>. Acesso em: 15.05.2010.

DESIMONE, Christian. *Pitting Karlsruhe Against Luxembourg? German Data Protection and the Contested Implementation of the EU Data Retention Directive*. *German Law Journal*, v. 11, n. 3. 2003. Disponível em: <http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol11-No3/PDF_Vol_11_No_03_291-318_Articles_de%20Simone.pdf>. Acesso em: 15.05.2010.

European Communities. *Data Protection in the European Union*. 2003. Disponível em: <http://www.windowsecurity.com/uplarticle/anti-spam/data_protection_legal_eu.pdf>. Acesso em: 15.05.2010.

JUDT, Tony. *Pós-guerra: uma história da Europa desde 1943*. Trad.: José Roberto O'Shea. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

LEVI, Michael; WALL, David S. *Technologies, security, and privacy in the post 9-11 European information society*. 2004. Disponível em: <<http://www.leeds.ac.uk/law/staff/lawdw/Jlsart4.pdf>>. Acesso em: 15.05.2010.

LIMBERGER, Têmis. Direito e informática: o desafio de proteger os direitos do cidadão. In: *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Org.: SARLET, Ingo Wolfgang. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Proteção dos dados pessoais e comércio eletrônico: os desafios do século XXI. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 17, n. 67, jul-set/2008.

MAXEINER, James R. *Freedom of Information and the EU Data Protection Directive*. 1995. Disponível em: <<http://www.law.indiana.edu/fclj/pubs/v48/no1/maxeiner.html>>. Acesso em: 17.05.2010.

MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PIÑAR MAÑAS, José Luis. *La red iberoamericana de protección de datos: declaraciones y documentos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

SALBU, Steven. R. *The european union privacy directive and international relations*. Dezembro/2001. Disponível em: <<http://deepblue.lib.umich.edu/bitstream/2027.42/39802/3/wp418.pdf>>. Acesso em: 15.05.2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, in *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

_____. Proteção de dados no direito comparado. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 24, n. 71, p. 302-343, nov/1997.

ZWICK, Detlev; DHOLAKIA, Nikhilesh. *Contrasting european and american approaches to privacy in electronic markets: property right versus civil right*. Disponível em: <http://www.yorku.ca/dzwick/Electronic_Markets_Privacy.pdf>. Acesso em: 15.05.2010.

COISA JULGADA NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

*RES JUDICATA IN THE ACTION OF ADMINISTRATIVE
IMPROBITY*

*Francisco Arlem de Queiroz Sousa
Advogado da União Especialista em Direito Processual Civil
pelo Centro de Educação à Distância da Universidade de Brasília - CEAD/UNB*

SUMÁRIO: 1 Intróito; 2 Coisa julgada;
3 Improbidade Administrativa; 4 Coisa Julga
na Ação de Improbidade Administrativa;
5 Conclusão; Referências

RESUMO: A moralidade administrativa foi consagrada Constitucionalmente, estando elencada entre os princípios da administração pública, e sua defesa envolve um interesse transindividual que merece a tutela coletiva. A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, preencheu lacunas existentes no ordenamento jurídico brasileiro acerca do que poderia ser enquadrado como ato de improbidade administrativa, além de estabelecer seu próprio procedimento. Contudo a coisa julgada não recebeu tratamento específico, motivo pelo qual a doutrina tem debatido sobre qual o regime da coisa julgada deve ser aplicado às sentenças que julgam as ações de improbidade administrativa: se o da coisa julgada comum, o da coisa julgada coletiva ou, ainda, um misto de ambas, a depender do capítulo da sentença. Essa incerteza doutrinária nos ensejou a refletir sobre a necessidade maior de rever alguns conceitos doutrinários que independentemente de sua importância e coerência, deverão ser adaptados a essa peculiar ação coletiva, que é autônoma em relação à ação civil pública *lato sensu*.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade Administrativa. Coisa Julgada. Ação Civil Pública. Lei nº 8.429/92. Patrimônio Público. Interesse Difuso.

ABSTRACT: The administrative morality was enshrined constitutionally, being listed among the principles of public administration, and his defense involves an interest that deserves protection transindividual conference. The Law nº 8.429, of June 2, 1992, has filled gaps in the Brazilian legal system about what could be categorized as administrative misconduct, and to establish its own procedure. However, the res judicata did not receive specific treatment, which is why the doctrine has been debating on which the scheme of res judicata should be applied to the sentences they judge the actions of administrative impropriety: the res judicata policy, the res judicata or collective, moreover, a mixture of both, depending on the chapter of the sentence. This uncertainty gave rise to the doctrine we reflect on the need to review some major doctrinal concepts that regardless of its relevance and coherence, should be adapted to this particular collective action, which is independent from the public civil action in the “broad sense”.

KEYWORDS: Administrative Misconduct. Res Judicata. Public Civil Action. Law nº 8.429/92. Public Property. Diffuse Interests.

1 INTROÍTO

A natureza peculiar das ações de improbidade administrativa desperta interessantes reflexões acerca da coisa julgada em face da veiculação de duas espécies de situações jurídicas decorrentes dos pedidos nela formulados, quais sejam: sanções ao agente ímprobo e ressarcimento ao erário.

Partindo-se da natureza coletiva da ação de improbidade administrativa, a problemática peculiar da coisa julgada ocorrente nas ações coletivas tem repercussão na ação de improbidade administrativa, além de outras questões inerentes à própria essência dessa ação, quando as decisões judiciais nela proferidas acobertam-se pelo manto da coisa soberanamente julgada.

O princípio da segurança jurídica, em seu sentido objetivo de estabilização das relações jurídicas, encontra na coisa julgada uma das formas de concretude. As relações jurídicas não podem ficar indefinidas perenemente, sob pena de o direito não cumprir sua finalidade. Acaso os litígios entre as mesmas partes e sobre a mesma questão pudessem ser renovados a qualquer tempo, a pacificação social restaria comprometida.

O regime jurídico da coisa julgada, ou seja, o conjunto de normas jurídicas que estruturam este fenômeno, dando-lhe feições, contornos e características próprias constitui o arcabouço normativo que assegura um direito fundamental insculpido no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal de 19881.

Esta mesma Lei Fundamental declara entre os princípios da Administração Pública Federal a moralidade administrativa. Embora haja divergências acerca da sinonímia entre moralidade e probidade, o certo é que a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, buscou proteger ambas.

A natureza cível da ação de improbidade administrativa foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, existem debates acerca da possibilidade de manejar-se o procedimento estabelecido pela Lei nº 8.429/92 através de uma ação civil pública ou se este instrumento legal requer ação específica. Porém, a natureza coletiva da ação de improbidade administrativa quase não encontra adversários, haja vista que o interesse difuso à probidade administrativa interessa a toda a coletividade.

1 Art. 5º, Inc. XXXVI – A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

A aplicação do regime jurídico da coisa julgada coletiva nas ações de improbidade administrativa pode gerar algumas dificuldades em razão da existência de duas espécies de interesses em jogo – coletivos e individuais. A utilização das técnicas da coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationem* podem deixar o indivíduo à mercê de possibilidade de reiteração de demandas que podem vir a atentar contra a sua esfera de liberdades.

Por outro lado, a própria Constituição Federal admite a imprescritibilidade de certos crimes, ou seja, a segurança do indivíduo cede espaço a outros valores preconizados pelo interesse público, tudo devidamente sopesado na ponderação constitucional dos princípios antagônicos.

A coisa julgada nas ações de improbidade administrativa tem sido pouco debatida na doutrina e na jurisprudência. Tendo em vista as várias divergências ainda existentes sobre esses dois institutos, o presente trabalho tem por escopo estudar ambos em conjunto, analisando os reflexos e as problemáticas advindas da interação desses dois fenômenos jurídicos.

2 COISA JULGADA

Coisa julgada é o fenômeno através do qual a sentença se torna imutável ou, segundo o Ministro Moreira Alves², “a coisa julgada a que se refere o artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna é, como conceitua o § 3º do artigo 6º da Lei de Introdução do Código Civil, a decisão judicial de que já não caiba recurso, e não a denominada coisa julgada administrativa”.

Barbosa Moreira³ entende que a coisa julgada torna imutável e indiscutível a própria sentença e/ou acórdão que decide o mérito da causa.

Outras disposições normativas conceituam a coisa julgada:

Art. 6º, §3º da LICC: “Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.”

Art. 467 do CPC: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”

² RE 144.996, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 29-4-97, DJ de 12-09-97.

³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “Relativização” da Coisa Julgada Material. In *Temas de Direito Processual* – 9. série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 251.

Eduardo Couture, *apud* Didier e Zaneti Jr.⁴, lembra em antiga lição que “propalavam os glosadores, com certa dose de exagero, o dístico de Scassia: ‘A coisa julgada faz do branco preto; origina e cria coisas; transforma o quadrado em redondo; altera os laços de sangue e transforma o falso em verdadeiro’”.

Consagrada constitucionalmente no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal de 1988 a coisa julgada é um instituto jurídico ligado ao princípio da segurança jurídica⁵. Uma vez prolatada a decisão, ou seja, uma vez efetivada a subsunção do fato à norma jurídica abstrata, conclui-se a atividade jurisdicional e sobre esta reside a figura da coisa julgada.

Quanto à sua natureza, a coisa julgada é entendida como: a) efeito da decisão; b) qualidade dos efeitos da decisão, e; c) situação jurídica do conteúdo da decisão. Para uma perfeita compreensão dessas concepções, faz-se necessário distinguir eficácia, conteúdo e efeito da sentença.

Eficácia da sentença é a potencialidade da mesma para produzir efeitos. Enquanto mera potencialidade, a eficácia não pode ser abarcada pela coisa julgada, já que não existe concretamente.

Conteúdo compreende o disposto no comando judicial, aquilo que restou decidido pelo juiz, seja para conceder o direito a uma prestação, seja para reconhecer um direito potestativo ou tão-somente para declarar algo.

Efeito é a repercussão adjacente àquilo que foi disposto no comando judicial, correspondendo ao que resulta do conteúdo da sentença, ou ainda, a atualização da eficácia⁶. A partir do conteúdo de

4 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil, Teoria da prova, Direito probatório, Teoria do precedente, Decisão judicial, Coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. vol. 2. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 411.

5 Marinoni historicista que: “Antigamente, identificava-se o fenômeno da coisa julgada material com a descoberta da verdade. É clássica a idéia, estampada no Digesto romano, de que a coisa julgada é aceita como verdade (res judicata pro veritate accipitur). Houve ainda quem viesse na coisa julgada não propriamente a verdade, mas uma ficção (ou uma presunção da verdade)”. Continua o autor: “Em realidade, a coisa julgada não se liga, ontologicamente, à noção de verdade. Não a representa, nem constitui ficção (ou presunção) legal de verdade. Trata-se, antes, de uma opção do legislador, ditada por critérios de conveniência, que exigem a estabilidade das relações sociais, e consequentemente das decisões judiciais”. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*, vol. 2. 7. ed. revista e atualizada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 645.)

6 Levando-se em conta o que acaba de ser visto, cremos chegado o momento de estabelecer uma distinção fundamental, nem sempre levada em conta pelos processualistas, entre eficácias e efeitos da sentença. A

cada uma das decisões é que se é possível esboçar os efeitos oriundos das mesmas.

Feitas estas distinções, partiremos da coisa julgada como efeito da sentença. A corrente doutrinária que adota essa concepção restringe a coisa julgada ao efeito declaratório da decisão. Silva⁷ assevera que “as sentenças podem ter múltiplas eficácias e o fato de que a imutabilidade que protege a decisão jurisdicional, identificável com a coisa julgada material, só se refere ao efeito declaratório da sentença”.

A compreensão de que a coisa julgada é uma qualidade dos efeitos da sentença perpassa a maior parte da doutrina brasileira. Averbam que a autoridade da coisa julgada não deveria ser entendida como um efeito declaratório da sentença, eis que a imutabilidade da sentença é que daria a qualidade a esse efeito declaratório do julgado. Segundo Liebman, *apud* Didier e Zaneti Jr.⁸, “*identificar a declaração produzida pela sentença com a coisa julgada significa, portanto, confundir o efeito com um elemento novo que o qualifica*”.

A coerência do pensamento de Liebman reside no fato de que a sentença produz efeitos desde o instante em que é publicada e não no seu trânsito em julgado, logo, não pode ser a coisa julgada um efeito da sentença.

Por fim, para José Carlos Barbosa Moreira e Fredie Didier Jr., a coisa julgada é uma situação jurídica do conteúdo da decisão, isto é, a coisa julgada se traduz, segundo essa corrente, pela imutabilidade

primeira categoria – a das eficácias – faz parte do “conteúdo” da sentença, como virtualidade operativa capaz da produção de efeitos, ao passo que estes, quer se produzam no mundo jurídico, quer no mundo dos fatos, hão de ter-se como atualizações, no sentido aristotélico, das eficácias. Estas fazem parte do “conteúdo” da sentença, assim como se diz que este ou aquele medicamento possui tais ou quais virtudes (ou eficácias) curativas. Evidentemente não se podem confundir a virtude curativa com o efeito produzido pelo medicamento sobre o organismo enfermo. A eficácia ainda não é o efeito do medicamento. Assim também numa ação de mandado de segurança, por exemplo, haverá sempre como complemento de seu “conteúdo”, a refletir-se na sentença de procedência, o verbo correspondente a ordem para que se expeça o mandado; e, num momento posterior, a expedição e o cumprimento do mandado, é resultado que está fora do “conteúdo” da sentença; e que poderá, até mesmo, jamais se tornar efetivo, sem que o ato jurisdicional perca qualquer de suas eficácias. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. Conteúdo da sentença e coisa julgada. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 149-169, jul/set. 2007. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=41102>. Acesso em: 5 abril 2010).

7 SILVA, Ovídio Baptista da. *Sentença e Coisa Julgada*, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 81.

8 DIDIER JR.; ZANETI JR., *op. cit.*, p. 413.

do conteúdo da decisão. Novamente aqui há de se entender bem a distinção entre “conteúdo da sentença” e “efeitos da sentença”.

Um exemplo pode deixar essa distinção mais evidente. Na separação judicial, a desconstituição do casamento é o conteúdo da sentença e o estado de separados dos cônjuges seria o seu efeito, de forma que a imutabilidade conseguida pela coisa julgada alcança apenas a desconstituição do casamento, jamais seus efeitos. Bem esclarecedor é Didier e Zaneti Jr.⁹:

Pelo mesmo motivo, é possível àquele que se divorciou casar-se novamente, inclusive com a mesma pessoa de quem se divorciara. Isso somente se dá porque a intangibilidade implementada pela coisa julgada material somente atinge o conteúdo da decisão (a dissolução do vínculo matrimonial), e não os seus efeitos (a situação jurídica nova que surge após a dissolução; o *status* de “divorciado”). Se a coisa julgada material atingisse também os efeitos da decisão, tornando-os imutáveis, jamais seria possível ao “divorciado” deixar de sê-lo, não poderia mais casar-se, portanto.

2.1 LIMITES DA COISA JULGADA

2.1.1 LIMITES OBJETIVOS

O Código de Processo Civil - CPC dispõe, no § 1º de seu art. 301, que existirá coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada e decidida. A seguir, o § 2º informa que “uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”.

Haverá coisa julgada material quando em posterior demanda, composta pelas mesmas partes, discute-se o mesmo pedido, sob os mesmos fatos e fundamentos jurídicos (causa de pedir).

O autor, ao expor a sua pretensão, estabelece o objeto do processo sobre o qual se pronunciará o magistrado em obediência ao princípio da correlação ou congruência, não podendo conceder nem mais, nem menos do que foi pedido.

Disso resulta que a imutabilidade somente alcança a parte dispositiva da sentença, mas não os motivos que formaram o convencimento do juiz.

9 DIDIER JR.; ZANETI JR., op. cit., p. 355.

A coisa julgada tem seus limites no objeto do processo, isto é, nos limites do pedido que será fixado no dispositivo da sentença. Reza o CPC:

Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

Art. 469. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Art. 470. Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide.

Obviamente que se mudarmos um de seus elementos (pedido, causa de pedir ou as partes) estaremos a tratar de nova ação. Logo, alterando-se a causa de pedir (próxima ou remota), ter-se-á novos motivos e sobre eles não incide a coisa julgada.

Não é por outro motivo que se alguém propõe ação de alimentos contra outrem, alegando ser seu filho, e o juiz defere o pedido com base nessa alegação, impedido não está o magistrado de negar o pedido desse suposto filho em uma futura ação no qual este tenha pleiteado um quinhão na herança do então considerado pai, exatamente por entender o juiz que o autor não é filho do *de cuius*.

Mas é importante compreender a dimensão do que reza o art. 474 do CPC: “Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”.

Especificamente para proteger a coisa julgada, tudo o que foi ou poderia ter sido suscitado como alegação em favor do autor ou do réu fica precluso por aquilo que a doutrina denomina de “eficácia preclusiva da coisa julgada”, a qual tem por fundamento o princípio do deduzido e do dedutível, ou no vernáculo latino: *Tantum iudicatum quantum*

disputatum vel disputari debeat (tanto foi julgado quanto foi disputado ou deveria ser disputado).

Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco¹⁰:

Eficácia preclusiva é a aptidão, que a própria autoridade da coisa julgada material tem, de excluir a renovação de questões suscetíveis de neutralizar os efeitos da sentença cobertos por ela. Resolve-se portanto em um mecanismo de autodefesa da coisa julgada, que no Brasil vem regido pelos arts. 471, caput e 474 do Código de Processo Civil.

A expressão eficácia preclusiva expressa a idéia de que a coisa julgada é tomada pela lei como um fato que opera a preclusão de faculdades processuais. As preclusões decorrentes da coisa julgada material constituem objeto do que dispõem esses dois artigos do Código de Processo Civil.

[...]

O art. 474 do Código de Processo Civil complementa e esclarece a norma da eficácia preclusiva da coisa julgada material, disposta no art. 471, ao incluir entre os pontos cujo reexame se proíbe “todas as alegações e defesas que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”. Fala a doutrina a respeito, não sem alguma impropriedade, em coisa julgada sobre o explícito e o implícito.

O significado do art. 474 é impedir não só que o vencido volte à discussão de pontos já discutidos e resolvidos na motivação da sentença, como também que ele venha a suscitar pontos novos, não alegados nem apreciados, mas que sejam capazes de alterar a conclusão contida no decisório. São razões que a parte poderia opor ao acolhimento do pedido as defesas que o réu talvez pudesse levantar, mas omitiu. Inclusive a prescrição, que ele poderia ter alegado a qualquer tempo e em qualquer instância ordinária do processo (CC, art. 162), se não alegou não poderá alegar mais, depois de passada em julgado a sentença de mérito.

De fato, seria um absurdo que se pudesse reabrir a discussão de algo que já foi decidido em razão de algum ponto relevante que não foi trazido ao primeiro julgamento. Estariam abertas as portas para todo tipo de artimanhas ou, como ensina Barbosa Moreira¹¹:

¹⁰ Disponível em: <<http://xoomer.virgilio.it/direitosp/curso/dina33.htm>>.

¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Direito Aplicado II – Pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 452.

Sucedee que admitir semelhante possibilidade seria pôr fim em xeque a estabilidade da pretensão jurisdicional dispensada. Lucraria talvez, aqui e ali, a justiça, mas com pesado detrimento para outro interesse fundamental a que deve servir o processo: a segurança. Afinal, é sempre concebível que alguém se lembre, findo o processo, de agitar questão que nele não se cogitara. A certeza jurídica ficaria a pender de ténue fio, até a consumação dos séculos, se, apenas por essa razão se autorizasse a indefinida reiteração do pleito. Diante de dois males potenciais, os ordenamentos jurídicos têm de optar pelo menos grave. A alternativa é a seguinte: ou se abre ensejo a repetição, desde que alegada questão nova, ou se estabelece que, após a formação da coisa julgada, e enquanto esta subsistir, qualquer questão perde relevância, torna-se inútil suscitá-la para tentar reverter o desfecho. Em outras palavras: ou se nega ou se reconhece à *res judicata* eficácia preclusiva em relação às questões não examinadas no processo.

Completa Marinoni¹²que:

Por essa razão, a preocupação com o “julgamento implícito”, ou com a eficácia preclusiva da coisa julgada, só tem relevância se houver a possibilidade de ofensa (na segunda ação) à coisa julgada já formada. Como assinala BARBOSA MOREIRA, “a eficácia preclusiva da coisa julgada material se sujeita, em sua área de manifestação, a uma limitação fundamental: ela só opera em processos nos quais se ache em jogo a *autoritas rei iudicatae* adquirida por sentença anterior. Tal limitação resulta diretamente da função *instrumental* que se pôs em relevo: não teria sentido, na verdade, empregar o *meio* quando não se trate de assegurar a consecução do *fim* a que ele se ordena. Isto significa que a preclusão das questões logicamente subordinantes apenas prevalece em feitos onde a lide seja a *mesma* já decidida, ou tenha solução dependente da que se deu à lide já decidida. Fora dessas raias, ficam abertas à livre discussão e a apreciação as mencionadas questões, independentemente da circunstância de havê-las de fato examinado, ou não, o primeiro juiz, ao assentar as premissas de sua conclusão.

2.1.2 LIMITES SUBJETIVOS

A sentença somente faz coisa julgada às partes entre as quais ela é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros. Essa é a regra geral disposta no art. 472 do CPC, que ainda pontua que nas causas

12 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 644.

relativas ao estado da pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

A regra geral é o desdobramento de uma série de princípios constitucionais, como o da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Imaginar que uma decisão poderia paralisar um terceiro que não participou do processo seria o mesmo que vedar o acesso à justiça, que se constitui em cláusula pétrea.

Exceções ocorrem com relação ao terceiro que tenha interesse jurídico na causa. Quando um sujeito se vê na iminência de ser atingido pelos reflexos de uma sentença, ele é autorizado a assistir uma das partes e com isso evitar o próprio prejuízo. Nessa hipótese a assistência é simples, e a doutrina e a jurisprudência são relativamente pacíficas em não incluir o assistente simples entre aqueles que estão sujeitos à coisa julgada.

Quando o direito material discutido em juízo interessa **diretamente** a outra pessoa que não o autor ou ao réu, o mesmo deve ingressar no processo como titular do bem, não sendo correto chamá-lo de terceiro. Nessa hipótese a assistência é litisconsorcial e o assistente pode ser atingido pela coisa julgada.

O assistente qualificado ou litisconsorcial é titular de um direito que tem relação jurídica com o adversário do assistido, da mesma forma que tem o próprio assistido, devendo sofrer os efeitos da coisa julgada.

2.2 COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS

A coisa julgada nas ações coletivas é um dos temas mais peculiares. Inicialmente vejamos a classificação dos diversos/interesses envolvidos no âmbito da proteção coletiva.

- a) *Interesses difusos*: são interesses supra-individuais, que não pertencem a um indivíduo ou grupo determinado, mas a um número indeterminado de pessoas. A existência uma pessoa concretamente ofendida não elide a indeterminação característica desse tipo de interesse, tampouco o interesse difuso consiste na soma dos interesses individuais. As principais características desses interesses são as seguintes:

1. supra-individualidade ou meta-individualidade
 2. existência de pluralidade de titulares, em número indeterminado e praticamente indeterminável;
 3. o bem jurídico protegido é indivisível, pois atinge a pessoas indistintamente, e;
 4. ausência de relação-base entre os titulares do direito.
- b) *Interesses coletivos*: são interesses que pertencem a indivíduos indeterminados, mas determináveis, pois são comuns a uma coletividade de pessoas. As principais características desses interesses são as seguintes:
1. pertence a um grupo de indivíduos facilmente identificável;
 2. o bem jurídico protegido é indivisível, e;
 3. existência de relação jurídica-base entre os titulares do direito.
- c) *Interesses individuais homogêneos*: são interesses que pertencem a vários indivíduos, sendo estes determinados. No direito individual homogêneo a causa é comum e afeta distintamente um número determinado de pessoas (exemplo clássico são os adquirentes de veículos com vício oculto). As principais características desses interesses são as seguintes:
1. sujeitos determinados;
 2. o bem jurídico protegido é divisível, e;
 3. os titulares do direito violado estão unidos em razão de uma violação que tem origem comum a todos.

Muito embora no Brasil existissem normativos que já consagravam alguma proteção aos interesses coletivos acima mencionados (ex: ação popular, a ação de proteção ambiental da Lei nº 6.938/81, Lei da Ação Civil Pública - Lei nº 7.347/85), foi com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) que verdadeiramente se instaurou um microsistema das ações coletivas.

Nessa senda, dispõe o art. 103 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 103 - Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada:

I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inc. I do parágrafo único do art. 81;

II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inc. II do parágrafo único do art. 81;

III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inc. III do parágrafo único do art. 81.

Parágrafo primeiro - Os efeitos da coisa julgada previstos nos incs. I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

Parágrafo segundo - Na hipótese prevista no inc. III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

Parágrafo terceiro - Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código,² mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

Parágrafo quarto - Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

Art. 104 - As ações coletivas, previstas nos incs. I e II do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incs. II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no

prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

De acordo com Mancuso¹³:

Como se verifica, o que pode variar é o espectro da eficácia expandida do julgado coletivo, na razão direta de uma conjugação formada pelo *tipo* de interesse metaindividual e do *pedido* que tenha sido formulado, como se constata nesta pontuação: (A) considerando-se que uma lei federal não pode ser inconstitucional apenas para uma parte do País ou em face de certos sujeitos, impondo-se uma resposta judiciária unitária, positiva ou negativa, mas sempre em face de todos, então o interesse concernente só pode ser *difuso*, e a respectiva coisa julgada só pode mesmo projetar-se *erga omnes*, e isso mesmo é o que se colhe dos textos de regência (CDC, art. 103, I; CF, art. 102, § 2º; Lei 9.868/99, art. 28, parágrafo único); (B) um valor ou interesse concernente a certo grupo, categoria ou classe não é tão expandido a ponto de concernir a toda a coletividade, nem tão restrito a ponto de comportar redução a uma figura litisconsorcial clássica, e por isso, a coisa julgada vai se projetar num grau médio, ao interior do seguimento considerado, nos moldes da coisa julgada *ultra partes* (arts. 81, II, e 103, II do CDC); exemplo disso pode ocorrer nos dissídios coletivos trabalhistas, quando instaurados em face de uma fração de empregados de uma categoria: a “decisão sobre novas condições de trabalho poderá também ser estendida a todos os empregados da mesma categoria profissional compreendida na jurisdição do Tribunal” (CLT, art. 869); (C) enfim, há interesses que em essência são individuais, apenas esparsos por número expressivo de sujeitos, sendo coletivos apenas no modo processual em que podem ser conduzidos, e para esses vem indicada uma coisa julgada que é *erga omnes*, mas por aí se entendendo que ela opera em face de *todos os sujeitos concernentes ao episódio gerador da controvérsia judicializada* (CDC, art. 81, III, c/c art. 103, III, e art. 104).

Resumindo, pode-se dizer que no âmbito da tutela coletiva não existe apenas uma, mas diversas espécies de coisa julgada que vão depender da natureza do direito em litígio e do resultado da lide, conforme se pontua abaixo:

- 1) A coisa julgada nas ações em defesa de direitos difusos estende os seus limites subjetivos às esferas individuais

13 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2. ed. São Paulo: 2007, p. 546.

somente para beneficiar, isto é, a sentença fará coisa julgada *erga omnes* no caso de procedência ou improcedência por qualquer motivo que não seja a insuficiência de provas (art. 103, inc. I e § 1.º do CDC), impedindo que qualquer co-legitimado intente nova ação, mas não interferindo nas ações individuais. No caso de improcedência com fundamento na insuficiência de provas a sentença não se reveste da autoridade da coisa julgada, de forma que qualquer legitimado, ainda que o mesmo que atuou na demanda, pode renovar a ação, utilizando-se de prova nova;

2) A coisa julgada nas ações em defesa dos direitos coletivos estende os seus limites subjetivos ultra-partes, ao grupo ou classe, somente para beneficiar, no caso de procedência do pedido ou no caso de improcedência por qualquer motivo que não seja a insuficiência de provas (art. 103, inc. II e § 1.º do CDC), impedindo que qualquer co-legitimado intente nova ação, mas não interferindo nas ações individuais. No caso de improcedência com fundamento na insuficiência de provas a sentença não se reveste da autoridade da coisa julgada, de forma que qualquer legitimado, ainda que o mesmo que atuou na demanda, pode renovar a ação, utilizando-se de prova nova;

3) A coisa julgada nas ações em defesa dos direitos individuais homogêneos estende seus limites subjetivos *erga omnes* no caso de procedência do pedido para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores (art. 103, inc. III do CDC). No caso de improcedência a coisa julgada atinge as partes, incluindo aqueles que atuaram como litisconsorte em face do chamamento providenciado pelo art. 94 do CDC, mas não inibe a propositura de ações individuais por parte daqueles que não atuaram como litisconsortes (§ 2º do art. 103 do CDC).

Com relação a esse último ponto, Mancuso¹⁴ observa que:

O ponto não escapou a crítica de José Ignácio Botelho de Mesquita, ao observar que, pela regra do § 2º do art. 103, da Lei 8.078/90, a ação coletiva julgada improcedente, ao prejudicar as ações individuais dos sujeitos que antes tenham decidido aderir ao pleito

14 MANCUSO, op. cit., p. 266.

coletivo, em verdade “constituirá um poderoso incentivo a que as vítimas *não ingressem* como litisconsortes na ação que seja intentada por algum dos legitimados do art. 82.

De tudo o que foi exposto, pode-se apreender as seguintes particularidades no regime da coisa julgada coletiva:

- a) Ela se forma indistintamente em relação a todos os legitimados, desde que tenha sido julgado o mérito da demanda;
- b) Não haverá coisa julgada se a improcedência decorrer de insuficiência de provas; e nessa hipótese, a demanda poderá ser renovada por qualquer legitimado desde que esse apresente nova prova;
- c) Os interessados não são atingidos pela improcedência da demanda, a qual só lhes aproveitará em caso de procedência, e poderão propor demandas individuais, exceto quando se tratarem de direitos individuais homogêneos e tiverem participado do processo coletivo como litisconsortes, e;
- d) Os interessados poderão transferir *in utilibus* a coisa julgada para a satisfação de suas pretensões pessoais em caso de procedência do pedido.

3. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

3.1 DIFERENCIAÇÃO: PROBIDADE X MORALIDADE

A palavra improbidade advém do grego *improbitate*, que significa *desonesto*. A distinção entre probidade e moralidade vem sendo trabalhada há algum tempo pela doutrina, já que ambas se relacionam com a idéia de honestidade.

A improbidade administrativa vinha tratada na Constituição de 1934 com contornos semelhantes ao que temos hoje¹⁵. Já a moralidade é de previsão normativa mais recente¹⁶, tendo aparecido entre os

15 Dispunha o inc. 38 do art. 113 da Constituição de 1934: Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.

16 Contudo, o STF, analisando o princípio da moralidade, adverte que o mesmo sempre esteve presente no Ordenamento Jurídico: “poder-se-á dizer que apenas agora a Constituição Federal consagrou a moralidade como princípio de administração pública (art. 37 da CF/1988). Isso não é verdade. Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam de texto regrado. Defluem no todo

princípios da Administração Pública elencados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 88:

Art. 37. A administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...] (com redação dada pela EC 19, de 04.06.1998).

Importante frisar que a CF/88, ao mencionar a lesão a moralidade administrativa, tratou-a como improbidade no § 4º do art. 37:

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Enaltecendo a moralidade como princípio superior à coisa julgada, transcrevemos lição do Ministro José Augusto Delgado¹⁷, cujas palavras vale a pena transcrever, em que pese a extensão delas:

A ele(princípio da moralidade) subordina-se qualquer conduta estatal ou privada. A ele submete-se a própria supremacia da lei. Esta, como pregou Montesquieu e os autores da Revolução Francesa, “é o primado da razão, conseqüentemente da justiça. O direito, para eles, não é criação arbitrária, fruto de qualquer volunté monentanée et capricieuse (De L’esprit de Lois, cit., Livro II, cap. 4). É a descoberta do justo pela razão dos representantes, pelo que, conseqüentemente, ‘a lei não tem o direito de vedar senão as ações prejudiciais à sociedade’”(Declaração de 1789, art. 5º, primeira parte(cf. nosso ‘Do processo legislativo’, nº

do ordenamento jurídico. Encontram-se insitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regedoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional, não significa que nunca teve relevância de princípio. A circunstância de, no texto constitucional anterior, não figurar o princípio da moralidade não significa que o administrador poderia agir de forma imoral ou amoral. Como ensina Jesus Gonzáles Perez ‘el hecho de su consagración en una norma legal no supone que con anterioridad no existiera, ni que por tal consagración legislativa haya perdido tal carácter’ (El principio de buena fe en el derecho administrativo. Madri, 1983, p. 15). Os princípios gerais de direito existem por força própria, independentemente de figurarem em texto legislativo. E o fato de passarem a figurar em texto constitucional ou legal não lhes retira o caráter de princípio. O agente público não só tem que ser honesto e probo, mas tem que mostrar que possui tal qualidade. Como a mulher de César”. (STF, RE 160.381/SP, 2.ª T., v.u., rel. Min. Marco Aurélio, RTJ 153/1030).

17 Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais - texto básico da palestra proferida no dia 20 dezembro de 2.000 no I Simpósio de Direito Público da Advocacia-Geral da União-5ª Região-Fortaleza-CE, promovido pelo Centro de Estudos Victor Nunes Leal, p. 2-3.

32). (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Comentários à Constituição Brasileira de 1988, v. 1, Saraiva, 1990, p. 28-29).

Surge, em razão do acima afirmado, a concepção de que as leis, ao serem aplicadas pelo Poder Judiciário, estão diretamente vinculadas aos princípios da moralidade e da legalidade, só desenvolvendo-se validamente, isso é, só existindo e tornando-se válido, eficaz e efetivo quando não expressarem abusos e não ultrapassarem os limites por eles impostos.

Exige-se, assim, que o Poder Judiciário, instituição responsável pela aplicação coercitiva do direito, esteja mais assujeitado ao cumprimento da moralidade do que o Executivo e o Legislativo, por lhe caber defender, como Poder Estatal, o rigorismo ético nos padrões de sua própria conduta e dos seus jurisdicionados.

O decisum emitido pelo Poder Judiciário deve exprimir confiança, prática da lealdade, da boa-fé e, especialmente, configuração de moralidade.

Essa expressão de moralidade é reflexo dos sonhos democráticos que o povo deposita no exercício do poder e na legitimidade da atividade jurisdicional.

[...]

A supremacia do princípio da moralidade exige que o Estado, por qualquer um dos seus três poderes, atue de modo subordinado às suas regras e seja condutor dos valores a serem cumpridos pela organização social.

No particular, a decisão judicial, expressão maior de atuação do Poder Judiciário, deve expressar compatibilidade com a realidade das coisas e dos fatos naturais, harmonizando-se com os ditames constitucionais e ser escrava obediente da moralidade e da legalidade.

[...]

A moralidade está ínsita em cada regra posta na Constituição e em qualquer mensagem de cunho ordinário ou regulamentar. Ela é comando com força maior e de cunho imperativo, reinando de modo absoluto sobre qualquer outro princípio, até mesmo sobre o da coisa

julgada. A moralidade é da essência do direito. A sua violação, quer pelo Estado, que pelo cidadão, não gera qualquer tipo de direito. Este inexistente, por mais perfeito que se apresente no campo formal, se for expresso de modo contrário à moralidade.

No mesmo sentido, Di Pietro¹⁸ assevera que:

a legalidade estrita não se confunde com a moralidade e a honestidade, porque diz respeito ao cumprimento da lei; a legalidade em sentido amplo (o Direito) abrange a moralidade, a probidade e todos os demais princípios e valores consagrados pelo ordenamento jurídico; como princípios, os da moralidade e probidade se confundem; como infração, a improbidade é mais ampla do que a imoralidade, porque a lesão ao princípio da moralidade constitui uma das hipóteses de atos de improbidade definidos em lei.

3.2 CONCEITO DE IMPROBIDADE.

Existe uma dificuldade em se conceituar improbidade. Ensina-nos Garcia e Alves¹⁹ que:

ainda merece breve consideração a postura daqueles que, no afã de inovar, baralham conceitos e, de forma arbitrária, buscam construir um conceito “seletivo” de improbidade, sempre circundado por um número tal de exceções que dificulta individualização da própria regra geral proposta.

A probidade administrativa relaciona-se com o dever de honestidade imposto a todo aquele que gere assuntos e negócios públicos. Para Pazzagli Filho²⁰, ato de improbidade administrativa é:

[...] desde a forma mais grave de alcance de vantagens patrimoniais ilícitas as expensas do Erário (parcela do patrimônio público que tem conteúdo econômico-financeiro, isto é, bens e direitos de valor econômico), ao exercício nocivo ou ineficiente das funções públicas, causando efetiva lesão ao Erário, e à atuação do agente público que atenta contra os princípios constitucionais.

18 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*, 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 697.

19 GARCIA, Emerson e ALVES Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*, 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 48.

20 PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Crimes de Responsabilidade Fiscal: Atos de Improbidade Administrativa por violação da LRF*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 43-44.

Segundo Kiyoshi Harada²¹:

O conceito de improbidade é bem mais amplo. É o contrário de probidade, que vem do latim *probitas*, cujo radical *probus* significa crescer reto. No sentido moral significa qualidade de probo, integridade de caráter, honradez. Logo, improbidade é o mesmo que desonestidade, mau caráter, falta de pundonor, ato contrário à moral. Entretanto, em termos de direito positivo, conforme se pode verificar do texto constitucional e dos dispositivos da lei específica adiante mencionados, moralidade não se confunde com probidade. Há entre elas relação de gênero para a espécie. A primeira compreende o conjunto de valores inerentes à criatura humana que devem reger, em geral, a vida em sociedade. A segunda pressupõe essa retidão de conduta no desempenho de uma atribuição determinada, mas com zelo e competência. Por isso, improbidade administrativa pode significar má qualidade de uma administração não envolvendo, necessariamente, falta de honradez no trato da coisa pública. Aliás, improbidade vem do latim *improbitas*, que significa má qualidade de determinada coisa. Não é por outra razão que a Constituição impõe a observância do princípio da eficiência no serviço público, isto é, diligência funcional do agente público para atingir o resultado máximo com o mínimo de tempo despendido. Assim, improbidade administrativa é gênero de que é espécie a moralidade administrativa.

Do exposto, podemos conceituar o ato de improbidade administrativa não só como aquele praticado por agente público, contrário às normas da moral, à lei e aos bons costumes, ou seja, aquele ato que indica falta de honradez e de retidão de conduta no modo de proceder perante a Administração Pública direta, indireta ou fundacional, nas três esferas políticas, como também aquele ato timbrado pela má qualidade administrativa.

Para Silva²²:

A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial pela Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, § 4º). A probidade administrativa consiste no dever de o ‘funcionário

21 Publicado na RIASP 6/102. Disponível em: <<http://www.revistasrtonline.com.br/portalar/template.htm?view=main>>.

22 SILVA, op. cit., p. 653.

servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queria favorecer'. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem.

Nessa mesma linha o Superior Tribunal de Justiça²³ averba:

É cediço que a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo.

Conseqüentemente, a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos pelas informações disponíveis no acórdão recorrido, calcadas, inclusive, nas conclusões da Comissão de Inquérito.

3.3 AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

A superada teoria imanentista da ação nos legou o mau hábito de identificar o procedimento com a ação, daí decorrendo a nomenclatura ação de improbidade administrativa ao procedimento estatuído pela Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, cujo objetivo principal foi preencher as lacunas existentes no ordenamento jurídico brasileiro acerca das condutas que poderiam ser tipificadas dentro do conceito de improbidade administrativa, estabelecendo as sanções e o procedimento que deverá ser seguido.

Controvérsia que nos parece interessante frisar remete ao tratamento, a nosso ver incorreto, dado à ação de improbidade administrativa como mera modalidade de ação civil pública. Nesse ponto, alinhamo-nos ao pensamento de Arnold Wald²⁴:

Tem sido uma prática comum, tanto do Ministério Público quanto do Poder Judiciário, o tratamento desta ação de improbidade

23 Recurso Especial nº 480.387/SP – 1ª Turma – Rel.: Min. Luiz Fux – DJU 16-3-2004, p.163.

24 WALD, Arnoldo; FONSECA, Rodrigo Garcia da. Ação de Improbidade Administrativa. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2002/arti_arnold_rodrigo.pdf>. Acesso em 15/04/2010.

administrativa meramente como uma nova modalidade de ação civil pública, freqüentemente chamando-a de 'ação civil pública de improbidade administrativa'. Trata-se, a nosso ver, de prática de pouca técnica jurídica, pois a ação de improbidade administrativa tem natureza, contornos e regramento próprios, não se confundindo com aqueles específicos das ações civis públicas em geral. O fato de a ação ser civil (em oposição a uma ação penal), ou ser pública, num linguajar leigo (no sentido de proteger o patrimônio público, ou da legitimidade do Ministério Público para propô-la), não faz da ação de improbidade administrativa uma ação civil pública no senso jurídico do termo. A importância do assunto fez o legislador editar normas específicas, e é dentro deste regramento especial que o tema deve ser tratado, de forma a serem devidamente garantidos e preservados os interesses maiores de uma sociedade justa, democrática e moralmente sadia.

[...] Como se sabe, a Lei nº 7.437/85 se destina à defesa do meio ambiente, do consumidor, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, dos direitos difusos e coletivos e da ordem econômica (artigo 1º). A Lei da Ação Civil Pública, portanto, não trata especificamente de improbidade administrativa, que é justamente o foco único da Lei nº 8.429/92. Assim, deve ser reconhecido que, pela regra da especialidade, a Lei nº 7.437/85 não se aplica aos casos em que se alega improbidade administrativa e/ou se pede a cominação das penas previstas na Lei nº 8.429/92.

Ainda que se entenda estar a probidade administrativa incluída dentre os direitos difusos e coletivos da sociedade, por ser a moralidade um princípio básico e genérico da Administração Pública, consagrado expressamente no artigo 37 da Constituição Federal, é preciso reconhecer que a Lei nº 8.429/92 é posterior, e regulou inteiramente a matéria. Neste diapasão, afastou por completo a incidência da Lei nº 7.437/85 nesta seara, consoante a regra do § 1º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Do mesmo sentir é Pazzagliani Filho²⁵:

Parece-me menos adequada a denominação *ação civil pública*, pois tradicionalmente designa ação, disciplinada pela Lei nº 7.347/85, de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente; ao consumidor; a bens e direitos de valor artístico; histórico; turístico e paisagístico; a qualquer outro interesse difuso

25 PAZZAGLINI FILHO, op. cit., p. 197.

ou coletivo (v.g., defesa das pessoas portadoras de deficiência, das crianças e adolescentes, dos investidores no mercado de valores mobiliários); e por infração da ordem econômica e da economia popular, enquanto a tutela do interesse difuso da probidade administrativa é regida pela LIA, que apresenta procedimento especial e objeto diverso daquela.

Todos os atos administrativos, judiciais ou políticos praticados pelos sujeitos ativos, podem ser abarcados pelo espectro da improbidade, muito embora haja quem defenda que:

“a lei atinge apenas os atos de natureza administrativa, pelo que não estão sob sua incidência os atos legislativos e jurisdicionais típicos. Assim, o parlamentar que recebe propina para votar desta ou daquela forma, e o juiz que, subornado, profere sentença em favor da parte com quem negociou, não praticam atos de improbidade administrativa, conquanto possam sofrer sanções penais, civis, políticas (no caso do parlamentar) e administrativa (no caso do Magistrado).”²⁶

Os sujeitos passivos da improbidade administrativa estão indicados no art. 1º da Lei nº 8.429, de 1992, e são: a Administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Territórios, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, como também, por força de seu parágrafo único, entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

Enfim, onde houver um único centavo de dinheiro público terá incidência a Lei de Improbidade Administrativa, independentemente da natureza da entidade. Tampouco este normativo se restringe ao Poder Executivo, pois tanto o Poder Legislativo, quanto o Judiciário, ainda que no exercício de suas atribuições peculiares, estão submetidos aos ditames da probidade.

Os sujeitos ativos da improbidade administrativa são os agentes públicos e os terceiros, estes quando induzem ou concorrem para a prática

²⁶ MELLO, Cláudio Ari. Improbidade administrativa - considerações sobre a Lei 8.429/92, *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*. n. 36. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 173.

do ato de improbidade administrativa ou dele se beneficie, sob qualquer forma (art. 2º e 3º da lei).

Os artigos 9º, 10 e 11 elencam as condutas contrárias à probidade, e o art. 12 estabelece as sanções²⁷, indicando, ainda, como se deve viabilizar a reparação do dano sofrido pela Fazenda Pública (art. 18). O procedimento administrativo vem estatuído nos artigos 14 a 16 e 22 e o crime de denúncia caluniosa está tipificado no art. 19, bem como as disposições sobre a ação civil estão contidas nos artigos 16, 17, 20, 21 e 23.

3.3.1 SANÇÕES DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:

Com espeque no § 4º do art. 37 da Constituição Federal, as sanções do art. 12 dependem do ato ímprobo praticado, e consistem em: 1) perda de bens ou valores de origem ilícita; 2) ressarcimento integral do dano; 3) perda da função pública; 4) suspensão dos direitos políticos; 5) multa civil e; 6) proibição de contratar ou receber incentivos do Poder Público.

A polêmica acerca da natureza penal da Lei de Improbidade Administrativa pode ser rebatida através da constatação de que tanto o caput do art. 12 da Lei nº 8.429/92, quanto o § 4º do art. 37 da CF/1988, estabelecem que suas prescrições punitivas independem do que for apurado na esfera penal.

Importante salientar que a Lei de Improbidade Administrativa, e, por consequência, suas sanções, não se aplicam aos agentes políticos, posto que se submetem a um regime de responsabilidade especial. Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal na Reclamação nº 2.138-6/DF, Relator Ministro Nelson Jobim, cujo acórdão tem a seguinte ementa:

EMENTA: RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS. I. PRELIMINARES. QUESTÕES DE ORDEM

II. MÉRITO

[...]

²⁷ A Lei nº 12.120, de 15 de dezembro de 2009, alterou o art. 12 da LIA para espantar qualquer dúvida acerca da cumulatividade das sanções penais, civis e administrativas.

II.2. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, “c”, (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilização especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, “c”, da Constituição.

II.3. Regime Especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, “c”; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992).

Salvo melhor juízo, a decisão do STF trocou o profissionalismo de instituições como o Ministério Público ou a própria pessoa jurídica interessada por um processo iniciado, via de regra, pelo cidadão. Além do mais, a inaplicabilidade da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos implica na inibição da atuação do Poder Judiciário, em oposição ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

a) DA SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS:

Segundo Moraes²⁸:

Direitos políticos são o conjunto de regras que disciplinam as formas de atuação da soberania popular, conforme preleciona o caput do art. 14 da Constituição Federal. São direitos públicos subjetivos que investem o indivíduo no status *activae civitatis*, permitindo-lhe o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a conferir os atributos da cidadania.

A cassação dos direitos políticos é vedada pela CF/88 (art. 15), mas, dentre as hipóteses de suspensão encontra-se a improbidade administrativa (inc. III). Daí porque o art. 37, § 4.º, da CF/88 estabelece

28 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Atlas7, 2007, p. 21.

que a improbidade administrativa gera a suspensão dos direitos políticos na forma e gradação previstas em lei²⁹.

O art. 12 da Lei nº 8.429/92 gradua o prazo de suspensão dos direitos políticos, a depender do enquadramento do ato ímprobo, sendo de: oito a dez anos para as hipóteses do art. 9º; de cinco a oito anos para as hipóteses do art. 10, e; três a cinco anos para os atos tipificados no art. 11.

Questão que se apresenta relevante para o nosso trabalho diz respeito à necessidade do trânsito em julgado da sentença para que efetivamente ocorra a suspensão dos direitos políticos (e também a perda da função pública). Assim, diz o art. 20 da LIA: *A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.*

Enfim, ainda que o agente público seja flagrado recebendo propina, filmadas e divulgadas em rede nacional as imagens da corrupção, somente após todo um longo e demorado processo judicial, repleto de recursos, aliado à morosidade do Poder Judiciário, é que poderá o infrator perder o cargo e ter suspensos seus direitos políticos³⁰.

Para se verificar o quão esdrúxula é a exigência do trânsito em julgado, basta lembrar que não raras vezes o corrupto haverá cumprido integralmente o seu mandato, tornando letra morta a lei.

Os que defendem a necessidade de a sentença transitar em julgado argumentam que o princípio da separação dos poderes não permite que o juiz, em cognição não exauriente, afaste do cargo um representante eleito pelo povo, este sim, o verdadeiro detentor do poder soberano.

Há de se ponderar, contudo, que a soberania popular não se coaduna com a ilegalidade, com a imoralidade ou com a improbidade

29 A alínea h do inc. I do art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990 dispõe sobre uma hipótese de inexigibilidade por ato de improbidade administrativa: "os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político apurado em processo, com sentença transitada em julgado, para as eleições que se realizarem nos 3 (três) anos seguintes ao término do seu mandato ou do período de sua permanência no cargo".

30 Assim também ocorre para o afastamento temporário do agente ímprobo, a qual somente ocorre para o bem da instrução processual. Correto seria que ao menor indício de ato de improbidade, fosse o acusado afastado liminarmente de suas funções, para que não continuassem sob suspeita seus atos consequentes.

e, ao se candidatar a um cargo público, o cidadão assume um inafastável compromisso de conduta ética.

b) RESSARCIMENTO INTEGRAL DO DANO E PERDA DOS BENS HAVIDOS ILICITAMENTE:

Quando o agente público houver praticado ato de improbidade administrativa que importe em enriquecimento ilícito ou cause prejuízo ao erário, deverá ressarcir-lo integralmente e perderá todos os bens ilicitamente adquiridos.

A perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente não constitui propriamente uma sanção, pois decorre da vedação do enriquecimento ilícito. O Código Civil trata da matéria no art. 884 ao dispor que “aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”. Essa obligatoriedade consta, inclusive, no art. 6º da própria Lei de Improbidade³¹.

Acaso o dano tenha sido causado por mais de um agente público, ou por este em conluio com terceiro, haverá solidariedade entre ambos no ressarcimento integral do dano, em atenção ao que preceitua o art. 942 do Código Civil.

O ressarcimento deve abarcar não só o prejuízo material, mas também o moral, haja vista que a possibilidade de dano moral à pessoa jurídica tem encontrado cada vez mais guarida na doutrina e na jurisprudência, motivo pelo qual entendemos ser possível que a pessoa jurídica de direito público que tenha sofrido o ato de improbidade possa pleitear reparação pelo dano a sua imagem³².

c) MULTA CIVIL

Essa multa tem caráter punitivo e não indenizatório, e tem por objetivo desestimular a prática do ilícito, estendendo-se para qualquer das três modalidades de ato de improbidade administrativa previstas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei n.º 8.429/92.

31 No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio.

32 O Min. Néri da Silveira, quando do julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 244.072-7 – SP, ressaltou que “não há que se considerar, portanto, que o art. 5º, V e X, da CF, este no que concerne ao direito à imagem, não sejam invocáveis, em favor de pessoa jurídica, para a reparação do dano moral, dentro da visão ampla atribuída ao conceito de honra, no âmbito das disposições constitucionais referidas e acima especificadas na dicção do acórdão recorrido”.

Lembra Garcia e Alves³³ que “ante a impossibilidade de conversão da multa civil em sanção de natureza diversa, constata-se a importância das medidas preliminares que visem identificar e apreender os bens do ímprobo”.

d) PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA

Essa sanção é aplicável não somente a quem exerça uma função, mas a todos aqueles que, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, exerça mandato, cargo, emprego ou função (art. 2º da Lei).

Importante frisar que o agente perde a função (ou cargo) que estiver exercendo no presente, ainda que o ato ímprobo tenha sido praticado anteriormente, quando ocupante de outro cargo público.

Observe-se que o agente perderá tantos cargos quanto ocupe (nas hipóteses de cumulação admitidas pela Constituição), pois a lei não faz referência a esta ou aquela função. A boa hermenêutica ensina que toda vez que a letra da lei subjugar o seu espírito, deve o interprete se basear por este, fazendo incidir a norma sobre os casos aparentemente não abarcados.

Saliente-se que muito embora não o diga a Lei de Improbidade Administrativa, o condenado não poderá retornar ao serviço público, conforme preceitua o Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União (Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990):

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

[...]

IV - improbidade administrativa;

Art. 137. (*OMISSIS*)

Parágrafo único. Não poderá retornar ao serviço público federal o servidor que for demitido ou destituído do cargo em comissão por infringência do art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI.

³³ GARCIA e ALVES, op. cit., p. 470.

Observe-se que a condenação por ato de improbidade administrativa produz uma verdadeira declaração de carência de aptidão moral para exercer QUALQUER cargo ou função pública em QUALQUER unidade da Federação, haja vista que a moralidade é uma, conforme apontado pelo Supremo Tribunal Federal:

O princípio da moralidade administrativa — enquanto valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico — condiciona a legitimidade e a validade dos atos estatais. A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado³⁴.

e) **PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DE LARECEBER BENEFÍCIOS, INCENTIVOS OU SUBVENÇÕES, FISCAIS OU CREDITÍCIAS.**

Essa é outra sanção que é cominada nos três incisos do art. 12 da LIA. Deve-se entender a expressão “Poder Público” como abrangente de toda a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como de sua administração indireta, e não somente o sujeito passivo do ato de improbidade.

Essas medidas punitivas administrativas devem constar expressa e motivadamente graduadas na sentença que julgar procedente a ação civil por improbidade administrativa, e sua extensão extrapola o âmbito do ente lesionado, estendendo-se a todos os entes da Federação, seus Poderes e seus organismos da administração direta e indireta³⁵.

4. COISA JULGADA NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

4.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.

A Lei nº 8.429/92, conforme visto, tem natureza, contornos e regramento próprios sobre direito material e direito processual, além de regular seu próprio procedimento. Contudo, não há qualquer

³⁴ ADI MC nº 2661-5, 2002. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

³⁵ PAZZAGLINI FILHO, op. cit., p. 152.

linha escrita sobre qual regime da coisa julgada deve incidir – se o estabelecido no Código de Processo Civil ou aquele aplicado para as demandas coletivas.

A doutrina pacificamente aceita o caráter coletivo da pretensão veiculada por meio da ação de improbidade administrativa. Porém, a utilização do microssistema do processo coletivo no que concerne à coisa julgada na ação de improbidade administrativa não tem uma aceitação tão mansa.

4.2 PROIBIDADE, PATRIMÔNIO PÚBLICO E INTERESSE DIFUSO.

Inicialmente, há de se pontuar que a Lei de Improbidade Administrativa visa ao resguardo do patrimônio público e que esse é um interesse difuso, em face do que dispõe o inciso III do art. 129 da Constituição Federal.

Ao averbar que é função institucional do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do *patrimônio público* e social, do meio ambiente e de *outros interesses difusos e coletivos*, fica óbvio que a Lei Maior considera que o patrimônio público tem a natureza de bem difuso.

Nesse sentido, o patrimônio público deve ser entendido como o conjunto dos bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico (§ 1º do art. 1º da Lei nº 4.717, de 29 de Junho de 1965), ou ainda de caráter ambiental. De acordo com Mazzilli³⁶:

A defesa da proibidade administrativa não envolve interesse transindividual (de grupo, classes ou categorias de pessoas), mas sim interesse público primário (bem geral da coletividade). Está o Ministério Público legitimado à defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa, especialmente por meio da propositura da ação civil pública.

A Lei n. 8.429/92, também conhecida como *Lei de Improbidade Administrativa* (LIA), sanciona, em seu art. 1º, os atos de qualquer agente público, servidor ou não, que atentem contra a Administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja

36 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos Interesses difusos em juízo*, 21. ed São Paulo: Saraiva, p. 191, 2008.

criação ou custeio ao erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual.

Bueno e Porto Filho³⁷ apontam que a improbidade administrativa, por agredir o patrimônio público, merece a proteção coletiva:

Nesse contexto é que surge a Lei de Improbidade Administrativa, outorgando legitimidade ao Ministério Público e às pessoas jurídicas interessadas (que tenham tido o patrimônio público lesado) para a propositura de ação civil, pelo rito ordinário, que tem por finalidade obter: *reparação do dano ao erário e/ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente e/ou perda da função pública e/ou suspensão dos direitos políticos.*

Disso conclui-se que se trata de uma ação civil (expressamente dito pelo legislador) proposta por um ente coletivo (Ministério Público ou pessoa jurídica de direito público interessada) para proteger a coisa pública (bens de uso comum do povo – bens difusos – e bens dominicais pertencentes aos entes públicos). Logo, cuida de uma *ação coletiva*, assim entendida aquela que é proposta por ente coletivo para tutela de interesse ou direito igualmente coletivo.

Entendimento diverso é esposado pela professora Susana Henriques da Costa³⁸ ao afirmar que:

Primeiramente, cabe lembrar que a demanda de improbidade tutela interesses gerais da sociedade, quais sejam, o erário e a probidade administrativa. Em nenhum momento será veiculado, por via dessa espécie de demanda, algum interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo da sociedade.

Os interesses gerais, como visto no início desse capítulo, apesar de possuírem a nota da metaindividualidade, não trazem qualquer benefício ou prejuízo direto e de fruição imediata aos membros da comunidade a que pertencem. A sentença de procedência da demanda de improbidade, nesse sentido, não atinge diretamente a esfera de direitos de nenhum terceiro, alheio ao processo. Assim,

37 BUENO, Cassio Scarpinella e PORTO FILHO, Pedro Paulo Rezende (Org.). *Improbidade Administrativa. Questões Polêmicas e atuais*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 221.

38 COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: ação de improbidade administrativa, ação civil pública e ação popular*, São Paulo: Quartier Latin, p. 305, 2009.

como não há a incidência de efeitos da sentença sobre terceiros, não há necessidade da extensão subjetiva dos limites da coisa julgada.

Os terceiros estão sujeitos à tradicional eficácia da sentença que, como ato estatal, a todos subordina. Contudo, a autoridade da coisa julgada somente dirá respeito às partes e qualquer pessoa alheia ao processo poderá vir a rediscutir a matéria nele decidida. Nesse sentido, andou bem o legislador ao não disciplinar de forma diferente os limites da coisa julgada nas ações de improbidade, pois não há efeitos diretos da sentença sobre a esfera jurídica de terceiros a serem imunizados pela extensão *erga omnes* da sua autoridade³⁹.

Ousamos discordar da professora Susana Henriques da Costa. Mesmo classificando o patrimônio público como um interesse geral, gênero do interesse público, diverso dos interesses difusos ou coletivos, a realidade é que a defesa de um interesse geral também implica em um benefício/prejuízo por parte dos membros da coletividade.

Argumenta a autora que a polícia, ao prender uma quadrilha de seqüestradores, somente beneficia o refém mantido em cativeiro, e que mais nenhum outro membro da coletividade é diretamente beneficiado pela conduta estatal, em que pese o fato de o interesse geral à segurança pública ser satisfeito.

Somos de opinião contrária. Tanto a permanência em determinado município de uma fábrica poluidora da nascente de um rio prejudica diretamente a todos aqueles que se abasteçam de suas águas, quanto a atuação de uma corja de bandidos nesse mesmo município prejudica diretamente a todos aqueles que necessitam transitar pelas ruas desta municipalidade. Não é o fato de existir apenas uma pessoa concretamente ofendida (um único refém) que outras não possam ser atingidas.

Se a segurança pública é um interesse geral, a saúde pública também o é; então, como é possível defender que a interdição da fábrica atende a um interesse difuso e a prisão da quadrilha atende a um interesse geral?

39 Sobrane rebate esse pensamento com a seguinte proposição: A mesma situação ocorre com a autoridade da coisa julgada que se forma em ação civil pública cujo objeto é o reflorestamento de determinada área. Forma-se *erga omnes*, beneficiando a todos os membros da coletividade, embora possa não repercutir diretamente na esfera dos interesses individuais dos componentes do corpo social, os quais, mesmo assim, são beneficiados indiretamente com a repercussão ambiental. (SOBRANE, Sérgio Turra. Improbidade Administrativa: Aspectos Materiais, Dimensão Difusa e Coisa Julgada, São Paulo: Atlas, 2010, p. 260).

Outrossim, a doutrina maciçamente classifica a probidade administrativa como interesse ou direito difuso. Nesse sentido Sobrane⁴⁰:

O princípio da probidade administrativa ostenta natureza difusa, já que compreende o conjunto de valores legais, morais e éticos que o ordenamento exige de todo e qualquer agente público, sendo de interesse de toda sociedade, cuja ofensa atinge a todos os cidadãos indeterminadamente e possui objeto incindível. [...]

Esses elementos são suficientes para classificar a *probidade administrativa* como interesse ou direito difuso que, se violado, deverá ser restabelecido por meio da declaração de invalidade do ato ímprobo praticado (se o caso) e da aplicação das sanções cominadas pela Lei de Improbidade Administrativa, incluída a reparação do dano ao Erário, expressão econômica do patrimônio público que deve ser preservado em prol de toda a coletividade.

Por conseguinte, a demanda que veicula tais pretensões possui natureza coletiva, como afirmado majoritariamente pela doutrina, o que exsurge não só pela pretensão consubstanciada pela causa de pedir e pelo pedido, mas também pela natureza do próprio direito material, conforme visão de José Roberto dos Santos Bedaque. Essa constatação, por si só, leva à conclusão inarredável de que à *ação de improbidade administrativa* devem ser aplicadas as regras do microsistema do processo coletivo.

Portanto, naquilo em que a Lei de Improbidade Administrativa não regulou em termos processuais ou procedimentais, incidem os comandos normativos do microsistema do processo coletivo, formado pela conjugação dos preceitos da Lei da Ação Popular; da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor e, apenas de forma subsidiária, serão acionadas as regras comuns do processo civil individual.

4.3 REGIME DA COISA JULGADA APLICÁVEL À AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

Contextualizada a ação de improbidade como uma espécie de ação coletiva⁴¹, configura-se plenamente aplicável o Código de Defesa

40 SOBRANE, op. cit., p. 255.

41 Conforme exposto pelo Superior Tribunal de Justiça: Ação de improbidade administrativa é ação com assento constitucional (art. 37, § 4º) destinada a tutelar interesses superiores da comunidade e da

do Consumidor e o art. 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985⁴², pelos motivos elencados por Garcia e Alves⁴³:

E o art. 16 em comento é aplicável ao campo da ação civil por improbidade administrativa: a) uma, em razão da natureza difusa da tutela do patrimônio público (art. 129, III, da Constituição Federal), premissa fundamental à incidência da “técnica de tutela processual” concebida pela Lei nº 7.347/85; b) a duas, em razão da inexistência de qualquer disciplina a esse respeito na Lei nº 8.429/92, o que chama a incidência supletiva das regras da Lei da Ação Civil Pública e da própria Lei da Ação Popular; c) a três, em razão da conveniência da adoção da técnica da coisa julgada *secundum eventus litis e in utilibus*, única capaz de potencializar a tutela do patrimônio público, evitando que demandas intencionalmente mal propostas pelos substitutos processuais acabem por aviltar os escopos perseguidos pelo legislador constituinte e pela própria Lei nº 8.429/92.

Calha, então, ventilar as implicações que a aplicação do regime da coisa julgada coletiva revela nos caso procedência ou improcedência, com ou sem insuficiência de provas, do pedido.

4.3.1 PROCEDÊNCIA DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

A sentença de procedência na ação de improbidade administrativa fará coisa julgada *erga omnes*, indicando-se que a autoridade da coisa julgada atinge todos os membros da coletividade, indistintamente, apenas para beneficiá-los.

Nesse caso, a extensão subjetiva da coisa julgada atinge o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada, ainda que essa não tenha integrado a relação processual, impedindo que se renove a demanda pelos mesmos fundamentos.

cidadania. Embora com elas não se confunda, assemelha-se, sob esse aspecto finalístico, à ação popular (CF, art. 5º, LXXIII, e Lei nº 4.717/65), à ação civil pública destinada a tutelar o patrimônio público e social (CF, art. 129, III, e Lei nº 7.347/85, art. 1º) e, em face do seu caráter repressivo, à própria ação penal pública. (STJ, REsp. nº 577.804-RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Repro 146/215).

42 Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

43 GARCIAL E ALVES, op. cit., p. 798.

Observe-se, contudo, o § 2º do art. 17 da LIA, que permite que a Fazenda Pública promova as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público.

Dessa forma, havendo a demonstração de que houve um dano suportado pela pessoa jurídica, mas que a condenação foi inferior ao *quantum* efetivamente suportado pela Fazenda Pública, essa pode valer-se do julgado para complementação do ressarcimento, ainda que tenha sido a própria Fazenda parte na demanda.

Delinea-se, nesse caso, a coisa julgada *secundum eventum probationis*, conforme ensina Sobrane⁴⁴:

Por conseguinte, quando a própria Fazenda Pública integrou a relação processual e, mesmo assim, o ressarcimento foi inferior ao que depois foi apurado, delinea-se a formação de coisa julgada *secundum eventum probationis*, ou seja, evidenciados novos elementos probatórios não considerados na ação de improbidade administrativa que permitam a aferição de prejuízo maior, estará a Fazenda Pública legitimada a promover a ação necessária à complementação do ressarcimento, sem necessidade, também nesse caso, de discussão a respeito da obrigação de indenizar, que já foi objeto de cognição exauriente na ação de improbidade administrativa.

4.3.2 IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

A improcedência pode ocorrer com exaurimento de cognição se, sendo julgado o mérito, todo o conteúdo probatório for avaliado; ou, ainda, por insuficiência de provas.

No caso de improcedência com exaurimento de cognição, a coisa julgada vinculará todos os legitimados, muito embora não cause qualquer prejuízo aos eventuais interessados, conforme o § 1º do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor.

No caso de improcedência por insuficiência de provas não haverá a formação da coisa julgada e os legitimados de posse de nova prova poderão propor nova demanda. Sobrane⁴⁵ elenca as seguintes possibilidades que podem gerar a necessidade de nova prova:

44 SOBRANE, op. cit., p. 260.

45 SOBRANE, op. cit., p. 262.

- a) A existência da conduta ímproba;
- b) À autoria do ato de improbidade administrativa;
- c) O concurso ou participação do agente público ou de quem com ele praticou o ato impugnado;
- d) O elemento subjetivo necessário à caracterização do ato de improbidade;
- e) O nexo causal ou a qualquer outra situação fática que exija demonstração e que, em não sendo feita, acarreta o *non liquet*.

De toda sorte, os efeitos da coisa julgada não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe, e, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução.

4.4 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS DIVERGENTES SOBRE O REGIME DA COISA JULGADA NA LIA.

Bueno e Porto Filho⁴⁶ defendem que o importante para definir o regime da coisa julgada que deverá ser adotado é saber quem é o titular do direito deduzido em juízo:

Observações semelhantes podem ser feitas a respeito da coisa julgada na ação civil de improbidade administrativa. Num primeiro momento devem ser aplicadas as regras previstas no Código de Processo Civil para a solução das lides individuais, e, uma vez havendo incompatibilidades, de forma subsidiária se deve, então, aplicar o sistema da coisa julgada tal qual descrita no Código de Defesa do Consumidor. O importante, obviamente, é que a coisa julgada reflita diretamente no titular do direito deduzido em juízo. Se a demanda de improbidade envolve prejuízos ocasionados a um banco estadual ou mesmo uma empresa de economia mista estadual, eles é que serão atingidos pela autoridade da coisa julgada. Se, todavia, se tratar de direito difuso, certamente não se poderá dar o mesmo tratamento.

Não é bem assim, pois no processo coletivo adquire relevância a distinção entre parte no sentido processual e parte no sentido material. O titular do direito (parte em sentido material) pode não ser

⁴⁶ BUENO e PORTO FILHO, op. cit., p. 228.

quem o deduza em juízo (parte em sentido processual). O Ministério Público e a pessoa jurídica interessada são os únicos legitimados extraordinariamente pelo art. 17 da LIA, muito embora não sejam eles os titulares do direito.

Garcia e Alves⁴⁷ explicam que:

Também aqui, como já exposto, a hipótese será de legitimação extraordinária, agindo a pessoa jurídica de direito público como substituto processual uma vez que embora defenda interesse próprio na preservação de seu patrimônio atuará, precipuamente, na defesa de um interesse primário (a tutela do erário), do qual é detentora toda a coletividade. Haveria, nessa hipótese, uma substituição processual *sui generis*, na qual o autor pleiteia em nome próprio um direito próprio e também alheio, ao mesmo tempo.

Para Susana Henriques da Costa⁴⁸ na ação de improbidade administrativa aplica-se a regra geral prevista no Código de Processo Civil. Nas suas palavras:

Diante de todo o até aqui exposto, o que se conclui é que, à ação de improbidade administrativa aplica-se a regra geral prevista no Código de Processo Civil. Não há que se falar, nessa espécie de demanda, em ampliação dos limites subjetivos da coisa julgada, sequer de coisa julgada *secundum eventus litis e secundum probationem*. Assim, após o esgotamento das vias recursais, a sentença de improbidade fará coisa julgada formal. Caso essa sentença seja de mérito, fará também coisa julgada material, o que implica imutabilidade do quanto decidido, bem como dos efeitos que a decisão vier a projetar para fora do processo. A imunização da sentença e de seus efeitos, por seu turno, independe do resultado do processo e, portanto, incidirá ainda que se trate de improcedência por falta de provas.

Pondera a autora que na ação de improbidade estão em jogo duas espécies de interesses - coletivo e individual - na qual são orquestrados pedidos sancionatórios e de ressarcimento, e que a utilização indiscriminada das técnicas da coisa julgada *secundum eventus litis e secundum eventus probationem* pode gerar alguns problemas jurídicos, tal como deixar o indivíduo a mercê da possibilidade de reiteração de demandas que podem vir a afetar sua esfera de liberdades:

47 GARCIA e ALVES, op. cit., p. 619.

48 COSTA, op. cit., p. 308.

A equação, nos casos das ações de improbidade administrativa, é outra. Estão em debate duas espécies de interesses distintos (coletivos x individuais) que, entretanto, possuem em comum o alto grau de importância que lhes é reconhecido pelo ordenamento jurídico como um todo. Não se legitima, portanto, nas ações de improbidade administrativa, a adoção da técnica da coisa julgada *secundum eventum litis e secundum eventum probationem*. Concluir de forma diversa é deixar o indivíduo à mercê de possibilidade de reiteração de demandas que possam vir a atentar contra a sua esfera de liberdades. Tal prática se mostra injustificável dentro da noção de Estado de Direito e de limitação do poder estatal em face do indivíduo⁴⁹.

Pensamento antagônico é apontado pelos professores Didier e Zaneti Jr.⁵⁰ no seguinte sentido:

Note, contudo, que o argumento em sentido contrário também é viável, já que a Lei de Improbidade Administrativa faz remissão expressa à Lei de Ação Civil Pública, que, como vimos, tem norma clara quanto a coisa julgada *secundum eventus probationis* (art. 18). Por outro lado, admitimos, por exposto mandamento constitucional, a imprescritibilidade de certos crimes, ou seja, a segurança do indivíduo pode ceder espaço ao valor do interesse público, tudo devidamente sopesado na ponderação constitucional dos princípios antagônicos. A questão ainda não está encerrada.

Didier e Zaneti Jr.⁵¹ levantam a seguinte alternativa:

Muito embora o STF já tenha pacificado que a ação de improbidade administrativa é uma ação de natureza civil, nesse caso, para o fim da aplicação da garantia constitucional do devido processo legal e da segurança jurídica, em função da gravidade das consequências não só na esfera dos direitos subjetivos do indivíduo, mas também no âmbito público (perda do cargo, suspensão dos direitos políticos, proibição de contratar com Poder Público), com relação ao primeiro pedido, a ação de improbidade administrativa merece uma disciplina própria, porquanto o objetivo seja a aplicação de uma sanção civil à prática de um ilícito. Trata-se de demanda com alto teor sancionatório. Em relação a essa parte do objeto litigioso do

49 COSTA. op. cit., p. 308.

50 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*, Processo Coletivo, vol. 4, 4. ed., Salvador: JusPodivm, 2009, p. 364.

51 Ibid., p. 365.

processo, parece mais adequado, realmente, seguir o regime jurídico da coisa julgada comum: quaisquer decisão de mérito, favorável ou não à pretensão do autor, está apta a tornar-se indiscutível pela coisa julgada material. Realmente, não seria razoável admitir que se pudesse renovar a demanda pela aplicação de sanções ao ato de improbidade, no caso de a primeira demanda haver sido rejeitada por insuficiência de provas.

[...]

Sucedo que, em relação ao capítulo indenizatória (*sic*) do objeto litigioso do processo de improbidade, parece mais adequado aplicar a regra geral do microsistema da tutela coletiva, pois, nesse caso, nada há na ação de improbidade que a distinga de outras ações coletivas ressarcitórias. O pensamento é fortalecido com a regra constitucional que torna imprescritível a pretensão ressarcitória decorrente de atos de improbidade, já examinada no capítulo sobre os aspectos gerais da tutela coletiva, neste volume do *Curso*.

Zavascki⁵² filia-se ao pensamento de Didier. Para ele, a utilização mista da coisa julgada deve ocorrer em função da dupla-face da ação de improbidade administrativa, ou seja, com relação à pretensão repressivo-reparatória (ressarcir ao erário) aplica-se o regime da coisa julgada coletiva, e com relação à pretensão repressivo-punitiva (aplicar sanções) aplica-se o regime da coisa julgada comum. Confira-se:

A semelhança da ação de improbidade administrativa com a ação civil pública e com a ação popular, no que se refere à pretensão de reparar danos causados ao erário determinam, no particular, a aplicação analógica de regras que regulamentam essas ações. É assim, conforme já acentuado, no que diz respeito ao regime da coisa julgada, que será *erga omnes*, mas *secundum eventum litis*, não produzindo tal eficácia se for julgada improcedente por deficiência de prova. [...] Quanto à coisa julgada, o regime aplicável, no que se refere a aplicação de penalidades, é o comum do processo civil: as sentenças terminativas (as que extinguem o processo sem julgar o mérito) operam apenas o feito preclusivo próprio da coisa julgada forma, e as sentenças definitivas (as que apreciam o mérito) assumem a imutabilidade característica da coisa julgada material, prevista no artigo 467 do Código de Processo Civil.

52 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 103-131.

Em que pese a autoridade dos citados doutrinadores, somos contrários a esse entendimento, em primeiro lugar porque, retomando as lições do Ministro José Augusto Delgado⁵³, acreditamos ser a moralidade superior a qualquer coisa julgada, devendo esta ser relativizada quando ameaçar tão caro princípio.

A relativização da coisa julgada, muito embora assombre parte considerável da doutrina especializada, é matéria de justiça⁵⁴. Não é possível conviver com inverdades eternas ou contrariar as leis da natureza sob o pálio de que uma criação do espírito humano lhes seja mais valiosa.

Dinamarco⁵⁵ nos concede prestigiosa lição ao concluir que “a ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios”. Esse mesmo processualista reconhece que diante de valores constitucionais relevantes, como a moralidade, a coisa julgada não se formará quando essa “força” impedir que a sentença produza seus efeitos substanciais⁵⁶.

A premissa conceitual e sistemática é esta: a impossibilidade jurídica dos efeitos substanciais programados pela sentença impede a formação da coisa julgada material porque essa é uma autoridade incidente sobre efeitos e não pode incidir quando não houver efeito algum que se possa produzir. Passemos agora à busca dos critérios

53 Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais - texto básico da palestra proferida no dia 20 dezembro de 2.000 no I Simpósio de Direito Público da Advocacia-Geral da União-5ª Região-Fortaleza-CE, promovido pelo Centro de Estudos Victor Nunes Leal, p. 2-3.

54 Marinoni parece desconhecer essa realidade e afirma que: “As teses da ‘relativização’ não fornecem qualquer resposta para o problema da correção da decisão que substituiria a decisão qualificada pela coisa julgada. Admitir que o Estado-Juiz errou no julgamento que se cristalizou implica em aceitar que o Estado-Juiz pode errar novamente, quando a idéia de ‘relativizar’ a coisa julgada não traria qualquer benefício ou situação de justiça. As soluções apresentadas são por demais simplistas para merecerem guarida, principalmente no atual estágio de desenvolvimento da ciência do Direito e na absoluta ausência de uma fórmula racionalmente justificável que faça prevalecer, em todos os casos, determinada teoria da justiça. Com um apelo quase que sensacionalista, pretende-se fazer crer que os juristas nunca se preocuparam com a justiça das decisões jurisdicionais, ao mesmo tempo em que se procura ocultar que o problema sempre foi alvo de reflexão”. E continua o autor: “A ‘tese da relativização’ contrapõe a coisa julgada material ao valor justiça, mas surpreendentemente não diz o que se entende por ‘justiça’ e sequer busca amparo em uma das modernas contribuições da filosofia do direito sobre o tema. Aparentemente parte de uma noção de justiça como senso comum, capaz de ser descoberto por qualquer cidadão médio (l'uomo della strada), o que a torna imprestável ao seu propósito, por sofrer de evidente inconsistência, nos termos a que se refere CANARIS”. (MARINONI e ARENHART, op. cit., p. 680).

55 DINAMARCO, Cândido Rangel, Relativizar a coisa julgada material, *Revista Forense*, v.97, n.358, p. 32.

56 Disponível em: <<http://www.leonildocorrea.adv.br/cursos/dina1.htm>>. Acessado em: 7 de junho de 2010.

para determinar, com utilidade para a tomada de posição em relação ao caso, quais são essas forças capazes de impedir que a sentença produza os efeitos programados. Ponhamos nossas atenções na garantia constitucional da justa indenização e no princípio da moralidade administrativa, que também é constitucionalmente consagrado.

[...]

Ao discorrer sobre a justiça igualitária, corretiva ou sinalagmática, o jurista filósofo Luís Recaséns Siches põe em destaque o princípio de igualdade inerente a ela e realça particularmente a equivalência entre o que se dá e o que se recebe. Depois, remontando à *æquitas romana*, lembra o *suum cuique tribuere* como imperativo da equidade e da justiça.

Essa comutatividade, sem a qual não há justiça, é reforçada, na ordem constitucional brasileira, pela solene afirmação da moralidade administrativa como valor a ser objeto de muita atenção pelo Estado, por seus governantes, por seus cidadãos e por seus juizes (Const., art. 5º, inc. LXXIII).

Hely Lopes Meirelles, que há muito vinha expondo idéias sobre a moralidade administrativa, mostrou que ela não coincide com a moral comum mas resolve-se na fidelidade às normas inerentes à Administração Pública. Invocando Hauriou, diz que o administrador, “ao atuar, não terá de 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”. Ele “não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta”.

Depois, a profa. Odete Medauar, procurando sair do vago e do impreciso, mostrou as dificuldades antepostas ao correto entendimento da locução moralidade administrativa e com muita agudeza de espírito veio a propor a contraposição entre moralidade e improbidade, dizendo incisivamente: “a improbidade administrativa tem um sentido forte de conduta que lese o erário público, que importe enriquecimento ilícito ou proveito próprio ou de outrem no exercício de mandato, cargo, função, emprego público”. A prestigiosa professora paulista invoca as disposições com que a Constituição Federal cuida da improbidade administrativa (art. 37, § 4º e art. 85, inc. V) e vai à Lei da Improbidade Administrativa,

que, entre outras disposições, tipifica condutas criminosas de improbidade (lei n. 8.429, de 2.6.92).

É ingenuidade acreditar que os conceitos são imutáveis. A coisa julgada como fruto da cultura humana não é absoluta e não tem a função de tornar os fatos que reconhece como verdadeiros, tampouco perenizar imoralidades. Aceitar como intocável uma realidade, ainda que diante de prova nova irrefutável, é conferir maior importância ao meio do que ao fim.

Mazzilli⁵⁷ dissertando acerca das peculiaridades da coisa julgada coletiva, assevera que, nos casos em que estejam em jogo direitos fundamentais da pessoa ou da humanidade, é necessário que a jurisprudência mitigue ainda mais a coisa julgada:

Entre as peculiaridades da coisa julgada coletiva, a primeira delas está, naturalmente, na extensão da imutabilidade do *decisum* para além das partes formais do processo. Talvez se quisesse questionar a própria constitucionalidade da coisa julgada que se forma em matéria de interesses transindividuais, sem que os titulares do direito material participem diretamente do processo. Essa objeção, porém, não nos pareceria pertinente, se é a própria Constituição que admite por expresso a existência das ações civis públicas, coletivas e ações populares, e até legitima o Ministério Público, alguns entes e algumas entidades para a defesa de interesses difusos e coletivos, como é o caso dos interesses de grupos, classes ou categorias de pessoas; assim, é evidente que a própria lei Maior está a querer que a decisão da lide aproveite a todo o grupo lesado, uma vez que essa extensão é a própria razão de ser das ações de índole coletiva. De sua parte, procurando dar eficácia ao mandamento constitucional, a lei ordinária estendeu a imutabilidade dos efeitos da coisa julgada a todo o grupo de lesados, mas apenas *in utilibus*, ou seja, a extensão da coisa julgada somente ocorrerá quando em benefício de vítimas ou sucessores, mas nunca em prejuízo de lesados individuais que não tenham intervindo no processo coletivo. Quanto ao lesado individual a lei ordinária ao menos assegura a possibilidade de sua participação nas ações coletivas, caso ele requeira a suspensão de seu processo individual; uma vez suspenso o processo individual, abre-se ao lesado a opção de habilitar-se ou não no processo coletivo, mas habilitando-se, ele se sujeitará ao que vier a ser decidido neste feito.

57 MAZZILLI, op. cit., p. 573.

A segunda das peculiaridades da coisa julgada coletiva consiste na própria natureza dos interesses transindividuais, alguns dos quais se inserem na categoria dos direitos fundamentais da humanidade, como é o caso do meio ambiente.

Justamente em razão dessas peculiaridades na defesa dos interesses transindividuais, já vimos que o próprio legislador atenuou o rigor da coisa julgada, ao admitir que a imutabilidade do *decisum* não cobre as impropriedades por falta de provas. Entretanto, a nosso ver, a par dessa exceção legal expressa, em alguns outros casos em que envolvam direitos fundamentais da pessoa ou da humanidade, também nos parece imperioso que a jurisprudência mitigue ainda mais a coisa julgada formada quer em processos individuais, quer em processos coletivos.

A coisa julgada não pode fazer reto aquilo que é torto, nem pode tornar branco o que é preto. Tampouco cria laços de sangue onde não há. Seu efeito recai sobre relações jurídicas e não sobre fatos. Diante de prova nova que evidencie uma nova situação fática, não há de se acobertar condutas ímprobas⁵⁸.

58 Infelizmente parece que o Supremo Tribunal Federal ainda perfilha o entendimento da coisa julgada como valor absoluto. Nesse sentido, confira-se recente acórdão da lavra do eminente Ministro Celso de Mello:

EMENTA: COISA JULGADA EM SENTIDO MATERIAL. INDISCUTIBILIDADE, IMUTABILIDADE E COERCIBILIDADE: ATRIBUTOS ESPECIAIS QUE QUALIFICAM OS EFEITOS RESULTANTES DO COMANDO SENTENCIAL. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL QUE AMPARA E PRESERVA A AUTORIDADE DA COISA JULGADA. EXIGÊNCIA DE CERTEZA E DE SEGURANÇA JURÍDICAS. VALORES FUNDAMENTAIS INERENTES AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. EFICÁCIA PRECLUSIVA DA “RES JUDICATA”. “TANTUM JUDICATUM QUANTUM DISPUTATUM VEL DISPUTARI DEBEBAT”. CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE DE REDISSCUSSÃO DE CONTROVÉRSIA JÁ APRECIADA EM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, AINDA QUE PROFERIDA EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A QUESTÃO DO ALCANCE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC. MAGISTÉRIO DA DOUTRINA. RE CONHECIDO, PORÉM IMPROVIDO. - A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei, pois, com o exaurimento de referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em RE 594.350 / RS 2 sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade. - A decisão do Supremo Tribunal Federal que haja declarado inconstitucional determinado diploma legislativo em que se apóie o título judicial, ainda que impregnada de eficácia “ex tunc”, como sucede com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (RTJ 87/758 – RTJ 164/506-509 – RTJ 201/765), detém-se ante a autoridade da coisa julgada, que traduz, nesse contexto, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, “in abstracto”, da Suprema Corte. Doutrina. Precedentes. (RECURSO EXTRAORDINÁRIO 594.350 RIO GRANDE DO SUL).

O segundo aspecto que nos afasta da posição defendida por Zavascki e Didier sobre a possibilidade de aplicar à pretensão repressivo-reparatória (ressarcir ao erário) o regime da coisa julgada coletiva e aplicar à pretensão repressivo-punitiva (sanções) o regime da coisa julgada comum reside na irrazoabilidade de se considerar apenas em parte a nova prova obtida, fazendo com que ela sirva apenas para “parte” do novo julgamento.

Nesse sentido, imaginemos a hipótese de um agente público ser acusado de fraudar um procedimento licitatório, com o Ministério Público requerendo a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio, além da suspensão dos direitos políticos. Suponhamos que a sentença declare a improcedência da ação por insuficiência de provas e que, ato seguinte, o MP consiga prova nova robusta de que realmente o agente público fraudou a licitação e obteve vantagem econômica ilícita. De acordo com a linha de pensamento exposta por Zavascki e Didier, o juiz estaria impedido de determinar a suspensão dos direitos políticos do réu, muito embora restasse cabalmente demonstrado no novo julgamento sua atuação dolosa e danosa contra o erário, restando-lhe unicamente condená-lo a ressarcir a Fazenda Pública. Essa situação, evidentemente, nos afiguraria inconcebível.

Sobrane⁵⁹ ainda discorre sobre outro argumento ao qual aderimos por entender que, em se tratando de ação de improbidade administrativa, somente incide o regime da coisa julgada coletiva:

A discordância incide exatamente no ponto em que se conclui pela aplicação do regime da coisa julgada individual quanto ao aspecto *repressivo-punitivo* da ação de improbidade administrativa, pois não se concebe a possibilidade de aplicação simultânea de regimes diversos de coisa julgada, de maneira a permitir-se a secção de sua autoridade, incidindo um dos regimes sobre determinado aspecto da demanda, enquanto outro ponto é regulado por regime diverso, o que remete à conclusão de que a ação de improbidade administrativa é a um só tempo demanda coletiva e individual.

A *ação de improbidade administrativa*, como já salientado, tem por objeto a proteção do princípio da probidade administrativa que se qualifica como difuso e de interesse de toda a coletividade, estando nele incluída não só a questão relativa à preservação de sua expressão econômica (erário), mas o sancionamento da

59 SOBRANE, op. cit., p. 258.

conduta do agente que desvirtua do padrão de comportamento legal, moral e ético.

O aspecto repressivo da demanda, voltado para o sancinamento dos valores acima indicados, não é incomum a outras demandas coletivas. A diferença é que numa *ação ambiental*, por exemplo, o seu conteúdo condenatório, também repressivo, incidirá na erradicação do dano ao meio ambiente e no seu ressarcimento por parte do agente degradador, resultando em conseqüências de ordem econômica, enquanto na *ação de improbidade administrativa*, além da reparação ao dano provocado pelo agente público ao erário, o comando emergente da sentença será portador de sanções de natureza personalíssima (*v.g.*, suspensão dos direitos políticos, perda da função pública etc.), o que não a caracteriza como ação individual.

Desse modo, não há que se falar em aplicação de regimes distintos da coisa julgada, pois a ação de improbidade administrativa é ação coletiva plena, a qual tem por objetivo o resguardo de interesse difuso, o qual repercute diretamente na esfera dos interesses individuais dos componentes do corpo social.

5 CONCLUSÃO

Em matéria de probidade administrativa não há que se tergiversar, pois o agente público, mais do que ser honesto, tem que parecer honesto. A probidade, como uma moralidade administrativa qualificada, adquiriu *status* constitucional, elevada que foi, pela Constituição de 1988, a princípio da Administração Pública.

A Lei nº 8.429/92 trouxe um valoroso instrumento na defesa da probidade na Administração Pública, impondo severas sanções a todos aqueles que praticarem atos que importem em enriquecimento ilícito, mediante a obtenção de qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego; que causem lesão ao erário, mediante qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens; ou atentem contra os princípios administrativos, mediante qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

A coisa julgada é um dos temas mais interessantes no processo civil. Contudo, não se pode deixar que uma visão passional do tema

acabe por tornar um instituto fruto da cultura humana mais importante do que o valor universal de Justiça. A relativização da coisa julgada é medida que se impõe para o resguardo da segurança jurídica e, com muito maior razão, se faz necessária quando estão em jogo interesses transindividuais como a probidade administrativa.

A ação de improbidade administrativa é uma ação coletiva autônoma, espécie de ação civil pública, que tem rito próprio traçado na Lei nº 8.429/92, cuja legitimidade pertence ao Ministério Público ou à pessoa jurídica interessada, podendo trazer em seu bojo pedidos sancionatórios ao agente ímprobo e de ressarcimento ao erário.

Mesmo sendo apta ao manejo de pedidos tão diversos, não há que se falar em aplicação de regimes diversos da coisa julgada, pois, em se tratando de ação de improbidade somente se aplica o regime da coisa julgada coletiva.

Dessa forma, aplica-se nas ações de improbidade administrativa o mesmo regime da coisa julgada que incide sobre o microsistema coletivo, sendo que a procedência ou a improcedência do pedido por qualquer motivo que não seja a falta de provas faz coisa julgada *erga omnes*. Se a improcedência for por falta de provas, não haverá coisa julgada material.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Roberto Carlos. *Coisa Julgada nas ações civis públicas: Direitos Humanos e Garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo Rezende. *Improbidade Administrativa. Questões Polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa : ação de improbidade administrativa, ação civil pública e ação popular*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil, Teoria da prova, Direito probatório, Teoria do precedente, Decisão judicial, Coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. vol. 2. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

_____. *Curso de Direito Processual Civil, Processo Coletivo*, vol. 4. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel, Relativizar a coisa julgada material. *Revista Forense*, v. 97, n.358.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

GARCIA, Emerson; ALVES Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES JR., Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*, 2. ed. São Paulo: SRS, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2. ed. São Paulo: 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos Interesses difusos em juízo*. 21. ed São Paulo: Saraiva, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*, 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Cláudio Ari. Improbidade administrativa - considerações sobre a Lei 8.429/92, *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, n. 36. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Direito Aplicado II – Pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Considerações sobre a chamada “Relativização” da Coisa Julgada Material. In *Temas de Direito Processual* – 9. série. São Paulo: Saraiva, 2007.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto, *Curso de Direito do Consumidor: com exercícios*. São Paulo: Saraiva, 2004.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de*

responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Crimes de Responsabilidade Fiscal: Atos de Improbidade Administrativa por violação da LRF*. São Paulo: Atlas, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Sentença e Coisa Julgada*, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SOBRANE, Sérgio Turra. *Improbidade Administrativa: Aspectos Materiais, Dimensão Difusa e Coisa Julgada*, São Paulo: Atlas, 2010, p. 260

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

COLABORAÇÃO NA CONCRETIZAÇÃO DA DECISÃO DA CAUSA

COLLABORATION IN THE ENFORCEMENT OF THE JUDICIAL DECISION

Lívio Goellner Goron

*Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Especialista em Direito Público.
Procurador da Fazenda Nacional.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Tutela nos planos material e processual; 1.1 Considerações sobre a relação entre direito material e tutela processual; 1.1.1 Primeiro modelo: a “ação de direito material” como pólo metodológico; 1.1.2 Segundo modelo: a “tutela” como pólo metodológico e a autonomia dos valores do processo; 1.2 Tutelas jurídicas no plano do direito material; 1.3 Tutelas jurídicas no plano do direito processual; 2 A atividade de concretização da

decisão da causa; 2.1 A “pessoalização” dos direitos, a universalização da sentença condenatória e sua superação; 2.2 Decisões auto-suficientes e não-auto-suficientes; 2.3 A atividade material do juízo: sua “jurisdicionalização” e “constitucionalização”; 3 Colaboração na concretização da decisão da causa; 3.1 Escopo da colaboração no âmbito da atividade material do juízo; 3.2 Colaboração na efetivação da tutela mandamental; 3.3 Colaboração na efetivação da tutela executiva *lato sensu*; 3.4 Colaboração na efetivação da tutela executiva *stricto sensu*; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: A relação entre direito e processo é justificada a partir de diferentes posturas metodológicas, cada qual com sua ênfase específica, como as da *ação material* e da *tutela material*. A tutela material representa, na atualidade, o pólo metodológico mais adequado para explicitar esse vínculo. Embora inegável a influência do direito material sobre o processo, a escolha da tutela processual também é definida por valores processuais. Superada a generalização da tutela processual condenatória, está reconhecida pela doutrina a autonomia das tutelas mandamental e executiva *lato sensu*. A atividade jurisdicional/material do juízo está plenamente constitucionalizada, recebendo um forte sentido cooperativo, que ilumina o impulso dos atos materiais e o controle da correção e da legitimidade da atividade jurisdicional. Essa concepção acarreta exigências específicas de colaboração das partes na efetivação das tutelas mandamental, executiva *lato sensu* e executiva *stricto sensu*.

PALAVRAS-CHAVE: Ação de direito material. Tutela material. Tutela processual. Pessoalização dos direitos. Concretização da decisão. Colaboração no processo. Processo cooperativo.

ABSTRACT: The relation between substantive law and process is explained from different metodological points of view. Each has its own emphasis, such as the “action in the substantive law” and the “substantive protection” The ideia of a “substantive protection” represents the most appropriate metodological point of view to explain such relation. Although the influence of the substantive law in the judicial process is undebiable, the choice of the form of procedural protection is also defined by procedural values. Process Law has overcome the universalization of condemnatory judicial decisions (*condemnatio*) and recognized the

autonomy of injunctive and executive (*lato sensu*) decisions. The jurisdictional/material activity of the courts is entirely submitted to the Constitution, as has therefore assumed a strong cooperative sense, which illuminates the practice of material acts and the control of their correction and legitimacy. This requires the specific collaboration of the parties in the enforcement of injunctive and executive (*lato sensu* and *stricto sensu*) decisions.

KEYWORDS: Action in the substantive law. Substantive protection. Procedural protection. Personalization of rights. Enforcement of the decision. Collaboration in the judicial process. Cooperative process.

INTRODUÇÃO

A idéia de uma concepção cooperativa do processo civil – tema que começa a inspirar relevante produção científica na doutrina brasileira¹ – suscita um olhar renovado sobre os institutos processuais, um ponto de vista que considere os aportes teóricos da fase metodológica atual da ciência processual. O presente artigo pretende dar conta de alguns aspectos da *cooperação na concretização da decisão da causa*, isto é, na atividade material que se segue, *ex intervallo*, aos provimentos mandamentais e executivos (*lato sensu*), e, em fase subsequente do processo, às decisões condenatórias. Para tanto, serão inicialmente dispostas noções sobre a relação entre direito material e tutela processual, expondo-se dois modelos teóricos distintos que pretendem iluminar essa vinculação (centrados, respectivamente, nos núcleos da “ação material” e da “tutela”). A seguir, serão examinadas, sucintamente, as existentes formas de tutela material e processual, e explicitado o persistente fenômeno da universalização das sentenças condenatórias, que denota compromisso com alguns pressupostos ideológicos largamente superados.

Estabelecidas essas premissas, tratar-se-á da atividade material propriamente dita da concretização da decisão da causa, apontando sua relação com o *modelo constitucional do processo civil* e abordando as formas de tutela que implicam na prática de atos materiais. O objeto é investigar as consequências de uma visão cooperativa de tal atividade – tanto no que respeita à *efetividade* da tutela dispensada no processo, como no que se refere ao controle da *legítima atuação* do órgão judiciário.

1 Indica-se, por todas, a obra de Daniel Mitidiero – *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 –, que, a par do exame aprofundado da cooperação em todo o procedimento processual civil, apóia-se em farta bibliografia sobre o tema.

1 TUTELA NO PLANOS MATERIAL E PROCESSUAL

1.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A RELAÇÃO ENTRE DIREITO MATERIAL E TUTELA PROCESSUAL

Se a escola processual italiana do início do século XX teve um mérito inegável, este foi o de buscar reconstruir o processo em base publicísticas, emprestando-lhe autonomia e dignidade científica. No entanto, tal desiderato afastou perigosamente os processualistas de seus compromissos com as necessidades do direito material². A elaboração teórica da ação abstrata, paradigma desse projeto autonomista, criou uma perigosa cisão entre direito material e processo, colaborando para formar a convicção – hoje sabidamente equivocada – de que a tutela jurisdicional pode assumir uma forma única e neutra, indiferente aos interesses substanciais³. A fórmula da ação processual uma e abstrata representou um traumático rompimento com a diferenciação e adequação das tutelas ao direito material⁴. No procedimento ordinário, caracterizado pela cognição plenária (no plano horizontal) e exauriente (no plano vertical), encontra-se o modelo dessa tutela *indefeferenciada*, supostamente apta a enfrentar todas as possíveis crises do direito substancial.

Boa parte do esforço da ciência processual civil nos últimos 50 anos dirigiu-se à desconstrução desse “paradigma da ordinariedade” e do mito da unidade dos procedimentos judiciais. Na tônica contemporânea a proposta é a edificação de procedimentos informados pelo direito material⁵, capacitados para assegurar a tutela efetiva dos direitos. Esse novo modelo envolve a compreensão de que o processo não se limita a receber influência do direito material, mas interfere no campo normativo substancial, de maneira por vezes decisiva. É

2 MARINONI, Luiz Guilherme. *Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos* In: Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006, p. 209.

3 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Teoria e prática da tutela jurisdicional. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 76.

4 Ovídio Baptista da Silva sublinha a contradição inerente ao discurso dos cultores dessa fase metodológica da ciência processual: “ninguém se questiona como a ‘ação’ processual, que eles concebem como sendo uma e abstrata, poderia ter conteúdo declaratório, ou constitutivo ou condenatório, sem tornar-se ‘azioni della tradizione civilistica’. O prodígio de alguma coisa que, não tendo substância, por ser igual a si mesma, e a todos indistintamente concedida, possa ser declaratória, constitutiva ou condenatória é uma contradição lógica que não chega a ofender a racionalidade dos juristas que lidam com processo.” (*Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 179).

5 MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. São Paulo: Memória Jurídica, 2004, p. 47.

o que se verifica, por exemplo, quando o processo, por deficiência de seu instrumental, não permite a realização plena da tutela prometida pelo direito material, “amputando”, por assim dizer, o próprio direito substancial. A consideração não é puramente teórica⁶, bastando recordar a inexistência, no processo civil brasileiro, até época recente, de técnicas adequadas para concretizar a tutela mandamental, o que resultou no virtual apagamento das tutelas (de direito material) inibitórias do horizonte do direito material.

Respondendo à necessidade de uma reelaboração do vínculo entre o direito material e as tutelas fornecidas pelo processo, a teoria processual, na sua etapa metodológica contemporânea, preocupada com a atuação dos direitos fundamentais no âmbito do processo – fase que recebeu da doutrina denominações diversas, como “neoprocessualismo” e “formalismo-valorativo”⁷ – propõe diferentes abordagens para o problema, cumprindo, pois, na seqüência, identificá-las e caracterizá-las.

1.1.1 PRIMEIRO MODELO: A “AÇÃO DE DIREITO MATERIAL” COMO PÓLO METODOLÓGICO

A teoria da “ação de direito material” remonta uma concepção da ciência jurídica que pretendia fundar a ação no direito subjetivo: vincula-se à escola da *Zivilprozesstheorie* (1800-1850) e projetou seus efeitos sobre a Escola Histórica, encontrando em Savigny (1841) um teórico exponencial da noção de ação de direito material⁸. No Brasil, a concepção de que ora se trata, defendendo que a construção do procedimento processual deve como norte a noção da “ação de direito material”, pode ser reconduzida, claramente, a Pontes de Miranda⁹. Para a teoria em questão a ação de direito material está inserida numa

6 MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 122.

7 O formalismo-valorativo coincide em muitos de seus pontos com a visão instrumentalista, que o antecedeu, mas sua especificidade, além de uma consideração acentuada pelo valor dos direitos fundamentais, está em ver no núcleo do fenômeno processual o conflito entre efetividade e segurança, sem que a nenhum destes caiba, isoladamente, a posição de “sol que ilumina todo o sistema processual”. (AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 21.).

8 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Direito material, processo e tutela jurisdicional*. In: Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 295.

9 MITIDIERO, 2004, p. 110.

cadeia lógica causal, que se inicia com o direito subjetivo, transita pela pretensão e deságua na ação (material)¹⁰.

A pretensão material é concebida a partir da noção de direito subjetivo. Quando a vantagem encerrada pelo direito deixa de ser atendida, seu titular investe-se do poder de exigí-la, residindo justamente nesse *poder*, ou *faculdade*, a pretensão material. A pretensão não constitui um novo direito subjetivo, porém um estado especial, uma virtualidade da qual passa a se revestir aquele direito¹¹. O exercício da pretensão reclama do titular o desempenho de um certo comportamento ativo – exigir de alguém uma determinada pretensão –, mas que ainda não representa o agir para satisfação¹².

Uma vez frustrada a tentativa de exercer a pretensão, nasce do direito outra potencialidade: a ação. A ação, no plano do direito material, consiste na faculdade do titular de reagir contra sua violação ou ameaça de violação¹³. Trata-se, então, do “agir para a realização do direito”, independentemente da vontade ou do comportamento do devedor¹⁴. A teoria da ação de direito material, cumpre assinalar, reconhece a existência de situações jurídicas subjetivas que não obedecem à estrutura da referida cadeia lógica. Os direitos potestativos, por exemplo, não originam pretensão, embora deles possa nascer ação de direito material. Também inexistiria, segundo a correspondente doutrina, ação de direito material à condenação¹⁵.

Segundo essa teoria dualista da ação, a teoria civilista não estava errada, pois aquilo que se compreende por teoria civilista da ação constituiria uma *correta representação da ação de direito material*, em lugar de uma compreensão equivocada da ação processual¹⁶. Assim, a teoria dualista reconhece valia à noção da ação de direito material,

10 MITIDIERO, 2004, p. 96.

11 MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*, p. 112.

12 MITIDIERO, op., cit, p. 113.

13 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Direito material e processo*. In: Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 61, 2006.

14 MITIDIERO, 2005, p. 113.

15 MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. São Paulo: Memória Jurídica, 2004, p. 102.

16 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Direito material e processo*. In: Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 70.

vislumbrando nessa “ação” – entre aspas, para distingui-la da abstrata ação processual – um elemento prévio e indispensável, no plano do direito material, para que seja proferida uma sentença de procedência. Concebe, portanto, duas ações, uma de direito material e outra de direito processual, justificando, assim, o adjetivo “dualista” que lhe é aposto¹⁷. Segundo essa concepção a ação de direito material não se confunde com o direito à tutela processual. Um e outro operam em planos distintos¹⁸. Na atualidade, com a proibição quase completa da auto-tutela, exerce-se ação de direito material, segundo tais autores, invocando essa ação em juízo, ou seja, na ação processual¹⁹.

A doutrina da teoria dualista concebe uma ligação entre as eficácias expressas nas sentenças de procedência e as ações de direito material que o processo recebe como um pressuposto. A pretensa autonomia do direito processual não lhe permite transformar a seu bel prazer as realidades do direito material, como se fosse possível, por exemplo, transformar uma ação de divórcio – de notória natureza constitutiva – em ação executiva ou mandamental²⁰. O processo, ao receber os direitos subjetivos, as pretensões e as ações de direito material, está obrigado a tratar essas posições segundo as eficácias específicas dadas pelo direito material²¹.

A teoria dualista, criticando a concepção contrária, que nega toda utilidade à idéia da ação de direito material, acusa-a de não poder explicar como nascem as diferentes eficácias das sentenças e como se elas se distinguem entre si. Enfim: as tutelas processuais não poderiam se diferenciar por outro elemento que não uma faculdade do direito material²². Daí a defesa do caráter indispensável da ação material.

17 ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 210.

18 MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. São Paulo: Memória Jurídica, 2004, p. 93.

19 MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*, 2005, p. 113.

20 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Direito material e processo. In: *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 68.

21 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 180.

22 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Direito material e processo. In: *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 73.

1.1.2 SEGUNDO MODELO: A "TUTELA" COMO PÓLO METODOLÓGICO E A AUTONOMIA DOS VALORES DO PROCESSO

A doutrina que nega a formulação baseada na ação de direito material considera que ela não identifica adequadamente a relação entre o direito material e o processo. Essa doutrina observa que somente existe ação de direito material naqueles raros casos remanescentes no sistema em que o titular pode agir para a satisfação do direito sem a necessidade do processo²³. Fora daí, a ação de direito material seria inteiramente supérflua, já que não poderia ser exercida de maneira autônoma. Sob outro ângulo, a crítica endereçada à teoria da ação de direito material entende-a fadada ao fracasso por não levar em consideração a natureza incerta do direito litigioso discutido no processo. A ação de direito material, como parte do direito material deduzido em juízo, estaria submetida a essa mesma incerteza, não podendo, assim, condicionar, por si só, o futuro conteúdo da sentença. Aponta-se, além disso, que a teoria dualista tem feição privatística, uma vez que coloca acento demasiado no plano do direito material, desconsiderando os valores próprios do plano processual e a força imperativa da sentença judicial²⁴. Indica-se, por fim, a inadequação do conceito de ação de direito material para explicitar o que ocorre quando interesses difusos são discutidos em juízo, eis que a própria categoria do direito subjetivo parece pouco apropriada ao tratamento da questão. Enquanto se pode afirmar que todos têm direito à tutela de interesses difusos, ninguém, individualmente considerado, teria pretensão ou ação de direito material contra o ofensor²⁵.

Em síntese, não haveria como conceber uma vinculação prévia da tutela processual a uma tutela material anterior. Uma das razões para tanto é que o direito material ingressa no processo como uma hipótese (*in status assertionis*). Frente à incerteza desse direito afirmado, não faria sentido, notadamente em sociedades complexas, pressupor uma ação material determinada antes do início do processo. Aliás, afirma-se também que de uma mesma situação de direito material podem surgir, plasticamente, várias tutelas processuais possíveis, traduzindo-se em diversas eficácias voltadas para a efetividade da tutela.

23 AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 106.

24 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 50.

25 MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In: *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 248.

A crítica à teoria dualista, acima desenhada, aborda aspectos bastante relevantes sobre a relação entre direito e processo. Embora seja verdade que a tutela prestada pelo juiz está apoiada no plano do direito material, é preciso admitir que seus efeitos, em bom número de casos, são diversos dos contidos no plano substancial, pois a decisão judicial é marcada pelos atributos da soberania, que corresponde à própria autonomia do direito processual em face do direito material²⁶. Evidentemente, o direito material exerce grande influência sobre a forma de tutela processual. Existe, invariavelmente, uma relação de adequação entre o modo como é (ou pode ser) efetivado o direito material e os meios empregados pelo processo²⁷. Todavia, a escolha da tutela processual não é definida, exclusivamente, pelo conteúdo do direito material, havendo fatores próprios do plano processual que interferem na questão²⁸. Assim, além dos valores em jogo, do direito material envolvido e do caso concreto, outros elementos – a exemplo dos princípios da efetividade e da segurança e do princípio da demanda, ou dispositivo em sentido material – incidem na escolha das diferentes formas e técnicas de tutela no plano processual²⁹.

O processo apresenta caráter publicístico e força própria na conformação das tutelas jurisdicionais. A situação de direito material afirmada no processo é um dado relevante para a solução jurisdicional, porém não a condiciona inteiramente. Aceitar de forma incondicional a teoria da ação de direito material, como principal núcleo metodológico da questão, significa, sob certo aspecto, colocar em segundo plano o valor inerente do processo, que projeta seus efeitos sobre as situações jurídicas materiais, por força da soberania do Estado e da legitimação dada pelo procedimento em contraditório³⁰. Um exemplo claro reside

26 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 89-90.

27 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Direito material, processo e tutela jurisdicional. In: *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 310. Conforme acentua Michele Taruffo, a conexão entre situações de direito material e técnicas de tutela está na base de um princípio de adequação, que vincula a atuação executiva do Poder Judiciário às necessidades específicas do caso concreto (A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. Trad. Teresa Celina de Arruda Alvim Pinto. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 15, n. 59, p. 72-97, jul-set/1990. p. 78).

28 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 137.

29 AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 111.

30 ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 216.

na tutela condenatória, que propicia a realização, *ex intervallo*, da atividade de concretização da decisão. Tal espécie de tutela relacionada às obrigações pecuniárias nasce de um valor caracteristicamente processual, o princípio da segurança, que inspira a adoção dessa solução em virtude do fato de que a expropriação incide sobre bens que estão colocados *legitimamente* no patrimônio do devedor. Desta forma, o princípio da segurança reclama a estruturação do processo em bases que revistam de maior formalidade a atividade expropriatória, em atenção ao direito fundamental de defesa do executado. Poderia o emprego da tutela executiva *lato sensu* justificar-se, nesse cenário, por considerações restritas ao plano do direito material, mas cede passo pela consideração dos valores do processo³¹. Mesmo um autor firmemente comprometido com a teoria dualista, como Ovídio Baptista da Silva, ao negar a existência da ação de direito material condenatória, ao mesmo tempo em que admite a sentença condenatória como categoria própria, debitando-a a uma *criação puramente processual*³², acaba por reconhecer, em alguma medida, essa realidade.

Em síntese, parece correto afirmar que a ação e a pretensão de direito material, conceitos outrora relevantes e de considerável valia, não são mais suficientes para explicar a relação entre direito e processo, mostrando-se mais adequado trabalhar com o conceito de “tutela”, que melhor se ajusta aos tempos atuais de constitucionalização do processo civil e de atuação dos direitos fundamentais³³. Verifica-se, na realidade, uma *confluência* de fatores materiais e processuais no processo. A tutela dispensada no processo leva em conta tanto os aspectos processuais, que convergem no pedido imediato, como os aspectos substanciais, condensados no pedido mediato (bem da vida), podendo-se daí concluir que a decisão judicial que aprecia o mérito *une o direito processual e o material*. Nessa decisão – na sentença ou no provimento antecipatório da tutela – reside a vinculação mais próxima entre esses planos que

31 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 172.

32 MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 172.

33 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 61. Em sua crítica à teoria que prestigia a noção da “tutela”, Ovídio Baptista da Silva acentua o caráter “perigoso de tal concepção, que reduziria o processo a pira técnica, “instrumento vazio constituída por ‘formas’ de tutela” (*Curso de processo civil*. V. 1, tomo II. 6. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 46-47.).

interagem entre si, vinculação que “possibilita a transição do processo no domínio da vida, do direito material”³⁴.

A despeito da controvérsia existente sobre o valor da ação de direito material para explicitar as relações entre direito e processo, uma compreensão que se generaliza é a de que *o direito material também contempla formas de tutela*³⁵. As tutelas prestadas pelas normas de direito material compõem, neste sentido, “tutelas normativas”, e assim sucedem à inobservância das normas que protege direitos subjetivos³⁶. *A idéia de tutela parece consistir, portanto, num valor capaz de permitir, ao menos num certo nível, o diálogo entre as duas concepções teóricas referenciadas neste capítulo*. A diferença que persiste entre essas teorias localiza-se, sobretudo, na *ênfase dada a cada um dos planos (material e processual)*. Os autores contrários à idéia da ação material atribuem às tutelas materiais um caráter abstrato, negando que elas integrem o “núcleo fisionômico” dos direitos subjetivos, por serem elementos exteriores à sua estrutura³⁷. Tais processualistas reconhecem, no entanto, a utilidade da identificação das tutelas de direitos no plano substancial, vendo nessa formulação uma “valiosa contribuição”. E admitem que essa teoria dá um passo importante ao preservar a autonomia das tutelas processuais e distingui-las como técnicas ou instrumentos para concretizar as tutelas dos direitos. Faltaria, unicamente, reconhecer a “potencialidade criativa” do processo, consubstanciada na eficácia substancial do processo, que o transforma em instrumento “potencializador do direito material”³⁸. De todo modo, *para essa doutrina a tônica continuaria residindo, como já era sua concepção anterior, no plano do processo*, haja vista que a tutela de direito material estaria prevista em abstrato no plano material e apenas seria concretizada depois de exercida a função jurisdicional, retornando então, de forma qualificada, à esfera do direito material, como uma autêntica tutela de direitos³⁹.

34 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 95-96.

35 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 113.

36 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Direito material, processo e tutela jurisdicional. In: *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 288.

37 Idem, *ibidem*.

38 ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 217.

39 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 106. Para os adeptos da teoria dualista, por outro lado, a convivência com as tutelas substanciais é relativamente confortável, pois sempre defenderam a associação das eficácias processuais a elementos

1.2 TUTELAS JURÍDICAS NO PLANO NO DIREITO MATERIAL

A organização das tutelas existentes no plano do direito material e do direito processual não tem caráter excludente. Trata-se de classificações essencialmente complementares, na medida em que as formas de tutela consideradas nesses dois planos interagem entre si⁴⁰. Mostra-se conveniente, portanto, apresentar uma exposição sucinta das tutelas que podem ser identificadas no plano do direito material.

A *tutela certificatória*, como denota sua denominação, relaciona-se à instituição de um estado de certeza sobre uma determinada relação ou situação jurídica. A *tutela modificatória* diz respeito à modificação de uma dada relação jurídica. Tal tutela esta associada, geralmente, à titularidade de direitos *potestativos (formativos)*. À guisa de exemplo, o art. 138 do Código Civil prevê a possibilidade de anular os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro. Ao investir o sujeito de um direito potestativo de anulação, a lei civil estrutura, no plano material, tutela modificativa de situação jurídica⁴¹.

A *tutela inibitória* é a tutela de natureza preventiva destinada a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito⁴². Seu pressuposto é a probabilidade do ilícito, não do dano, do qual, aliás, sequer se merece cogitar no âmbito das providências de natureza inibitória⁴³. Essa espécie de tutela encontrou pronunciadas dificuldades na sua afirmação no plano do direito material. O obstáculo ao seu reconhecimento deveu-se, fundamentalmente, à associação historicamente registrada entre *ilícito civil* e *dano*, por força da qual só haveria tutela destinada a reparar o dano, não para inibir ou remover o ilícito que (ainda) não o causou⁴⁴. A

do direito material. A contribuição das tutelas materiais estaria na maior flexibilidade e atualidade do conceito, que permite estruturar uma relação menos esquemática entre direito e processo do que ocorre com a ação material. Para quem defende a teoria dualista da ação, o acento metodológico permanece sempre mais no plano material do que no processual.

40 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 144.

41 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Direito material, processo e tutela jurisdicional. In: *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 289.

42 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 192.

43 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 195.

44 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 123.

ação inibitória é uma conseqüência do novo perfil do Estado e das novas situações de direito material presentes na vida cotidiana. Percebe-se a necessidade de oferecer uma real proteção preventiva aos direitos, e, sobretudo, aos direitos de conteúdo não patrimonial⁴⁵. São expressivos os exemplos de tutela inibitória, inclusive no plano constitucional. A Constituição, no art. 5º, inc. X, ao dispor serem invioláveis a intimidade, a vida, privada, a honra e a imagem das pessoas, concebe tutela inibitória aos titulares desses direitos⁴⁶; o art. 12 do Código Civil, ao investir a pessoa natural do poder de exigir que cesse a ameaça ou a lesão a direito de personalidade, institui típica tutela inibitória no plano do direito material⁴⁷.

A *tutela do adimplemento* é voltada a proporcionar ao titular do direito obrigacional o bem ou a utilidade econômica que constitui objeto da obrigação. Tem lugar, na forma *específica*, quando a obrigação, embora inadimplida, ainda pode ser cumprida, sendo tal cumprimento do interesse do titular do direito. Assim, o inadimplemento ou adimplemento imperfeito são pressupostos da tutela específica. Atua igualmente no caso de cumprimento imperfeito ou defeituoso, caso em que o credor pode exigir que o dever atue no sentido da correção da imperfeição ou do feito⁴⁸. Quando a obrigação não puder mais ser cumprida a tutela pode ser prestada *pelo equivalente ao valor da prestação*. Não se confunde, todavia, a tutela aqui mencionada com a tutela do equivalente ao valor do dano, já que a primeira atende à expressão econômica da obrigação inadimplida, não do prejuízo eventualmente decorrente do inadimplemento (que poderá ser objeto, em sendo o caso, de tutela ressarcitória)⁴⁹. A tutela específica do adimplemento prescinde do requisito culpa. O credor tem direito à entrega do bem ou ao cumprimento da prestação devida quer tenha ocorrido culpa ou não do inadimplente. Enquanto possível e pretendida a prestação obrigacional,

45 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 193.

46 MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In: *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 213

47 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Direito material, processo e tutela jurisdicional. In: *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 288.

48 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 283

49 MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil: comentado artigo por artigo*, p. 426.

a valoração da conduta mostra-se irrelevante para efeitos de proteção do credor⁵⁰.

A *tutela de remoção do ilícito* tem por objetivo afastar uma situação de contrariedade ao direito ou remover os efeitos concretos dela decorrentes. Aparta-se, nesse sentido, da tutela inibitória, que, tendo natureza genuinamente preventiva, visa a inibir a prática, a repetição ou a continuação de um ilícito⁵¹. Trata-se de uma tutela repressiva em relação ao ilícito, tendo como pressuposto um ilícito capaz de deixar efeitos concretos permanentes. Não se dirige contra um agir continuado, e sim contra uma ação já exaurida cujos efeitos de prolongam no tempo, deixando aberta a possibilidade de provocar danos⁵². Ao remover os efeitos do ilícito, afasta-se a probabilidade de que os mesmos venham, futuramente, a causar dano.

A *tutela ressarcitória* supõe dano causado por ato contrário a direito, e sua função consiste em restabelecer a situação de fato que deveria existir caso o dano não houvesse ocorrido. Essa modalidade de tutela considera a presença do dano e também da responsabilidade de seu causador⁵³. O ressarcimento pode dar-se na forma específica ou em pecúnia. A tutela de ressarcimento deve operar, preferencialmente, na forma específica. Na prática a tutela ressarcitória específica sempre cedeu lugar à indenização pecuniária. Isto se deveu, em primeiro lugar, a uma persistente tendência de “monetarização” dos direitos, em função da qual se passou a considerar a reparação monetária como suficiente para compensar a lesão (tal afirmação, diga-se de passagem, passou de contestável a inadmissível com a emergência de novos direitos inteiramente destituídos de patrimonialidade). Por outro lado, a legislação processual concebeu uma forma de execução inteiramente inadequada à prestação de tutela no plano do processo, determinando que o direito à reparação, quando trazido para o interior do processo, fosse *transfigurado* em direito à indenização em dinheiro⁵⁴. Em realidade,

50 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 288.

51 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil: comentado artigo por artigo*, p. 425.

52 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. rev. atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008. p. 205.

53 MARONONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 310 e 323.

54 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 310.

a tutela ressarcitória específica já era concebida pelo direito material⁵⁵; faltava-lhe técnica adequada e dotada de real efetividade para sua concretização, atualmente encontrada no âmbito do art. 461 do CPC.

1.3 Tutelas jurídicas no plano do direito processual

As tutelas existentes no plano do direito processual⁵⁶ têm feição própria. Nenhum dos verbos característicos da tutela jurisdicional – declarar, constituir, mandar e executar – apresenta relevância no plano do direito material, sendo inerentes ao processo e ao império da atividade jurisdicional⁵⁷. O exame das diferentes tutelas processuais permite reconhecer, em cada uma, um princípio/valor preponderante, dado o binômio entre efetividade e segurança que subjaz à dinâmica do sistema processual. Assim, as tutelas *declaratória*, *constitutiva* e *condenatória* correspondem à predominância do princípio da segurança, ao passo que as tutelas *mandamental* e *executiva* (*lato sensu*) remetem a um predomínio do princípio da efetividade⁵⁸.

A *tutela declaratória* visa à obtenção de certeza jurídica⁵⁹. Sua função consiste em tornar certa, como eficácia principal, uma determinada situação jurídica de direito material, sem condenar, mandar, constituir ou executar, ainda que desse preceito declaratório também emane, secundariamente, uma eficácia mandamental que

55 A Constituição, no art. 5º, inc. X, ao prever o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, estrutura a tutela ressarcitória pelo equivalente. Da mesma forma, assegurando no mesmo art. 5º, inc. X, o direito de resposta, proporcional ao agravo, a Constituição está a instituir a tutela ressarcitória na forma específica (MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In: *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 213).

56 Importa registrar a inadequação da denominação de “técnicas” às eficácias das decisões processuais. Com efeito, a expressão “tutela” é a mais apropriada para representar o fenômeno, permitindo assim, distinguir entre as diferentes tutelas de direito processual – declaratória, mandamental, executiva, etc. Reserva-se a designação de “técnicas” aos instrumentos – aprioristicamente neutros – de que se serve o sistema processual para alcançar os fins dessas tutelas.

57 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Direito material, processo e tutela jurisdicional. In: *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 293.

58 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 140.

59 AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 115.

determina o respeito à situação declarada⁶⁰. A tutela declaratória não se presta para declarar a invalidade de ato ou de negócio jurídico, eis que tal questão não concerne ao plano da existência (própria da declaração), e sim da validade. As sentenças que decretam invalidades, não obstante dotadas de efeitos retroativos, são nitidamente constitutivas. A *tutela constitutiva* opera no plano jurídico a modificação de uma situação jurídica, compreendendo-se “modificação” em sentido lato, isto é, como a criação, extinção ou alteração de situações jurídicas⁶¹. É tradicional seu atrelamento à categoria dos direitos potestativos ou formativos⁶², definindo-se como constitutiva a tutela que atua, processualmente, os efeitos dessas posições.

A *tutela condenatória* opera, além da declaração da existência de uma relação jurídica, a aplicação de uma sanção⁶³, decorrente de um juízo de valor que coloca o devedor em posição de desvantagem, investindo o autor do poder de submetê-lo a uma execução forçada perante o juízo⁶⁴. A subsistência da tutela condenatória no sistema reflete um fenômeno tipicamente processual, gerando perplexidade para aquela parcela da doutrina que acolhe a ação de direito material como elemento de conexão entre direito material e processo.

Para aqueles que, seguindo Pontes de Miranda, pressupõem a noção da ação de direito material, a sentença condenatória, embora constitua uma realidade processual, não corresponde, no plano do direito material, a nenhuma ação “condenatória” do autor da demanda; seria uma pretensão que não chega a se “inflamar em ação”⁶⁵. Estar-se-ia, em resumo, diante de uma ação de direito material preponderantemente executiva, porém “mutilada”, tendo em vista que não proporciona o exercício direto da atividade executiva em seguimento à sentença⁶⁶.

60 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 146.

61 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 167.

62 AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 124.

63 Esta a definição de Liebman (MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 155).

64 AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 126

65 MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. p. 102.

66 MITIDIERO, Daniel Francisco. *Por uma nova teoria geral da ação: as orientações unitárias e a orientação dualista da ação*. *Revista de Direito Processual Civil Gênesis*, Curitiba, v. 7, n. 26, p. 711-734, out-dez/2002. p. 685.

Para Ovídio Baptista da Silva, a sentença condenatória consiste numa sentença parcial de mérito inserida no caminho procedimental de uma ação de direito material executiva⁶⁷. A tutela condenatória caracteriza-se por conservar uma “linha discriminativa” entre os patrimônios do autor e do réu, determinando, assim, que o autor ainda encontre o “direito real do condenado” a interpor-se entre ele e a satisfação de seu direito judicialmente reconhecido⁶⁸. Tal pressuposto, aliado à prevalência, no caso, do valor segurança, justifica, do ponto de vista procedimental, a segregação da atividade executiva num processo autônomo ou numa fase subsequente do procedimento. Não é possível dar execução imediata à sentença, na medida em que ela não torna ilegítima, por si só, a presença dos bens do patrimônio do réu⁶⁹.

Por força das recentes reformas do CPC (Lei 11.232/2005) o campo da tutela condenatória foi diminuído, tornando-se próprio e exclusivo das chamadas obrigações pecuniárias. Essa limitação da tutela condenatória ao âmbito indicado, para além do valor segurança, atende ao valor da *efetividade*, por mostrar-se, em linha de princípio, a mais adequada para extrair dinheiro do patrimônio do demandado⁷⁰. As alterações procedimentais do CPC, especialmente as contidas no art. 475-J do Código, não eliminaram o binômio condenação-execução: apenas simplificaram-no do ponto de vista formal. Foi eliminada a necessidade de um novo processo, porém continuou dedicada à execução uma fase própria e preservada, nessa seara, a tipicidade dos meios executivos⁷¹. A tutela, em resumo, continua sendo condenatória⁷², a despeito das simplificações formais inseridas, mantendo-se prestigiado o princípio processual da segurança⁷³. Assim, mais do que permitir a

67 Direito material e processo. In: *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 80.

68 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2a. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 17.

69 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 72.

70 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 171.

71 AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 138.

72 Neste sentido Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 101.

73 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 173.

superação da técnica de condenação⁷⁴, pode-se afirmar que as reformas reconduziram-na ao seu espaço adequado dentro do sistema processual.

A doutrina, presa aos conceitos de uma jurisdição meramente certificadora de direitos, tem dificuldade em clarificar as tutelas com base na atividade que se realiza depois da sentença de procedência (atividade que fora considerada, por largo tempo, como “não jurisdicional”)⁷⁵. Eis um dos fatores que explicam a dificuldade de visualização da *tutela mandamental* pela doutrina majoritária do processo civil, dificuldade que recém agora começa a ser transposta. A tutela mandamental define-se pela ordem que é expedida pelo juiz, dirigindo-se em geral ao demandado, para que cumpra voluntariamente o provimento judicial⁷⁶. Sua nota essencial reside no caráter imperativo do mandamento contido na decisão⁷⁷. A tutela mandamental tem seu campo natural de incidência quando o escopo é agir sobre a *vontade* da parte, e não sobre seu patrimônio; a essa forma de tutela corresponde o emprego de técnicas ou medidas coercitivas, capazes de atuar sobre a vontade do réu, coagando-o a cumprir a decisão⁷⁸. O campo de abrangência dos provimentos mandamentais, ao contrário do que supunham seus primeiros teóricos, ultrapassou o das ordens dirigidas a órgãos estatais, incluindo-se entre seus destinatários os particulares⁷⁹.

A categoria das sentenças mandamentais foi buscada por Pontes de Miranda na obra pioneira de Georg Kuttner (*Urteilswirkungen assuerhalb des Zivilprozesses*), que concebeu, no princípio do século passado, as chamadas decisões ordenadoras (*Anordnungsurteile*), com o sentido restrito de ordens que não eram dirigidas ao réu vencido, mas a órgão ou autoridade estatal estranha ao processo, como efeito secundário da sentença. A despeito da adesão da Golsdchmidt, a doutrina das

74 MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 124.

75 ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 218-219)

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 171.

76 AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 132.

77 MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. p. 104-105.

78 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 183.

79 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil. V. 1, tomo II*. 6. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 253-254.

Anordnungsurteile teve vida efêmera e desapareceu das considerações dos doutrinadores alemães contemporâneos. O conceito ressurgiu do outro lado do Atlântico, trabalhado por Pontes de Miranda na 1ª edição de seus Comentários ao Código de Processo Civil de 1939. Ali a ação mandamental recebeu aceção mais elástica, tendo como destinatários quaisquer órgãos do Estado, pessoas físicas ou jurídicas⁸⁰.

Embora superado o dogma da intangibilidade da vontade humana associado ao Estado Liberal, que invalidou, por longo tempo, a tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer – sendo acolhidas, na atualidade, as medidas coativas que incidem sobre a vontade do indivíduo –, a tutela mandamental ainda encontra certos limites. Seguem tidas por incoercíveis, v.g, as obrigações que envolvem atividade criativa do devedor, caso em que a ausência de cumprimento voluntário da decisão determina a conversão em perdas e danos⁸¹.

Por fim, a abordagem da *tutela executiva lato sensu* demanda um exame inicial do que sejam atos executórios. A atividade executiva é desenvolvida por meio de sub-rogação. Nos atos sub-rogatórios o Estado-juiz substitui-se à vontade do réu, assegurando a satisfação do demandante de maneira forçada. Essencial ao conceito é que tal satisfação opera-se *sem a participação do réu, que seria originalmente necessária*⁸². A tônica da distinção entre a tutela mandamental e a executiva reside na constatação de que a execução é ato privado da parte, sendo empreendida substitutivamente pelo juízo, em lugar da parte que deveria tê-lo realizado. A tutela mandamental corresponde à atuação do juiz naquilo que somente ele, na sua *estatalidade*, está capacitado a realizar⁸³.

Realiza-se atividade executiva tanto na execução autônoma, cuja instauração é propiciada pela sentença condenatória, quando na execução que se segue diretamente às sentenças ditas executivas *lato sensu*, na mesma fase procedimental. Evidentemente, há diferença entre a atividade executiva desenvolvida na execução relativa às obrigações

80 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A sentença mandamental: da Alemanha ao Brasil. In: *Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 54-59

81 AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 146-147.

82 AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 133-134.

83 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil. V. 1, tomo II*. 6. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 232.

pecuniárias e aquela relativa à tutela dos deveres de fazer e não fazer e dos deveres de entregar ou restituir coisa. Segundo bem adverte Daniel Mitidiero, entre as “ações” condenatórias e as executivas *lato sensu* a distinção não é meramente procedimental. Na primeira, o órgão judicial autoriza a intromissão no patrimônio alheio, dele retirando o que se encontrava de forma legítima, para satisfação do requerente; na execução “real” o Estado busca no patrimônio do réu bem que ali se encontra em contrariedade ao direito⁸⁴. Nos dois casos, todavia, verifica-se *sub-rogação*, e, portanto, *execução*.

A locução *tutela executiva lato sensu*, compreendida como modalidade de tutela processual emanada da decisão jurisdicional, corresponde apenas à proteção proporcionada pelas sentenças executivas previstas pelos arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil⁸⁵, que integram um processo misto ou sincrético, a reunir conhecimento e execução sem a necessidade de instauração de uma fase posterior para sua realização prática. Como fruto das recentes reformas do CPC, tem-se que, por força do art. 475-N, inciso I do Código, a tutela executiva *lato sensu* podem ser proporcionada por uma sentença declaratória (embora não *meramente declaratória*). Tal sentença, para constituir-se em “título” hábil para desencadear a atividade sub-rogativa, deve conter todos os elementos característicos da obrigação e do inadimplemento, devendo a matéria ter sido suscitada e discutida pelas partes (contraditória). Não se admite a tal eficácia no caso da declaração *ex officio* pelo juiz⁸⁶.

A disciplina oferecida pelos arts. 461 e 461-A do CPC foi responsável por modificar o sistema processual brasileiro no que tange à relação entre pedido e provimento jurisdicional, a ponto de falar-se numa *instabilidade* (virtuosa) da decisão que corresponde a tais tutelas⁸⁷. Com efeito, a premissa segundo a qual as sentenças podem ser rigidamente classificadas quanto a suas eficácias, de maneira imutável, cede terreno diante da constatação de que, com base no art. 461 do CPC, está o juiz desvinculado da forma e das técnicas de tutela

84 *Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. p. 106.

85 Em sentido diverso, restringindo a tutela executiva *lato sensu* às obrigações de dar coisa e deveres de restituir coisa, cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 191.

86 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 152.

87 AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 127-128.

eventualmente requeridas pelo autor, podendo variá-las, inclusive, quando da concretização da decisão.

Tal circunstância leva a pensar que, especialmente no campo das tutelas executiva e mandamental – especialmente abrangido pelos arts. 461 e 461-A – o princípio de adstrição da sentença ao pedido merece ser repensado, liberando-se de sua adesão ao pedido imediato (i.é, ao provimento jurisdicional) para reivindicar uma congruência da decisão com o pedido *mediato* do autor, ou seja, com o bem da vida por ele buscado no processo. Desta forma, “se o autor postula a entrega de um objeto, um fazer ou um não-fazer por parte do réu, desinteressa se pediu mandamento ou execução, pois a técnica de tutela empregada será aquela mais adequada para o alcance do bem da vida – objeto, ou fazer ou um não fazer – ao demandante. O juiz estará adstrito, assim, ao pedido *mediato*, mas não à técnica de tutela jurisdicional, que, como manifestação do poder estatal, encontra limites nas normas aplicáveis ao processo [...] e não no pedido imediato – ou, diríamos mais coerentemente, nas *sugestões* de técnicas de tutela – feitas pelo autor.”⁸⁸ Acrescente-se, de forma oportuna, que o sistema admite, eventualmente, o desligamento da tutela até mesmo *do próprio pedido mediato do autor*, como ocorre, por exemplo, na hipótese de conversão do pedido de tutela específica em perdas e danos.

2 A ATIVIDADE DE CONCRETIZAÇÃO DA DECISÃO DA CAUSA

2.1 A “PESSOALIZAÇÃO” DOS DIREITOS, A UNIVERSALIZAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA E SUA SUPERAÇÃO

A “pessoalização” dos direitos reais representa uma alteração de paradigma no âmbito na ciência jurídica⁸⁹. Trata-se de um fenômeno de enorme repercussão, que, apesar de vinculado a certas circunstâncias históricas e ideológicas, já inteiramente desaparecidas, ainda imprime seus efeitos sobre o direito processual civil contemporâneo. Esse fenômeno da “pessoalização” dos direitos subjetivos liga-se, ademais, à universalização da sentença condenatória, que passou a ser concebida como forma de tutela por excelência oferecida pelo sistema processual

88 AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 137.

89 Paradigmas, na acepção de Thomas Kuhn – referenciada por Ovídio Baptista da Silva – constituem -se em pressupostos ou premissas de construção de uma concepção científica, permitindo-a estruturar-se como ciência “normal”, em oposição a uma “ciência revolucionária” (*Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense: 2004. p. 30).

civil a todos os direitos cuja satisfação reclama uma atividade material do órgão judiciário, não se contentando com a produção de efeitos simplesmente “jurídicos”.

Segundo faz notar Ovídio Baptista da Silva, a universalização da sentença condenatória é obra do processo comum medieval⁹⁰, resultante do trabalho dos compiladores, que, desde o plano do direito material, dando curso a tendência que já se esboçava no direito romano tardio⁹¹, agregaram às tradicionais fontes romanas das obrigações – o delito e o contrato – a classe das “obrigações legais”, nascendo daí a concepção de que os vínculos obrigacionais podem ser diretamente emanados da lei. Tal fenômeno de “privatização” reduziu todas as relações jurídicas das quais decorrem deveres a relações de “débito-crédito”. Ampliado o âmbito das obrigações, operou-se o correspondente alargamento, no âmbito processual, da *actio* romana, com a consequência de que a proteção jurisdicional assegurada a todo dever jurídico devesse conduzir, necessariamente, a uma condenação. Generalizou-se, assim, desde o período medieval, a equação *obligatio-actio-condemnatio*; o procedimento da *actio*, que no *ordo judiciorum privatorum* fora direcionado para a tutela das relações obrigacionais, de natureza estritamente privada⁹², acabou transportado ao moderno direito processual com um escopo mais amplo, disso resultando a universalização da sentença condenatória e a supressão da tutela interdita⁹³ (efeitos amplamente visíveis no processo civil brasileiro contemporâneo).

Como a *actio* não compreendida no seu interior a atividade executiva, limitando-se ao escopo da cognição dos fatos e do direito⁹⁴, o procedimento que haveria de resultar desse “resgate” outro não poderia ser que um processo puramente cognitivo, reservando-se as atividades de execução para outro processo, dotado de autonomia; em outras

90 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense: 2004. p. 132-133.

91 Daniel Francisco Mitidiero. *Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. p. 34.

92 Ovídio Baptista da Silva assim distingue entre a *actio* e os *interdicta*: “havia em direito romano dois institutos de proteção e defesa dos direitos, capazes de ser invocados perante os magistrados: a *actio* e os *interdicta* [...] tidos estes, porém, especialmente os interditos, como providências de natureza administrativa, exercidos pelo *praetor* romano, distintas da verdadeira jurisdição.” (*Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 25).

93 Ovídio Araújo Baptista da Silva. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense: 2004. p. 132-133.

94 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 24.

palavras, aí estava lançada a base do “Processo de Conhecimento”, tal como concebido pelo movimento processualista. Em Bernhard Windscheid teve-se a sistematização e decisiva inserção, no período moderno, dessa doutrina da ‘pessoalização dos direitos reais’, advinda do processo medieval.

A compreensão destes fatos poderia ter levado os processualistas a identificar o anacronismo da generalização da tutela condenatória, propiciando sua superação. A tardança em assim proceder – no Brasil, a tendência só começou a ser revertida com as reformas processuais dos anos 1990 – deveu-se, em boa medida, ao domínio do paradigma iluminista na ciência processual, que levou à perda do sentido histórico dos institutos do processo⁹⁵. Com a adoção do dogma da neutralidade da ciência processual e da atemporalidade de suas instituições, os institutos passaram a ser pensados como exclusivas criações da lógica, sem tempo e lugar próprios.

2.2 DECISÕES AUTO-SUFICIENTES E NÃO-AUTO-SUFICIENTES

Uma útil classificação das decisões (ou tutelas) reside na sua forma de cumprimento. Certas decisões são suficientes para satisfazer o interesse do autor, sem a necessidade de atividade ulterior do órgão judicial; são denominadas *auto-suficientes*. Decisões outras reclamam uma “concretização”, ou seja, uma atuação judicial de intervenção na realidade sensível, mediante a prática de atos materiais. No primeiro grupo inscrevem-se as sentenças preponderantemente declaratórias e constitutivas; no segundo, as decisões preponderantemente condenatórias, mandamentais e executivas⁹⁶. Similar é a classificação proposta por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que distingue as tutelas *prescritivas ou auto-satisfativas*, que satisfazem por si mesmas, sem necessidade de qualquer ato material futuro, exigindo simplesmente uma

95 Mostra-se oportuna, neste contexto, a advertência de Ovídio Baptista da Silva: “Falta-se nos capacidade de perquirir, ou mesmo interessar-nos, pelas origens de nossas instituições processuais. Supomos que os fenômenos jurídicos não tenham origem cultura, nem história. Como bons descendentes do platonismo renascentista, cremos que os conceitos jurídicos sejam da mesma natureza que as categorias geométricas. Eles estariam inscritos na natureza, ou seriam um produto da lógica pura. Neste particular, a submissão do Direito aos pressupostos da ‘ciência’ do medir, pesar e contar é absoluta.” (*Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense: 2004, p. 299).

96 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 145; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil: comentado artigo por artigo*, p. 269.

conduta passiva das partes (declaratória e constitutiva⁹⁷); e as tutelas *hetero-satisfativas*, que reclamam um comportamento ativo do vencido: condenatória (pagar a dívida), mandamental (cumprir a obrigação ou o dever de fazer ou de não fazer) e executiva *lato sensu* (entregar o bem)⁹⁸.

Em realidade, as espécies de sentenças classificadas como não-auto-suficientes dependem, em última análise, da concepção adotada pelo estudioso do processo civil em face da categoria das decisões condenatórias. Para aqueles autores - ainda numerosos na processualística brasileira - que identificam a tutela condenatória com a atuação do juiz sobre a realidade dos fatos, toda decisão carente de concretização (não-auto-suficiente) haverá de ser, necessariamente, condenatória. Essa postura que circunscreve à categoria condenatória todas as sentenças que ensejam a realização de atos materiais posteriores - a qual segue defendida, aliás, por praticamente toda a doutrina europeia - demonstra seu compromisso ideológico com o já abordado paradigma da “pessoalização” dos direitos. Subjacente a ela está a idéia de que os direitos controvertidos, tão logo adentram o processo, convertem-se em direitos obrigacionais⁹⁹. Trata-se, portanto, de mais um reflexo das opções ideológicas da ciência processual, o qual certamente nada apresenta de “neutro”, por mais que se busque qualificá-lo como uma questão meramente *técnica*.

2.3 A ATIVIDADE MATERIAL DO JUÍZO: SUA “JURISDIONALIZAÇÃO” E “CONSTITUCIONALIZAÇÃO”

A doutrina processualista do início século XX, plenamente identificada com os parâmetros da ordinaryness e com a função essencialmente declaratória da jurisdição, não concebia a atividade material realizada para concretizar a decisão da causa como sendo *jurisdicional*. Francesco Carnelutti, em sua obra *Sistema del diritto processuale civile*, de 1936, ainda considerava *jurisdicional somente o processo declarativo*, por ele intitulado “processo de conhecimento.”¹⁰⁰

97 Conforme sublinha Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “o cumprimento da tutela constitutiva emana da própria prolação da sentença, a determinar em si mesma a modificação jurídica. Portanto, o comportamento esperado da contraparte é passivo: unicamente agir em conformidade com a nova situação jurídica estabelecida no ato sentencial.” (*Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 169).

98 *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 140-141

99 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 146.

100 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 44.

Também para Piero Calamandrei, aquilo que realizasse o juiz do domínio dos fatos, faria como administrador, não mais como juiz¹⁰¹. A atividade material seria então *administrativa*, concepção que se identifica inteiramente com a classificação trinária das ações. As repercussões fáticas das decisões – isto é, executivas e mandamentais – seriam meras conseqüências do ato jurisdicional, não tendo o mesmo *status* jurídico da atividade até então desenvolvida para alcançar a certificação dos direitos¹⁰². Ainda que se percebam, aqui e lá, reminiscências dessa visão, a ciência processual, com advento da compreensão instrumental do processo, compraz-se no reconhecimento da natureza plenamente jurisdicional da atividade voltada à prática de atos materiais. É reconhecida a submissão do procedimento executivo, embora dotado de uma disciplina específica, à ciência geral do processo civil, superando-se o antigo vício metodológico de emprestar à “execução” (=atividade de concretização) menor dignidade científica¹⁰³. Esse tratamento dita profundas conseqüências, que envolvem a submissão da atividade executiva aos direitos fundamentais e ao modelo constitucional do processo civil. O processo judicial tornou-se um espaço fortemente influenciado pela atuação dos princípios fundamentais. Sobre os órgãos judiciais recai o dever de atribuir a máxima eficácia possível a tais preceitos, respeitando-os na condução do procedimento e na definição do conteúdo material das decisões, bem como negando aplicação à lei que lhes seja contrária¹⁰⁴. A organização dos tribunais e o procedimento jurisdicional estão largamente *constitucionalizados*, atribuindo uma *compreensão constitucionalmente referenciada* do direito processual¹⁰⁵, de modo que a organização e o procedimento devem ser interpretados na ótica dos direitos fundamentais¹⁰⁶. A atividade “executiva” do juízo, não poderia deixar de ser, está plenamente inserida nesse contexto. Com efeito, a concretização da decisão judicial é permeada pelos valores

101 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 189.

102 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 157.

103 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 4. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 56.

104 MENDES, Gilmar Ferreira; COLEHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 240.

105 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 408.

106 Como faz recordar Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “a conformação e a organização do processo e do procedimento nada mais representam do que o equacionamento de conflitos de princípios constitucionais em tensão” (O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 29, n. 113, p. 9-21, janeiro-fevereiro/2004. p. 251).

constitucionais que informam a jurisdição no Estado Constitucional, retirando-se dessa concepção os efeitos que estão alinhados à visão metodológica do formalismo-valorativo. Um destes efeitos refere-se à colaboração das partes e do juízo no desenvolvimento do processo.

3 COLABORAÇÃO NA CONCRETIZAÇÃO DA DECISÃO DA CAUSA

3.1 ESCOPO DA COLABORAÇÃO NO ÂMBITO DA ATIVIDADE MATERIAL DO JUÍZO

A noticiada constitucionalização da atividade de concretização das decisões, enunciada no tópico anterior, demanda uma atuação cooperativa entre as partes e o juízo, como forma de alcançar-se a efetiva tutela dos direitos. Dada a natureza dos atos praticados nesse âmbito, a colaboração também deve apresentar, obrigatoriamente, suas particularidades; essas notas características, contudo – é bom ter presente – não se põem em dúvida a existência de colaboração nesse âmbito (o que é indiscutível), mas referem-se à forma como ela opera no procedimento.

Um primeiro sentido de colaboração prende-se, nesse âmbito, ao valor da *efetividade*, e remete à participação do réu nos atos destinados a efetivar as medidas materiais (coativas ou sub-rogatórias). A necessidade de colaboração na concretização da decisão ocorre, seja porque determinados tipos de tutela não prescindem da atividade do demandado (coativa), seja porque mesmo na tutela sub-rogatória essa colaboração impulsiona a efetiva atuação dos meios executórios. O valor dessa colaboração é sentido freqüentemente na experiência forense, quando o réu não colabora, ou quando conspira ativamente contra o êxito do procedimento. Neste sentido, entende-se que o processo deve criar condições para que o sujeito recalcitrante sinta-se disposto a prestar. A decisão não pode apenas sugerir o cumprimento: deve utilizar, sempre que necessário, o peso da autoridade estatal para coagir o réu a cumprir, auxiliar ou não interferir na atuação dos meios sub-rogatórios¹⁰⁷. Já se afirmou que a colaboração neutra e desinteressada do réu na atuação dos meios executivos, a exemplo daquela que reclama a indicação ao juiz do local dos bens sujeitos à execução (CPC, art. 600, IV), é algo improvável, quase ao ponto de ser negligenciável¹⁰⁸. A alegação só pode ser aceita se devidamente enfatizado o adjetivo

107 MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 218-220.

108 ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 31.

“neutra”. É verdade que o sistema processual não deve esperar, como regra, a atuação espontânea do réu submetido à atuação material do juízo. É precisamente por esse motivo, entretanto, que o processo estrutura-se para *estimular a colaboração*, estabelecendo deveres e ônus, tal como o da nomeação de bens pelo devedor, que constava do texto original do CPC (art. 652).

Como afirma Michele Taruffo, a “melhor” execução forçada é a execução que não se mostra necessária. Realmente, a forma ideal de atuação dos direitos é aquela que conta com o adimplemento voluntário pelo devedor. Daí nasce a necessidade de construir uma sistema eficaz e completo, caracterizado por mecanismos de coação e execução direta, que maximizem o efeito compulsório da atuação jurisdicional¹⁰⁹. Não é inteiramente verdadeira, por exemplo, a assertiva de que as técnicas sub-rogatórias dispensem a colaboração do executado¹¹⁰. Poder-se-ia pensar, à primeira análise, que a efetivação da tutela executiva *lato sensu* prescindisse da colaboração do réu, já que tal tutela, por definição, atua através de medidas sub-rogatórias, que independem da vontade da parte que a elas está sujeita. Essa afirmativa é correta considerando-se uma visão geral da tutela respectiva, porém a necessidade de colaboração mostra-se patente em vista dos *atos executivos*, considerados individualmente¹¹¹.

Um segundo plano de colaboração liga-se ao valor da *segurança*, e tem relação com o controle e a correção da atividade judicial de concretização da decisão. Tem relação com os princípios de contraditório e ampla defesa, que, embora mitigados, intervêm nos procedimentos de realização concreta das decisões não auto suficientes. Cada um destes planos será considerado na análise específica que se segue.

3.2 COLABORAÇÃO NA EFETIVAÇÃO DA TUTELA MANDAMENTAL

Na tutela mandamental a colaboração apresenta-se indispensável. Para satisfazer o interesse do autor, o destinatário da ordem deve

109 Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, n. 144, p. 57-84, fev/2009.

110 A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 57, n. 385, p. 45-60, nov/2009. p. 47.

111 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 147

cumpri-la¹¹². Cabe desde já a ressalva de que a idéia de colaboração não pressupõe *espontaneidade*. É possível – aliás, é altamente desejável – que o sistema processual adote mecanismos de pressão que induzam a parte à colaboração e ao cumprimento voluntário da conduta preordenada pelo juízo, pelo emprego de medidas coercitivas adequadas¹¹³.

Há situações, como na presença de obrigação de fazer infungível, em que a colaboração do réu é a única solução compatível com o desiderato da tutela específica. Aí, a indução da parte a participar ativamente do procedimento, por meio de técnicas próprias da tutela mandamental, reveste-se de importância fundamental¹¹⁴. Neste sentido, aliás, o primeiro ato do procedimento de efetivação de sentenças dotadas de eficácia mandamental deve ser a intimação – pessoal – do réu para que cumpra a decisão em prazo assinalado¹¹⁵. Neste sentido, aliás, o inciso V do art. 14 do CPC, introduzido pela L. 10.358/2001, serve de importante parâmetro para estruturar a colaboração das partes na efetivação das tutelas processuais que repercutem sobre a realidade factual. Contempla ele o dever das partes de cumprirem “com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final”.¹¹⁶

A conversão em perdas e danos ditada pelo par. 1º do art. 461, CPC, é procedimento que envolve a colaboração do réu e do autor, pois as circunstâncias que motivam dita conversão, situadas que estão no plano do direito material, serão usualmente conhecidas pelo juiz por intermédio das partes. Não pode o juiz deixar de admitir sua

112 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 147.

113 AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 132.

114 ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 33.

115 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 4. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 524-525.

116 Em relação ao dispositivo mencionado, comenta Daniel Mitidiero que “cumprir com exatidão” e “não criar embaraços à efetivação”, para além da distinção evidente de contemplarem uma conduta positiva e a uma negativa, não apresentam entre si qualquer diferença que permita ligá-las à atuação da eficácia mandamental ou executiva da decisão (*Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. p. 176). Não obstante, parece defensável a idéia de que a noção de cumprimento remete à atuação da tutela mandamental (como, aliás, está expresso no texto); enquanto que a vedação de criar embaraços mais se afeiçoa ao cumprimento da tutela executiva, a qual atua por meios sub-rogatórios, em relação aos quais a posição do réu certamente não é a de cumprir, mas sim de abster-se, deixando que os mecanismos judiciais aperfeiçoem-se completamente.

participação, ouvindo-as sobre a impossibilidade de atuação da tutela específica.

3.3 COLABORAÇÃO NA EFETIVAÇÃO DA TUTELA EXECUTIVA LATO SENSU

Quando é outorgada no processo uma tutela executiva em sentido lato, a colaboração do réu é instada antes mesmo do início das atividades executivas. É nisso que consiste a intimação da parte, dando-lhe a oportunidade de cumprir espontaneamente o julgado, a exemplo do que ocorre nas ações de despejo e de reintegração de posse¹¹⁷. Essa intimação é expressamente prevista pelo CPC no tocante à tutela relaciona a obrigação de entregar coisa, na qual, antes da emissão do mandado de busca e apreensão ou imissão na posse, o devedor deve ser pessoalmente intimado (art. 461-A, par. 2º), fixando-se-lhe prazo para o cumprimento (art. 461-A, caput)¹¹⁸. Uma visão essencialmente cooperativa do processo conduz a que, apesar do silêncio do art. 461, a efetivação da tutela específica das obrigações de fazer e de não-fazer *também deve ser precedida da intimação pessoal da parte*, oportunizando-lhe o cumprimento espontâneo do dever reconhecido pela decisão.

Em determinados casos, pelo seu elevado potencial de interferência na esfera jurídica do réu, a própria estruturação das técnicas sub-rogatórias deverá contar com a colaboração das partes, e especialmente daquela que suportará os efeitos da medida. Tome-se como exemplo a técnica sub-rogatória denominada *intervenção judicial* – que permite ao juiz intervir, por interposta pessoa, na administração da empresa ou entidade, ou designar agente fiscalizador de suas atividades –, a qual, em razão de sua gravidade, merece ser precedida da oitiva das partes, a quem deve ser assegurado conhecer a identidade do interventor e verificar sua idoneidade para praticar os atos necessários, bem como participar deles, acompanhando as diligências¹¹⁹.

A idéia de colaboração também está ínsita à participação da parte mediante a impugnação da atividade executiva, sua retificação e correção. Cabe realçar a necessidade, como corolário de um processo

117 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 149.

118 ARENHART, Sérgio Cruz. A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 57, n. 385, p. 45-60, nov/2009.

119 ARENHART, Sérgio Cruz. A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 57, n. 385, p. 45-60, nov/2009.

equilibrado e justo, de assegurar meios de *reação da parte sujeita ao cumprimento injusto ou ilegal* de medidas executivas ou mandamentais. Não é necessário insistir no fato: a negativa da possibilidade de defesa do réu no procedimento voltado à efetivação da decisão afrontaria as garantias constitucionais do devido processual legal e do contraditório¹²⁰.

Araken de Assis Arrola entre os meios de reação da parte o agravo de instrumento e, no caso de exceções supervenientes à sentença, a dedução de uma oposição, que, à falta de regulação específica, segundo defende tal autor, deveria seguir o procedimento dos arts. 475-L e 475-M (impugnação ao cumprimento da sentença), com a possibilidade de eventual atribuição de efeito suspensivo pelo juízo¹²¹. Mais adequada, contudo, ao sentido cooperativo do processo é a posição de Cândido Dinamarco, admitindo a postulação de defesas por simples petição sem suspensão do processo, e, em caráter excepcionalíssimo, ou quando alegada matéria de ordem pública, o manejo de impugnação, nos moldes do art. 475-M do CPC¹²².

Na execução para entrega de coisa permanece vigente o ônus previsto pelos arts. 1.642-1.643 do CC, referente à escolha dos bens determinados pelo gênero e quantidade¹²³.

3.4 COLABORAÇÃO NA EFETIVAÇÃO DA TUTELA EXECUTIVA STRICTO SENSU

A colaboração ocupa papel igualmente relevante na execução que visa a extrair valor do patrimônio do executado, identificando-se com a chamada tutela executiva *stricto sensu*.

Aspecto relevante concerne à indicação de bens para serem penhorados, âmbito no qual o juiz, por sua posição, depende da efetiva colaboração das partes para poder imprimir eficácia ao desenvolvimento da atividade executiva. A Lei 11.232, alterando o CPC, facultou ao exequente nomear, desde logo, quando do requerimento da expedição do mandado de penhora, bens do executado passíveis de construção.

120 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. V. 4. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 529-530.

121 *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 230-231.

122 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. V. 4. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 529-530.

123 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. V. 4. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 550.

Possibilitou, desta forma, que o próprio autor, atuando na defesa de seus interesses, efetue pesquisa prévia de bens e indique aqueles que foram localizados, de modo a tornar frutífera a diligência do Oficial. Trata-se de claro exemplo da cooperação da parte com o bom desenvolvimento da execução; com efeito, sendo do maior interesse do exequente encontrar bens penhoráveis¹²⁴, a sistemática tende a ser mais eficaz do que a da prévia nomeação de bens pelo executado, quando a tendência favorecia indicações procrastinatórias e de pouca seriedade.

Conforme o art. 600, inciso IV do CPC, na redação da Lei 11.232), a colaboração do devedor é *incentivada mediante a instituição do dever de apontar onde estão os seus bens sujeitos à penhora*. Referida previsão busca retirar dos ombros do exequente e do Judiciário a localização física dos bens, adotando a lógica mais simples de suscitar a colaboração da parte conhecedora da situação dos bens¹²⁵. Naturalmente, a colaboração da qual se cogita, porque presumivelmente contrária aos interesses do executado, mereceu o necessário reforço legal, tendo-se o não cumprimento do mencionado dever como *ato atentatório à dignidade da justiça*. O exame comparativo da legislação processual civil evidencia outros exemplos característicos de institutos cooperativos na execução por expropriação. A Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola prevê, no seu art. 640, a possibilidade de exequente e executado convencionarem o meio mais eficaz de transformação dos bens penhorados em dinheiro. A cooperação do executado no sentido da efetivação da penhora é igualmente prevista no art. 848-A do Código de Processo Civil português¹²⁶.

Ainda no âmbito da colaboração das partes, porém sob o prisma específico do valor da *segurança*, deve-se ter em conta a figura da exceção – ou melhor, *objeção* – de pré-executividade, de criação jurisprudencial, que funciona com eficaz mecanismo cooperativo. O instituto em questão possibilita seja instaurado um efetivo e sumário contraditório sobre os pressupostos processuais e as condições da ação executiva, podendo auxiliar o órgão jurisdicional a sanar defeitos do procedimento e a extinguir ações que tenham sido propostas indevidamente.

124 AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 204.

125 AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 205-206.

126 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 147.

4 CONCLUSÃO

Sabe-se hoje que a ciência processual do início do séc. XX afastou-se do compromisso com o direito material. A elaboração teórica da ação abstrata levou à concepção de uma tutela jurisdicional *única, neutra e indiferenciada*, informada pelo paradigma da ordinariedade. A ciência contemporânea busca resgatar a construção de procedimentos informados pelo direito material, colocando ênfase em institutos como a “ação de direito material” e a “tutela material”. Para além de reconhecer a grande influência do direito material sobre o processo, o que importa ter presente é que a escolha da tutela não é definida *exclusivamente* pelo direito substancial. A decisão judicial é marcada pela soberania e por princípios próprios do processo como efetividade e segurança, que interferem na escolha das formas e técnicas do plano processual.

Tutelas materiais e processuais são conceitos importantes e complementares, que interagem entre si. A exploração do tema lança luzes sobre as decisões judiciais não-auto-suficientes e sobre a atividade judicial que as segue, voltada para a adequação da realidade sensível ao pronunciamento judicial. A compreensão de sua natureza jurisdicional determina que atividade material do juiz fique submetida ao regime constitucional do processo civil, integrando-a num *modelo* de processo essencialmente *cooperativo*. A colaboração das partes na concretização da decisão da causa é polarizada pelos valores da *efetividade* e da *segurança*, conferindo impulso, por um lado, aos atos destinados a efetivar as medidas materiais (coercitivas ou sub-rogatórias), e permitindo, por outro, o controle da legitimidade dos atos judiciais que atuam sobre a esfera jurídica do réu. A cooperação das partes, à luz do contraditório, mais do que condição de uma tutela efetiva dos direitos, *constitui-se em pressuposto para o justo desenvolvimento da atividade material do juiz*.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ARENHART, Sérgio Cruz. A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 57, n. 385, p. 45-60, nov/2009.

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

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A sentença mandamental: da Alemanha ao Brasil*. In: Temas de direito processual: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 4. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos*. In: Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. rev. atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

_____. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Por uma nova teoria geral da ação: as orientações unitárias e a orientação dualista da ação. *Revista de Direito Processual Civil Gênesis*, Curitiba, v. 7, n. 26, pp. 711-734, out./dez. 2002.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Direito material, processo e tutela jurisdicional*. In: Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva

das relações entre direito e processo. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 29, n. 113, p. 9-21, jan./fev. 2004.

_____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 1, tomo II. 6. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Direito material e processo*. In: Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense: 2004.

TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. Trad. Teresa Celina de Arruda Alvim Pinto. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 15, n. 59, pp. 72-97, jul./set. 1990.

_____. Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, n. 144, p. 57-84, fevereiro/2009.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

A AÇÃO REGRESSIVA ACIDENTÁRIA E A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO INDENIZATÓRIA DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

***THE REVERSIVE ACTION AND THE PRESCRIPTION
DEADLINE OF THE BRAZILIAN NATIONAL SOCIAL
SECURITY INSTITUTE CLAIM FOR RESTITUTION.***

Marcus Alexandre Alves

Procurador Federal, chefe da Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS de Londrina e responsável pela Procuradoria Seccional Federal de Londrina. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A ação regressiva e seus desideratos; 1.1 Os fundamentos do direito de regresso do Instituto Nacional do Seguro Social; 1.2 Os objetivos da ação regressiva acidentária; 1.3 O equilíbrio financeiro e atuarial do regime geral de previdência social; 2 A importância dos conceitos de ação e pretensão para a compreensão da prescrição e de seu termo inicial; 2.1 A prescrição e a evolução do direito de ação; 2.2 A violação do direito patrimonial da Previdência Social e a pretensão de ressarcimento; 2.3 O trato sucessivo das prestações sociais acidentárias e

o termo inicial da prescrição da pretensão indenizatória; 3 As pretensões da Fazenda Pública e os prazos de prescrição; 3.1 Dos prazos de prescrição do Código Civil e das disposições de Direito Público; 3.2 Da inaplicabilidade dos prazos prescricionais previstos no Código Civil para as pretensões da Fazenda Pública; 3.3 O prazo prescricional das pretensões de ressarcimento da Fazenda Pública em face dos administrados; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo abordar a prescrição da pretensão indenizatória do Instituto Nacional do Seguro Social nas ações regressivas acidentárias. Para isso, busca-se compreender os fundamentos do direito de se cobrar regressivamente os custos das prestações sociais acidentárias e a natureza jurídica do fundo destinado ao custeio dessas prestações. Também são analisados os fundamentos da prescrição, os prazos prescricionais e a forma de integração das lacunas porventura existentes. Os estudos pretendem revelar que, diante da ausência de norma fixando o prazo prescricional das pretensões indenizatórias deduzidas em ações regressivas acidentárias, essas pretensões prescrevem em cinco anos, por aplicação analógica do artigo 1º do Decreto 20.910/32, e que o termo inicial da prescrição renova-se mensalmente quanto à pretensão de ressarcimento das prestações sociais de trato sucessivo.

PALAVRAS-CHAVE: Previdência Social. Ação Regressiva. Prescrição.

ABSTRACT: This work aims to treat about prescription deadline of the Brazilian National Institute of Social Security to charge for restitution using its regressive right against those employers who do not attend to the security labor rules. For that, it aims to comprehend the fundaments of law which allows claiming, in a regressive way, the Institute's expenses with the payment of the social benefits due to labor accidents. Intend to analyze the foundations of prescription, its terms (deadlines) and the ways that possible law omissions can be fulfilled. The studies aims to reveal that the absence of legal rules that treat about the deadline for the intent to sue for restitution of those social benefits must imply that this deadline should be fixed in five years as an analogical use of the art. 1º from the Brazilian Decree number 20.910/32, and its initial term renews every month due to fact that those social benefits are monthly paid for the Institute to those citizens victims of labor accidents

KEYWORDS: Social Welfare. Reversive Action. Prescription deadline.

INTRODUÇÃO

A ação regressiva acidentária, prevista no artigo 120 da Lei 8.213 de 1991, é um instrumento que visa garantir o equilíbrio financeiro e atuarial do Regime Geral de Previdência Social, mediante a recomposição do erário em face dos custos sociais dos acidentes do trabalho decorrentes de atos ilícitos.

Ao tempo em que o ajuizamento das ações regressivas é incrementado¹, surgem argumentos de defesa tendentes a eximir ou atenuar a condenação dos empregadores, sendo uma delas a tese da prescrição trienal da reparação civil, prevista no artigo 206, § 3º, do Código Civil.

Ocorre que, apesar de inexistir norma estabelecendo um prazo prescricional das pretensões indenizatórias da Fazenda Pública em face do administrado, a prescrição trienal do Código Civil pode não se aplicar a essas pretensões, eis que diversas disposições de direito público estabelecem prazos quinquenais para os entes da Administração. Assim, faz-se necessário analisar, sob o enfoque do princípio da isonomia, uma possível aplicação analógica do artigo 1º. do Decreto n. 20.910/32.

Por isso, serão analisadas as questões que envolvem a ação regressiva acidentária, a natureza jurídica do fundo destinado ao custeio das prestações, o equilíbrio econômico e atuarial do sistema, os fundamentos da prescrição, os prazos prescricionais e os processos de interpretação e integração do direito, no intuito de identificar o prazo e o termo inicial da pretensão de ressarcimento do Instituto Nacional do Seguro Social.

1 A AÇÃO REGRESSIVA ACIDENTÁRIA E SEUS DESIDERATOS

1.1 OS FUNDAMENTOS DO DIREITO DE REGRESSO DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

A Lei 8.213 de 1991, que instituiu o plano de benefícios do Regime Geral de Previdência Social, trouxe um poder-dever para a Administração Pública, ao dispor, no artigo 120, que “nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do

¹ Nos anos de 2009 e 2010 (neste, até o mês de abril), o Instituto Nacional do Seguro Social, por intermédio das unidades de execução da Procuradoria Geral Federal, ajuizou, respectivamente, 341 e 117 ações regressivas acidentárias (ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, 2010).

trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis.”²

O plano de benefícios do Regime Geral de Previdência Social prevê a concessão de prestações sociais aos trabalhadores ou dependentes que preencham os requisitos legais (v.g.: qualidade de segurado, carência, evento gerador, etc.). No caso específico das prestações sociais acidentárias, cujos eventos morte, doença ou invalidez são decorrentes de acidentes do trabalho, a Previdência Social, através do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), concederá as prestações sem indagar de quem foi a culpa pelo acidente que vitimou o trabalhador, eis que tem a obrigação legal de prover e conceder o benefício como forma de manutenção do trabalhador³ e de seus dependentes.⁴ Depois de concedida a prestação social acidentária, o INSS deve verificar se o acidente que deu origem à sua concessão decorreu da culpa⁵ do empregador ou de terceiro quanto ao cumprimento das normas de segurança e saúde do trabalho. Em caso positivo, maneja a respectiva ação regressiva.⁶

Essa regressividade, no entanto, depende da presença dos pressupostos essenciais da responsabilidade civil, que são a conduta humana (comissiva ou omissiva), o dano e o nexo de causalidade.⁷

2 Antes de incrementar o ajuizamento das ações regressivas, a Previdência Social sofria críticas por sua postura tímida em relação a essas demandas, conforme se infere dos textos de Feijó Coimbra: “no que toca à previdência social não conhecemos exemplo, o que é, efetivamente, de deplorar, pela renúncia, que tal atitude importa, ao reembolso das quantias pagas em razão de atos contrários ao direito” (COIMBRA, 2001, p. 312/313); e de Eladio Torret Rocha: “a verdade é que o órgão ancilar (INPS e depois INSS) sempre mostrou-se muito tímido a respeito, preferindo suportar sozinho o ônus obrigacional, em prejuízo de toda a massa securitária, sem voltar-se, de forma regressiva, como devido, quando presentes os sobreditos pressupostos da culpa ou dolo do empregador.” (ROCHA, p. 188, 1999.)

3 Cf. STJ: “[...] O fato de a responsabilidade da Previdência por acidente de trabalho ser objetiva apenas significa que independe de prova da culpa do empregador a obtenção da indenização por parte do trabalhador acidentado, contudo não significa que a Previdência esteja impedida de reaver as despesas suportadas quando se provar culpa do empregador pelo acidente. O risco que deve ser repartido entre a sociedade, no caso de acidente de trabalho, não se inclui o ato ilícito praticado por terceiro, empregadores, ou não. Recurso não conhecido.” (STJ RESP 506881, QUINTA TURMA – RELATOR JOSÉ ARNALDO DA FONSECA - DJ DATA: 17/11/2003 PG:00364 RST VOL.:00177 PG:00082).

4 COIMBRA, p. 311, 2001.

5 Cf. Eladio Torret Rocha: “Nada obstante a sua redação deficiente, posto que apenas menciona a negligência como causa motivadora do acionamento regressivo, a ação também fica viabilizada, por evidente, em se tratando das duas outras modalidades da culpa do empregador, quais sejam, a imprudência e a imperícia, além, é claro, do dolo.” (ROCHA, p. 188, 1999.)

6 LAZZARI; CASTRO, p. 528, 2008.

7 GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, p. 9, 2009.

A ação regressiva acidentária tem, portanto, natureza indenizatória, e a responsabilidade civil que lhe serve de fundamento decorre do não cumprimento das normas de segurança do trabalho, conforme se infere das lições de Miguel Horvath Junior:

A ação regressiva tem natureza indenizatória, visando reparar o dano causado pelo empregador ou por terceiro. [...] A responsabilidade civil que fundamenta a ação regressiva surge em virtude do não cumprimento (omissivo ou comissivo) das normas de prevenção, caracterizando o ato ilícito (aquele praticado em desacordo com a norma jurídica destinada a proteger interesses alheios; é o que viola direito subjetivo individual causando prejuízo a outrem, criando o dever de reparar tal lesão). Ilícito caracteriza-se por ação ou omissão voluntária. A responsabilidade no caso é subjetiva, ou seja, para sua caracterização é necessária a comprovação da culpa ou dolo do empregador.⁸

As normas do Código Civil que tratam da responsabilidade civil seriam suficientes para autorizar o direito de regresso do INSS.⁹ Contudo, é compreensível a preocupação do legislador ao prever expressamente a ação regressiva acidentária, para não confundi-la com a regressividade dos contratos de seguro privado.

Ao conceder uma prestação social acidentária, o INSS não se subroga nos direitos e ações do segurado ou dos beneficiários contra o causador do dano.¹⁰ A relação jurídica previdenciária não se assemelha à relação jurídica do seguro de pessoas previsto no Código Civil (art. 789 e seguintes). A vinculação dos trabalhadores ao regime previdenciário é obrigatória, pois decorre de norma Constitucional.¹¹ O fundo mantenedor do sistema é composto de recursos públicos e o custeio é feito por tributos, no caso, contribuições sociais, que também foram instituídas pela Constituição Federal.¹²

8 HORVATH JUNIOR, 2006, p. 440/441.

9 ROCHA, 1999, p. 188.

10 COIMBRA, 2001, p.312.

11 Constituição Federal, 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: [...]." (g. n.)

12 Constituição Federal, 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: 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) b) a receita ou o faturamento;

1.2 OS OBJETIVOS DA AÇÃO REGRESSIVA ACIDENTÁRIA

O principal objetivo da ação regressiva acidentária é a reparação do erário, que, no caso, atinge o fundo destinado ao pagamento das prestações sociais acidentárias.

Além de seu desiderato reparatório, a ação regressiva acidentária também possui objetivos sancionatórios e pedagógicos, eis que o empregador negligente estará sujeito a tantas sanções quanto forem necessárias até conscientizar-se da necessidade de investir em medidas de segurança e saúde do trabalhador. Por isso, pode-se afirmar que o artigo 120 da Lei 8213/91 possui um sentido tríplice de reparar, punir e educar.¹³

O sentido educativo pode ser atingido pelo mero ajuizamento da ação regressiva, pois os pedidos formulados abrangem o ressarcimento das prestações vencidas e vincendas, bem como a constituição do capital para assegurar a efetividade da execução. Em alguns casos, as prestações sociais podem durar décadas, sobretudo quando se trata de pensão por morte concedida a um dependente jovem.

Por isso, o receio de sofrer uma condenação que pode atingir montante considerável, por si só, deve motivar o empregador a investir em medidas de proteção e saúde dos trabalhadores, as quais poderão evitar a ocorrência de muitos acidentes do trabalho.¹⁴

1.3 O EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

Além do objetivo reparatório, a ação regressiva acidentária visa preservar o equilíbrio financeiro e atuarial do Regime Geral de Previdência Social, previsto no artigo 201, “caput”, da Constituição Federal, *in verbis*:

(Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) c) o lucro; (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) III - sobre a receita de concursos de prognósticos. IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar [...].” (g. n.)

13 Cf. REIS, 2000, p.78/87.

14 As ações regressivas acidentárias geram destaque na imprensa da localidade onde são manejadas. Conforme se infere da notícia “INSS quer resgatar R\$ 15 milhões na região”, além da repercussão esclarecimentos acerca dessas ações, há informações sobre a movimentação para evitar as indenizações. FOLHA DE LONDRINA. Disponível em: <http://www.bonde.com.br/bonde.php?id_bonde=5-8&id_retorno=2-1--2256-20080506>. Acesso em: 05 ago. 2010.

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: (g.n.)

Em artigo sobre a previdência privada, publicado na Revista dos Tribunais, Arnold Walt traz considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro e atuarial, aludindo aos conceitos de Mailson da Nóbrega e dos seus colaboradores da Tendência Consultoria Integrada:

[...] o conceito de equilíbrio econômico-financeiro está consagrado na legislação e na doutrina, tendo chegado a ter consagração constitucional em relação aos contratos administrativos.

Na realidade, embora a maioria dos tribunais e dos autores identifique o *sentido dos dois adjetivos* - econômico e financeiro -, a melhor doutrina é no sentido de distingui-los, tanto mais que não se presume que o legislador utilize sinônimos inúteis para enfatizar o caráter de determinadas obrigações. Como já foi salientado por Mário Henrique Simonsen, o equilíbrio financeiro se refere à correspondência entre os dois elementos do fluxo de caixa: receitas e despesas (input e output), enquanto o equilíbrio econômico (atuarial no caso dos fundos de pensão) se refere ao resultado global final da operação, que não pode ser deficitária.

[...]

Por sua vez, o Min. Mailson da Nóbrega e alguns dos seus colaboradores de Tendência Consultoria Integrada, em recentíssimo parecer, enfatizaram que o equilíbrio econômico-financeiro se reveste, nas entidades de previdência social, da especialização sob a forma de equilíbrio financeiro e atuarial, este último substituindo o econômico pelas peculiaridades do fundo de pensão. Esclarecem os mencionados economistas que:

“Quanto ao regime previdenciário, é importante diferenciar dois tipos de equilíbrio: financeiro e atuarial:

* O equilíbrio financeiro leva em conta apenas os desembolsos e as receitas correntes dos planos, somadas às provisões e outras reservas acumuladas.

* *O equilíbrio atuarial exige, além disso, que os desembolsos futuros sejam compatíveis com as expectativas de receitas.* Dessa forma, o equilíbrio financeiro analisaria a solvência do plano e o equilíbrio atuarial demonstraria a solvabilidade, que é a capacidade de sustentar a solvência no futuro. (g.n.).¹⁵

Atentando-se para o conceito de equilíbrio atuarial, ou seja, a compatibilidade entre o as expectativas de despesas e receitas, projetadas para o futuro, verifica-se que a viabilidade do Regime Geral de Previdência Social depende da ponderação dessas expectativas.

Se o sistema prevê a concessão de prestações sociais acidentárias, as expectativas de arrecadação das contribuições destinadas ao seu custeio (no caso, as contribuições do Seguro de Acidente de Trabalho-SAT)¹⁶ devem ser compatíveis com o custo social que os riscos da atividade laborativa podem trazer ao Regime.

O cálculo das alíquotas do SAT considera o risco ordinário da atividade laborativa, eis que não é possível prever a cobertura de despesas decorrentes de atos ilícitos engendrados pelos empregadores.¹⁷ Nesse sentido, são as considerações de Daniel Pulino:

[...] o seguro acidentário, público e obrigatório, não pode servir de alvará para que empresas negligentes com a saúde e a própria vida do trabalhador fiquem acobertadas de sua irresponsabilidade, sob pena de constituir-se verdadeiro e perigoso estímulo a esta prática socialmente indesejável.¹⁸

Portanto, os gastos com as prestações sociais decorrentes de acidentes causados por ato ilícito do empregador ou de terceiro não estão cobertos pelo SAT, de modo que a ação regressiva acidentária, como instrumento de reparação do erário, garante o equilíbrio financeiro e atuarial do fundo destinado ao custeio dessas prestações sociais.

15 WALT, 2001, p. 11.

16 Seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, previsto como um dos direitos fundamentais dos trabalhadores no artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal.

17 Cf. TRF da 1ª Região: “[...]8. A contribuição para o financiamento de benefícios decorrentes de acidente de trabalho possui natureza tributária, não se tratando de seguro privado e não afastando a responsabilidade da empresa pela adoção das medidas individuais e coletivas de prevenção de acidentes.” (TRF1 APELAÇÃO CIVEL – 200001000696420 - Relator(a) JUIZ FEDERAL MARCELO ALBERNAZ (CONV.) - DJ DATA:16/10/2006 PAGINA:95).

18 Cf. Daniel PULINO *apud* CASTRO; LAZZARI, 2008, p. 528.

2 A IMPORTÂNCIA DOS CONCEITOS DE AÇÃO E PRETENSÃO PARA A COMPREENSÃO DA PRESCRIÇÃO E DE SEU TERMO INICIAL

2.1 A PRESCRIÇÃO E A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE AÇÃO

A prescrição, da expressão romana *praescriptio* (escrever antes ou no começo),¹⁹ fundamenta-se na necessidade da certeza das relações jurídicas, as quais são suscetíveis de dúvidas ou controvérsias ao longo do tempo.²⁰ Assim, no desiderato de encerrar as incertezas advindas dessas relações, o legislador estabelece prazos para que o titular de um direito violado exerça a sua pretensão.²¹

Modernamente, a prescrição é compreendida como a perda da pretensão, ou seja, de um alegado direito subjetivo exigível, em razão inércia de seu titular. O Código Civil de 2002 acolhe essa noção dos Direitos Alemão e Suíço,²² estabelecendo no artigo 189 que, “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição [...]”.

Para compreender a pretensão, é necessário analisar a evolução do conceito de ação, que, do direito de perseguir o que é devido, evoluiu para alcançar a noção de exercício da pretensão de tutela jurisdicional.

Em meados do Século XIX, Friedrich Carl *von Savigny*, sob a influência das definições de Celso²³ acerca da *actio romana*, desenvolveu a teoria imanentista da ação, também conhecida como clássica ou civilista, segundo a qual a ação seria o próprio direito subjetivo de reagir contra uma ameaça ou a violação do direito material, como algo que lhe fosse imanente, mas sem autonomia ou identificação próprias. Para Savigny, a lesão ou violação do direito era pressuposto essencial da ação, dando origem aos conceitos de *actio* (ação potencial) e *actio nata* (ação atual).²⁴ Até então, não fazia distinção entre pretensão e ação, pois esta era

19 De Plácido e Silva, 2005, p. 1084.

20 SAVIGNY *apud* AMORIN FILHO, 1962, p. 15.

21 Cf. Caio Mario da Silva PEREIRA, “Sob diversos aspectos, e em diversas oportunidades, o direito atenta para a circunstância temporal: ao disciplinar a eficácia da lei, estatui as normas a que subordina o começo e o fim de sua vigência; ao tratar das modalidades do negócio jurídico, cuida do termo inicial ou final, a que sujeita o exercício do direito; e dita as regras a serem observadas na contagem dos prazos.” (PEREIRA, 2008, p. 679)

22 TEODORO JUNIOR, 2003, p. 3/4.

23 Jurista romano do Período Clássico.

24 CUNHA, 2007, p. 62.

considerada como o próprio direito subjetivo material ou um direito dependente daquele.

Tempos depois, uma discussão travada entre os romanistas alemães Benhard Windscheid e Theodor Muther tornou-se ponto de partida para a reformulação do conceito de ação, sobretudo no que se refere à distinção entre o direito lesado e a ação.²⁵

No ano de 1856, Windscheid publicou a obra intitulada “A Ação do Direito Civil Romano do Ponto de Vista do Direito Atual”, na qual abordou a distinção entre a *klage* alemã e a *actio* romana. Nesse trabalho, argumentou que a *klage* alemã era o direito de acionar, ao passo que a *actio* era uma pretensão que se poderia perseguir, afirmando que o sistema romano seria, portanto, um sistema de pretensões.²⁶

Reagindo aos novos conceitos trazidos por Windscheid, Muther publicou, um ano depois, a obra “Sobre a Teoria da *Actio* Romana, do Moderno Direito de Queixa, da Litiscontestação e da Sucessão Singular nas Obrigações”, afirmando que a *actio* romana e a *klage* alemã tratavam-se da mesma coisa. Para ele, o ordenamento alemão era um sistema de direitos e a *actio* era a pretensão do titular em face do pretor.²⁷

Apesar da veemência de sua réplica, através da obra “A *Actio*. Réplica ao Dr. Theodor Muther”, Windscheid acabou por aceitar alguns conceitos de Muther, admitindo existir um direito de agir, que poderia ser exercido em face do Estado e em face do devedor. A virtude dessa discussão, cujos argumentos na verdade se complementam, foi a de revelar um conceito de ação tecnicamente mais apropriado ao estágio de desenvolvimento do direito processual.²⁸

Com a autonomia do direito de ação, não há como confundi-la com pretensão, pois a ação alcança a noção de exercício da pretensão de tutela jurisdicional. Nesse sentido, as lições de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover são esclarecedoras:

Dessas novas idéias partiram outros estudiosos, para demonstrar, de maneira irrefutável, a autonomia do direito de ação [...]

25 CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1997, p. 250.

26 BRASILEIRO, 2003, p. 57/79.

27 Ibid.

28 BRASILEIRO, 2003, p. 57/79.

Foi Wach, ainda na Alemanha, que elaborou a teoria do direito concreto à tutela jurídica. A ação é um direito autônomo [...] Dirige-se contra o Estado, pois configura o direito de exigir a proteção jurídica, mas também contra o adversário, do qual se exige a sujeição.²⁹

Ovídio Baptista da Silva, além de esclarecer a distinção entre pretensão e ação, tanto no plano material como no processual, demonstra que o credor, enquanto exigir do devedor o cumprimento voluntário da obrigação, estará exercendo a pretensão, cabendo-lhe tão somente aguardar o adimplemento. Mas se, voluntariamente, o devedor não cumpre a obrigação, nasce para o credor a ação de direito material:

Se o direito pode ser exigido do titular, diz-se que ele está munido de pretensão. [...] Verificada a condição ou ocorrido o termo, surge no titular o poder de exigir a satisfação do sujeito passivo a obrigação (lato sensu) de prestá-la. Se o titular do direito exige que o obrigado o cumpra, haverá exercício da pretensão, normalmente levada a efeito extrajudicialmente. Ainda não há, até esse momento, contrariedade a direito. Se porém, ante tal exigência, o obrigado, premido, resiste ao cumprimento da obrigação e não a satisfaz, ao titular da pretensão nasce-lhe a ação de direito material, que é o agir para a realização do próprio direito.³⁰

E segue conceituando a ação de direito processual, como o direito de pedir ao Estado a tutela jurisdicional:

Esta, a “ação” processual, por força há de ser também fundada em direito. Também ela, como atividade jurídica, lícita, deve corresponder a um direito exigível (=pretensão) que nasce como decorrência da proibição da autotutela privada, pelo estabelecimento do monopólio da jurisdição. A esse direito exigível dá-se o nome de pretensão de tutela jurídica. É importante ter-se presente que nos tempos primordiais da organização jurídica romana o direito se realizava privadamente, e a função jurisdicional limitava-se à averiguação posterior de que o titular do direito o havia exercido legitimamente, vale dizer, com observância dos rituais apropriados, porque também a autotutela privada não era um agir arbitrário e incontrolado que, se assim o fosse, redundaria na negação do próprio direito.³¹

29 CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1997, p. 250/251.

30 SILVA, 2006, p. 19

31 SILVA, 2006, p. 28

Embora exercidas simultaneamente, as ações de direito material e processual não se confundem, pois a primeira é dirigida contra o sujeito passivo da obrigação, para a realização de um direito independentemente de sua vontade, e a outra contra o Estado, para que ele dê resposta adequada ao pedido do autor.³²

Por essas razões, compreende-se hoje a prescrição como a perda da pretensão de direito material, e não do direito de ação. Assim, se o titular de um direito a uma prestação exigível não ajuizar a demanda dentro do prazo estabelecido em lei para a sua cobrança, haverá perda da pretensão de exigir esse direito, permanecendo o direito de pedir uma tutela jurisdicional.

2.2 A VIOLAÇÃO AO DIREITO PATRIMONIAL DA PREVIDENCIA SOCIAL E A PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO

Estando a pretensão de ressarcimento do Instituto Nacional do Seguro Social sujeita a um prazo prescricional, por razões de segurança jurídica e estabilidade das relações sociais, cumpre verificar qual seria o exato momento em que há violação ao seu direito patrimonial.

O artigo 189 do Código Civil estabelece que o termo inicial da prescrição é a data em que o direito foi violado. Considerando que a prescrição não atinge os direitos potestativos, ou seja, os direitos subjetivos cuja satisfação independe da vontade do obrigado, somente as pretensões relativas ao direito a uma prestação exigível estão sujeitas a prazos prescricionais.³³

Através da ação regressiva acidentária, busca-se a reparação do erário em face de um ato ilícito que ensejou a concessão de uma prestação social acidentária, o que implica no entendimento de que prescrição da pretensão reparatória terá seu termo inicial no efetivo pagamento da prestação social ao trabalhador ou seus dependentes, pois é nesse momento que ocorre a lesão ao direito patrimonial do INSS, tornando-se exigível a respectiva reparação do real causador do dano.³⁴

Desse modo, a contagem do prazo prescricional não se inicia na data do acidente, nem tampouco na data da Comunicação de Acidente

³² Ibid

³³ CUNHA, 2007, p. 65.

³⁴ Cf. Código Civil, art. 331, “salvo disposição legal em contrário, não tendo sido ajustada época para o pagamento, pode o credor exigi-lo imediatamente”.

do Trabalho ou no ajuizamento de eventual ação do trabalhador, pois até aí não ocorreu nenhuma lesão patrimonial.

O evento que dá suporte ao direito do INSS pleitear o ressarcimento do erário – o acidente causado pela negligência do empregador – mantém seu estado de latência até o momento em que ocorrer o efetivo pagamento da prestação social acidentária, nascendo, aí, a pretensão. Esse raciocínio pode ser depreendido das lições de Ovídio Araujo Baptista da Silva:

Se sou titular de um crédito ainda não vencido, tenho já direito subjetivo, estou na posição de credor. Há status que corresponde a tal categoria de Direito das Obrigações, porém não disponho ainda da faculdade de exigir que meu devedor cumpra o dever correlato, satisfazendo meu direito de crédito. No momento em que ocorrer o vencimento, nascer-me uma nova faculdade de que meu direito subjetivo passará a dispor, qual seja, o poder exigir que meu devedor preste, satisfaça, cumpra a obrigação. Nesse momento, diz-se que o direito subjetivo, que se mantinha em estado de latência, adquire dinamismo, ganhando uma nova potência a que se dá o nome de pretensão. A partir do momento em que posso exigir o cumprimento do dever que incumbe ao sujeito passivo da relação jurídica, diz-se que o direito subjetivo está dotado de pretensão. Contudo, a partir daí, se meu direito de crédito não é efetivamente exigido do obrigado, no sentido de compeli-lo ao pagamento, terei, pelo decurso do tempo e por minha inércia, prescrita essa faculdade de exigir o pagamento. Haverá, a partir de então, direito subjetivo, porém, não mais pretensão, e, conseqüentemente, não mais ação, que, como logo veremos, é um momento posterior na vida do direito subjetivo.³⁵

Assim, a pretensão de ressarcimento nasce na ocasião em que o INSS efetua o pagamento da prestação social acidentária, pois somente nesse momento estará autorizado a voltar-se regressivamente contra o causador do dano.

2.3 O TRATO SUCESSIVO DAS PRESTAÇÕES SOCIAIS ACIDENTÁRIAS E O TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO INDENIZATÓRIA

As prestações sociais acidentárias são concedidas aos trabalhadores ou dependentes na forma de serviços ou benefícios

³⁵ SILVA, 2006, p. 17.

previdenciários.³⁶ Na hipótese da prestação de um serviço, como a reabilitação profissional,³⁷ será possível mensurar o seu valor e o momento em que foi prestado.

Quando a pretensão de ressarcimento do INSS envolver a cobrança de aquilo que se gastou com um serviço previdenciário, o termo inicial da prescrição será a data em que o serviço foi efetivamente prestado ao trabalhador vítima do acidente de trabalho.

Em relação à concessão de benefícios de prestação continuada,³⁸ como aposentadorias por invalidez, pensões por morte, auxílios-doença ou acidente, o caráter sucessivo dessas prestações trará reflexos na fixação do termo inicial e na contagem do prazo prescricional.

Nesses casos, a violação do direito patrimonial da previdência social renova-se mensalmente, ou seja, haverá tantas pretensões quantas forem as prestações pagas a título de benefício previdenciário. Para elucidar a questão do termo inicial da pretensão de ressarcimento na hipótese de prestações mensais, vale conferir as considerações de José Nilo de Castro, Tais Erthal Rodrigues e Marcela Campos Jabor acerca das obrigações de trato sucessivo:

[...] o direito se constitui, conserva-se, modifica-se ou se extingue com base em acontecimento histórico, denominado suposto fático. De todo direito decorrem efeitos, reunidos no complexo de faculdades e obrigações contrapostas. [...] Nem todos os efeitos, todavia, são idênticos. Alguns são instantâneos. Outros, no entanto, reproduzem, periodicamente, a obrigação da contraparte. São as conhecidas obrigações de trato sucessivo. Nestas, renova-se a obrigação de tempo em tempo. Daí inferir-se que, nas obrigações de trato sucessivo, recomeça-se novo prazo, cada vez que surge a obrigação seguinte.³⁹

36 Cf. Lei 8.213/91, art. 18: "O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações [...] expressas em benefícios e serviços: [...]"

37 Cf. Lei 8.213/91, art. 89, parágrafo único: "A reabilitação profissional compreende: a) o fornecimento de aparelho de prótese, órtese e instrumentos de auxílio para locomoção quando a perda ou redução da capacidade funcional puder ser atenuada por seu uso e dos equipamentos necessários à habilitação e reabilitação social e profissional; b) a reparação ou a substituição dos aparelhos mencionados no inciso anterior, desgastados pelo uso normal ou por ocorrência estranha à vontade do beneficiário; c) o transporte do acidentado do trabalho, quando necessário."

38 Cf. Lei 8.213/91, art. 33: "A renda mensal do benefício de prestação continuada que substituir o salário-de-contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado não terá valor inferior ao do salário-mínimo, nem superior ao do limite máximo do salário-de-contribuição, ressalvado o disposto no art. 45 desta Lei."

39 CASTRO; RODRIGUES; JABOR, 2008.

A pretensão de ressarcimento não está sujeita à prescrição de fundo de direito, mas à prescrição de trato sucessivo,⁴⁰ decorrente da obrigação do empregador negligente ressarcir as prestações sociais acidentárias na medida em que elas são pagas ao trabalhador ou seus dependentes.

Por se tratar de obrigação de ressarcimento amparada na responsabilidade civil, cujo dano patrimonial renova-se mensalmente, a prescrição somente atingirá as parcelas anteriores ao prazo [estabelecido para o exercício da pretensão regressiva acidentária] que antecede o ajuizamento da ação.

3 AS PRETENSÕES DA FAZENDA PÚBLICA⁴¹ E OS PRAZOS DE PRESCRIÇÃO

3 1 DOS PRAZOS DE PRESCRIÇÃO DO CÓDIGO CIVIL E DAS DISPOSIÇÕES DE DIREITO PÚBLICO

A prescritibilidade é regra geral de Direito, de modo que a Fazenda Pública está sujeita a prazos para o exercício de suas pretensões em face do administrado, assim como este se submete a prazos para o exercício de sua pretensão em face daquela.⁴²

O ordenamento jurídico brasileiro possui diversas normas, algumas de caráter geral e outras específicas, que fixam prazos de prescrição atinentes às pretensões advindas das relações jurídicas e obrigações entre particulares ou entre estes e a Fazenda Pública.

40 Apesar de se aplicar às pretensões na qual a Fazenda Pública figure como devedora, cabe citar a súmula 85 do STJ: “Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior a propositura da ação.”

41 Cf. Sérgio Ferraz (in RDP 53/54) apud Alvaro Melo Filho, “O que se denomina “Fazenda Pública” é exatamente um conjunto de órgãos que, segundo alguns, se apresenta exatamente como a vivência dinâmica do Estado em juízo; segundo outros, como a personificação fiscal do Estado; segundo outros mais, como sinônimo de Estado; mas, de qualquer maneira, sempre será uma conjugação de aparatos de ordem estatal.” (MELO FILHO, 1994, p. 116).

42 Registre-se, aqui, a exceção contida no artigo 37, § 5º, da CF (“A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”), e a decisão do STF no Mandado de Segurança n.º 26210-DF, no qual reconheceu-se que as pretensões de reparação do Erário são imprescritíveis, independentemente da qualidade do agente causador do dano (MS 26210/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 4.9.2008). No entanto, há entendimentos no sentido de que, a despeito da ressalva, o legislador constituinte não quis deixar tais ações ressarcimento excluídas da incidência da prescrição, cf. Rita Andrea Rehen Tourinho, Marcelo Colombi Mezzomo e Fabio Medina Osório, apud Ada Pellegrini Grinover. (GRINOVER, set., 2005).

A norma do artigo 205 do Código Civil, de caráter geral, estabelece que “a prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”. Já o artigo seguinte fixa prazos de outras pretensões, como, por exemplo, a do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele (em um ano - art. 206 § 1º, inciso II) e a do alimentado para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem (em dois anos - art. 206 § 2º).

O artigo 206 estabelece ainda o prazo de três anos para a pretensão de reparação civil (§ 3º, inciso V), o prazo de quatro anos para a pretensão relativa à tutela (no § 4º) e o prazo de cinco anos para a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular, a pretensão pelos honorários profissionais e pretensão do vencedor para haver do vencido o que despendeu em juízo (no § 5º).

As pretensões que envolvem a Fazenda Pública possuem regramento jurídico próprio, com diversas normas estabelecendo prazos específicos de prescrição. Esses prazos são em regra quinquenais, como, por exemplo, o prazo para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social,⁴³ das ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas na Lei de improbidade administrativa,⁴⁴ da ação para a cobrança do crédito tributário,⁴⁵ para a propositura da ação popular,⁴⁶ para anular os atos inválidos dos quais decorrem efeitos favoráveis ao administrado,⁴⁷ da ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor⁴⁸ e a recém editada norma que fixa o prazo de cinco anos para a pretensão de cobrança do crédito não-tributário decorrente da aplicação de multa por infração à legislação em vigor.⁴⁹

Há também uma norma específica para a Fazenda Pública, estabelecendo o prazo de prescricional de cinco anos para as pretensões do administrado, consoante dispõe o artigo 1º do Decreto n. 20.910/32:

43 Lei 8.213/91, art. 103, parágrafo único.

44 Lei 8429/92, art. 23.

45 Código Tributário Nacional, art. 174.

46 Lei 4717/65, art. 21.

47 Lei 9784/99, art. 54.

48 Lei 9.873/99, art. 1º.

49 9.873/99, art. 1º-A, com redação dada pela Lei 11.941/2010.

Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

A disposição do artigo 10 do Decreto traz uma ressalva à situação prevista no artigo 1º:

Art. 10. O disposto nos artigos anteriores não altera as prescrições de menor prazo, constantes das leis e regulamentos, as quais ficam subordinadas às mesmas regras.

Apesar das diversas disposições normativas estabelecendo prazos das pretensões de cobrança dos créditos de natureza tributária e não tributária, não há nenhuma norma fixando o prazo da pretensão de ressarcimento da Fazenda Pública em face do administrado, nem tampouco o prazo para a pretensão de ressarcimento do INSS em ação regressiva acidentária.

Em razão disso, faz-se necessário utilizar os processos de hermenêutica e aplicação do direito para determinar o sentido e alcance das normas jurídicas que fixam os prazos prescricionais, enquadrando-se a ação regressiva acidentária na norma jurídica adequada.⁵⁰

3.2 DA INAPLICABILIDADE DOS PRAZOS PRESCRICIONAIS PREVISTOS NO CÓDIGO CIVIL PARA AS PRETENSÕES DA FAZENDA PÚBLICA

De acordo com a regra da *lex specialis*, segundo a qual “a norma especial revoga a geral no que esta dispõe especificamente”,⁵¹ não se aplica o prazo decenal previsto no artigo 205 do Código Civil às pretensões do administrado em face da Fazenda Pública, eis que existe norma específica regulando a matéria (art. 1º. do Decreto 20.910/32). Pela mesma razão, não se deve aplicar à Fazenda Pública a norma do artigo 206, §3º, inciso V, do Código Civil, que fixa o prazo de três anos para as pretensões de reparação civil, eis que a norma específica sujeita ao prazo quinquenal “todo e qualquer direito ou ação [...], seja qual for a sua natureza.”

Interpretando o artigo 10 do Decreto, alguns doutrinadores defendem a aplicação do prazo trienal para as pretensões de reparação civil

50 MAXIMILIANO, 1997, p. 5.

51 GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 69.

do administrado em face da Fazenda Pública.⁵² Desse modo, aplicando-se o princípio *ubi aeden ratio, ibi idem jus statuendum*,⁵³ seria forçoso concluir que as pretensões de reparação civil da Administração Pública em face do administrado também estariam sujeitas à prescrição trienal.

Ocorre que, em razão dos princípios e regras que regem a Administração Pública, a interpretação das disposições de direito público deve ser sistemática,⁵⁴ pois nesse caso deverão ser levados em consideração todos os princípios e dispositivos normativos da mesma natureza.

Caberá analisar, então, se o sentido da expressão “seja qual for a sua natureza”, contida no artigo art. 1º. do Decreto 20.910/32, alcança as pretensões de reparação civil, bem como se “as prescrições de menor prazo, constantes das leis e regulamento”, prevista no artigo 10 do mesmo Decreto, permitiria autorizar a submissão aos prazos do Código Civil.

Com base na interpretação sistemática, o hermeneuta poderá comparar o dispositivo em questão com outros referentes ao mesmo objeto. Para definir a norma aplicável através interpretação sistemática, Carlos Maximiliano ensina que:

O hermeneuta eleva o olhar, dos casos especiais para os princípios dirigentes a que eles se acham submetidos; indaga se, obedecendo a uma, não viola outra; inquire das conseqüências possíveis de cada exegese isolada. Assim, contemplados do alto os fenômenos jurídicos, melhor se verifica o fenômeno de cada vocábulo, bem como se um dispositivo deve ser tomado na acepção ampla, ou na estrita, como preceito comum, ou especial.⁵⁵

52 Cf. Leonardo José Carneiro da Cunha: “a pretensão de reparação civil da Fazenda Pública submete-se ao prazo prescricional de 3 (três) anos, e não à prescrição quinquenal” (CUNHA, 2007, p. 80); e Carlos Roberto GONÇALVES: “A ação deve ser proposta dentro do prazo prescricional de três anos. No Código Civil de 1916, prescreviam em cinco anos as ações contra a Fazenda Pública (art. 178, §10, VI). O novo Código unificou todos os prazos das ações de ressarcimento de dano, reduzindo-os a três anos, sem fazer nenhuma distinção entre os sujeitos passivos.” (GONÇALVES, 2003, p.190).

53 Cf. De Placido e Silva: “ou, simplesmente, *ubi aeden est ratio, idem jus*, em que se afirma o princípio de que, quando a mesma razão para decidir, deve aplicar-se, ou se admitir o mesmo direito.” (SILVA, 2005, p. 1438).

54 Cf. Carlos Maximiliano: “Consiste o processo sistemático em comparar o dispositivo sujeito à exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referente ao mesmo objeto. Por umas normas se conhece o espírito das outras. Procura-se conciliar as palavras antecedentes com as conseqüentes, e do exame das regras em conjunto deduzi o sentido de cada uma.” (MAXIMILIANO, 1997, p. 128).

55 *Ibid.*, p. 129.

O Decreto n. 20.910/32 estabelece regras de prescrição aplicáveis à Fazenda Pública, a par das já existentes no Código Civil. Atentando-se para os princípios dirigentes do regime jurídico de direito administrativo, em especial ao da impessoalidade (derivado do princípio da isonomia), verifica-se que a instituição do Decreto teve o desiderato de dar tratamento específico no que tange ao prazo para o exercício das pretensões da Fazenda Pública, afastando-o da égide do direito civil comum.⁵⁶

Ademais, aplicar o prazo trienal para reparação civil contra a Administração, por força interpretativa, poderia afrontar o princípio da isonomia, eis que todas as demais situações regidas pelas normas de direito público submetem as pretensões envolvendo a Fazenda Pública ao prazo quinquenal.

Como o Decreto n. 20.910/32 reveste-se da qualidade de *lex specialis* do direito público, a interpretação sistemática da expressão “seja qual for a sua natureza” implica no entendimento de que aí estão inclusas as pretensões de reparação civil.

Em relação às “prescrições de menor prazo, constantes das leis e regulamentos”, mencionadas no artigo 10 do Decreto 20.910/32, a exegese conforme os princípios gerais do direito público também leva à interpretação estrita, de forma que a redução do prazo somente seria autorizada quando for por outra norma do regime jurídico de direito público.

Importante registrar que o Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo ser inaplicável o prazo trienal para as pretensões de reparação civil do administrado em face da Fazenda Pública, sob o fundamento de que a prescrição quinquenal, prevista no Decreto 20.910/32, deve ser aplicada a todo qualquer direito ou ação contra a Fazenda Pública, seja qual for a natureza.⁵⁷

56 Cf. Luis Roberto Barroso: “De longa data o direito administrativo desfruta de autonomia didática e científica, tendo princípios, conceitos e regras próprios. Trata-se de direito comum, e não de direito cujas regras possam legitimamente ser caracterizadas como excepcionais. [...] Por isso, o direito administrativo é hoje o direito comum do direito público, assim como o direito civil é o direito comum do direito privado. É no direito administrativo que são encontrados os princípios, conceitos e institutos fundamentais dos demais ramos do direito público interno”. Assim, quando se afirma a autonomia do direito administrativo, isto significa que ele não é direito excepcional ou estrito relativamente a qualquer outro ramo do direito, mas apresenta institutos e instrumentos próprios, bem como princípios e regras que lhe são peculiares. Daí por que a interpretação de suas disposições será orientada por seus próprios princípios e a integração de suas lacunas deverá efetivar-se por normas que pertençam ao seu domínio, salvo se inexistentes.” (BARROSO, 2000, p. 113).

57 Cf. STJ, AGRESP 200801587825, HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, 01/07/2009; STJ, AGRESP 200702723758, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, 14/04/2008; e

3.3 O PRAZO PRESCRICIONAL DAS PRETENSÕES DE RESSARCIMENTO DA FAZENDA PÚBLICA EM FACE DOS ADMINISTRADOS

Não há nenhuma norma estabelecendo um prazo para o exercício das pretensões reparatórias da Administração em face do administrado. Se os prazos do Código Civil não se aplicam às pretensões que envolvem a Fazenda Pública, a definição do prazo prescricional das ações de ressarcimento em face do administrado [incluídas as ações regressivas acidentárias] deve ser feita com a integração da lacuna por meio da analogia.⁵⁸

As indenizações não se classificam como crédito de natureza não-tributária,⁵⁹ mas os fundamentos que levaram o Superior Tribunal de Justiça a afastar os prazos prescricionais do Código Civil para a cobrança da multa administrativa por infração da legislação, antes da edição da Lei n. 11.941/2009, que alterou a redação do artigo 1º-A da Lei 9.873/99,⁶⁰ podem ser analisados para identificar o prazo prescricional da pretensão indenizatória do Instituto Nacional do Seguro Social em ação regressiva.

No recurso especial e representativo de controvérsia n. 1.112.577 – SP, da relatoria do Ministro Castro Meira, decidiu-se que o prazo de cinco anos, previsto no Decreto n. 20.910/32, aplica-se à cobrança da multa aplicada por infração à legislação:

ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA ADMINISTRATIVA. INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. PRESCRIÇÃO. SUCESSÃO LEGISLATIVA. LEI 9.873/99. PRAZO DECADENCIAL. OBSERVÂNCIA. RECURSO

STJ, RESP 200702442957, CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, 23/06/2008.

58 Cf. Carlos Maximiliano, a analogia “se baseia na presunção de que duas coisas que têm em si um certo número de semelhanças possam conseqüentemente assemelhar-se quanto a um outro mais. [...] Duas coisas se assemelham sob um ou vários aspectos; conclui-se logo que, se determinada proposição é verdadeira quanto a uma, sê-lo-á também a respeito da outra. (MAXIMILIANO, 1997, p. 206).

59 Cf. Lei 4.320/64, art. 39, § 2º: “Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e Dívida Ativa não Tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, [...] exceto as tributárias, foros, laudêmios, alugueis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais.” (g.n.)

60 Lei 9.873/99, art. 10-A: “Constituído definitivamente o crédito não tributário, após o término regular do processo administrativo, prescreve em 5 (cinco) anos a ação de execução da administração pública federal relativa a crédito decorrente da aplicação de multa por infração à legislação em vigor.”

ESPECIAL SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC E
À RESOLUÇÃO STJ N.º 08/2008.

[...]

2. A jurisprudência desta Corte tem reconhecido que é de cinco anos o prazo para a cobrança da multa aplicada ante infração administrativa ao meio ambiente, nos termos do Decreto n.º 20.910/32, o qual que deve ser aplicado por isonomia, à falta de regra específica para regular esse prazo prescricional. [...] 8. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao art. 543-C do CPC e à Resolução STJ n.º 08/2008.(RESP 200900441413, CASTRO MEIRA, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, 08/02/2010).

A aplicação analógica do Decreto n.º 20.910/32 fundamenta-se na isonomia, pois tanto a cobrança de multa quanto a cobrança de tributos são atividades que, além de regidas por normas de direito público, se assemelham em diversos pontos (ambas são indisponíveis e irrenunciáveis, dependem de prévia disposição legal, o seu lançamento/aplicação deriva de uma atividade administrativa vinculada, etc.).

Convém destacar trecho do voto do Ministro Relator Castro Meira, onde registra estar sedimentada no STJ a orientação de que os prazos prescricionais do Código Civil não se aplicam às relações disciplinadas pelo Direito Público:

A jurisprudência desta Corte tem reconhecido que o prazo para a cobrança da multa imposta ante transgressão administrativa é de cinco anos, nos termos do Decreto n.º 20.910/32, aplicado por isonomia, à falta de regra específica para regular esse prazo prescricional. As duas Turmas de Direito Público assentaram que, por tratar-se de multa administrativa, não se pode aplicar a regra geral de prescrição prevista no Código Civil, seja o de 1916 seja o Novo Código Civil.

[...]

Embora sedimentada a orientação de que os prazos prescricionais do novo Código Civil não se aplicam às relações disciplinadas pelo Direito Público, devendo incidir na espécie o art. 1º do Decreto 20.910/32, a questão relativa ao prazo prescricional para a cobrança de crédito decorrente de multa por infração administrativa ao meio ambiente comporta exame à luz das disposições contidas na

Lei 9.873, de 23 de novembro de 1999, com os acréscimos da Lei 11.941, de 27 de maio de 2009.

Todavia, esses dispositivos legais não incidem no caso em exame, já que a multa por infração ambiental foi aplicada por entidade estadual de fiscalização e proteção do meio ambiente, fora, portanto, do campo de incidência dos referidos diplomas legais.

[...]

Nesses termos, e guardadas as particularidades do caso - prescrição de multa por infração à legislação do meio ambiente aplicada por entidade de fiscalização estadual -, o prazo para a cobrança do crédito é de cinco anos, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/32, conforme jurisprudência pacífica desta Corte.

Está incorreto, portanto, o acórdão recorrido ao fixar prazo de prescrição decenal com força no art. 205 do novo Código Civil. (grifos no original)⁶¹

Celso Antônio Bandeira de Mello também compreende que, diante da ausência de norma estabelecendo prazos para as pretensões da Fazenda Pública em face do administrado, a lacuna deve ser integrada com analogia às normas de direito público, aplicando-se o prazo prescricional de cinco anos, previsto em diversas disposições de direito público:

Não há regra alguma fixando genericamente um prazo prescricional para as ações judiciais do Poder Público em face do administrado. Em matéria de débitos tributários o prazo é de cinco anos, a teor do art. 174 do Código Tributário Nacional, o qual também fixa, no art. 173, igual prazo para decadência do direito de constituir o crédito tributário. No passado (até a 11ª edição deste Curso) sustentávamos que, não havendo especificação legal dos prazos de prescrição para as situações tais e quais, deveriam ser decididos por analogia aos estabelecidos na lei civil, na conformidade do princípio geral que dela decorre: prazos longos para atos nulos e mais curtos para os anuláveis. Reconsideramos tal posição. Remeditando sobre a matéria, parece-nos que o correto não é a analogia com o Direito Civil, posto que, sendo as razões que o informam tão profundamente distintas das que inspiram as relações de Direito Público, nem mesmo em tema de prescrição caberia buscar inspiração em tal fonte. Antes dever-

61 STJ: RESP 200900441413, CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, 08/02/2010.

se-á, pois, indagar do tratamento atribuído ao tema prescricional ou decadencial em regras genéricas de Direito Público. (...)Vê-se, pois, que este prazo de cinco anos é uma constante nas disposições gerais estatuídas em regras de Direito Público, quer quando reportadas ao prazo para o administrado agir, quer quando reportadas ao prazo para a Administração fulminar seus próprios atos. Ademais, salvo disposição legal explícita, não haveria razão prestante para distinguir entre Administração e administrados no que concerne ao prazo ao cabo do qual faleceria o direito de reciprocamente se proporem ações.⁶²

A pretensão de ressarcimento veiculada através das ações regressivas acidentárias guarda muitos pontos de semelhança com as pretensões de cobrança de créditos inscritos em dívida ativa (de natureza tributária ou não) e todas visam compor ou recompor o Erário dos recursos que lhe pertencem.

As normas de direito público que estabelecem o prazo quinquenal para o exercício das pretensões que envolvam a Fazenda Pública devem ser aplicadas às pretensões de reparação civil em face do administrado, eis que tratam de situações onde se exige igualdade na aplicação do direito.⁶³

Portanto, a ausência de norma fixando o prazo prescricional das ações regressivas acidentárias implica na adoção do entendimento de que as disposições de direito público que estabelecem prazos quinquenais aplicam-se, por analogia, às pretensões de ressarcimento do Instituto Nacional do Seguro Social nessas ações.

4 CONCLUSÃO

A ação regressiva acidentária fundamenta-se nos pressupostos da responsabilidade civil e tem o desiderato de buscar o ressarcimento dos gastos com prestações sociais acidentárias decorrentes de acidentes de trabalho causados por culpa do empregador ou de terceiro. A lesão atinge o fundo de custeio dos benefícios e serviços previdenciários, composto por recursos públicos provenientes das contribuições sociais.

Por se tratar de um direito a um ressarcimento, este será exigível quando houver o efetivo pagamento dos serviços e benefícios previdenciários, pois é nesse momento em que nasce a pretensão de direito material (o poder de exigir a satisfação e do sujeito passivo a obrigação) e a pretensão de tutela

62 MELLO, 2004, p. 930.

63 CANOTILHO, 2000, p. 417.

jurídica (o direito de pedir ao Estado a tutela jurisdicional). A pretensão de direito material extingue-se pela inércia do titular, permanecendo apenas a pretensão de tutela jurídica em face do Estado.

Como o direito ao ressarcimento pode envolver prestações de trato sucessivo, a violação ao direito patrimonial da Previdência Social, nesses casos, renova-se mensalmente, nascendo uma nova pretensão de ressarcimento a cada dispêndio mensal a título de benefício acidentário.

Apesar de o Código Civil prever o prazo trienal para a pretensão de reparação civil, a pretensão indenizatória do administrado em face da Fazenda Pública deve submeter-se à regra da prescrição quinquenal, pois o sentido e alcance do artigo 1º do Decreto 20.910/32 implica no entendimento de que estão inclusas as ações de reparação civil no conceito de pretensão de “toda e qualquer natureza”, mencionada na norma, por sua característica de *lex specialis* em relação ao prazo estabelecido pelo Código Civil.

Por fim, em face da inexistência de norma estabelecendo o prazo prescricional das pretensões da Fazenda Pública em face do administrado, é possível identificar, pelo processo de integração por analogia, diversos pontos de semelhança entre as pretensões envolvendo a cobrança da dívida ativa tributária e não-tributária, submetidas à prescrição quinquenal, e as pretensões de reparação civil da Fazenda Pública, de modo que, por razões de isonomia, esse prazo também deve ser aplicado à pretensão de ressarcimento deduzida através da ação regressiva acidentária.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/Sistemas/Site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=140906&id_site=3>. Acesso em: 16 maio 2010.

AMORIN FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. Disponível em: <http://www.ccj.ufsc.br/~petdir/artigos/CRITERIO_CIENTIFICO_PARA_DISTINGUIR_A_PRESCRICAO_DA_DECADENCIA_E_PARA_IDENTIFICAR_AS_ACOES_IMPRESCRITIVEIS.htm>. Acesso em: 27 maio 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Prescrição administrativa: autonomia do direito administrativo e inaplicabilidade da Regra Geral do Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 779, p. 113, set. 2000.

BRASILEIRO, Ricardo Adriano Massara. Investigações em torno da actio romana e da ação moderna: polêmica Windscheid x Muther. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, Belo Horizonte, n. 10, p. 57/79, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almeida, 2000.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de direito previdenciário. 10. ed. Florianópolis: Conselho Editorial, 2008.

CASTRO, José Nilo de; RODRIGUES, Tais Erthal; JABÔR, Marcela Campos. *Prescrição quinquenal*: incidências em todas as ações em que a Fazenda Pública seja devedora: necessidade de adimplir a dívida com o instituto próprio de previdência, ainda que prescrita: possibilidade de quitação dos débitos mediante dação em pagamento desde que cumpridos o art. 17 da Lei nº 8.666/93 e o art. 356 do Código Civil. Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Municipal _ RBDM, Belo Horizonte, n. 30, (out./dez. 2008). Parecer. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=55925>>. Acesso em: 27 maio 2010.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

COIMBRA, José dos Reis Feijó. *Direito previdenciário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2001.

CUNHA Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 5 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2007.

DELGADO, José Augusto. A supremacia dos princípios informativos do direito administrativo: interpretação e aplicação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 701, p. 34, maio 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil*. 11. ed. v 1: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito Civil* (Curso de direito civil, v. 1). 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8 ed., rev. São Paulo, Saraiva, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação de improbidade administrativa: decadência e prescrição*. Belo Horizonte, n. 33, ano 7 (set./2005) Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=49387>>. Acesso em: 19 mai. 2010.

HORVATH JUNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. 6. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Direito da seguridade social*. São Paulo: Atlas, 2004.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários á lei básica da previdência social*. São Paulo: LTr, 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

Manuais de Legislação Atlas. *Segurança e medicina do trabalho*. São Paulo, Atlas, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *O Direito adquirido e o direito administrativo*. Belo Horizonte, n. 38, ano 6 (jul./ 2006) Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=49061>>. Acesso em: 19 mai. 2010.

MELO FILHO, Alvaro. O princípio da isonomia e os privilégios processuais da Fazenda Pública. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 75 (jul./set., 1994), p. 166, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil*. 22 ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002, por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

- PEREIRA, Flávio Henrique Unes; MENDES, Elisângela Aparecida. Prescrição de trato sucessivo e prescrição de fundo de direito: estudo de casos. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 6, n. 70, dez. 2006. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=38458>>. Acesso em: 11 mar. 2010.
- PYRAMO, Camila. A prescrição dos créditos fiscais de natureza não tributária. Biblioteca Digital Fórum Administrativo Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 104, out. 2009. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=63054>>. Acesso em: 11 mar. 2010.
- REIS, CLAYTON. *Avaliação do dano moral*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- RIBAS NETO, Pretextato Pennafort Taborda. A prescrição e as prestações de trato sucessivo. *Revista do Ministério Público do Trabalho/Procuradoria Geral da Justiça do Trabalho*, Brasília, n. 1 (mar./set., 1991), p 38-42, 1991.
- ROCHA, Eladio Torret. Da ação acidentária. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 95 (jul./set., 1999), p. 188, 1999.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SILVA. José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9 ed. São Paulo, Malheiros, 2005.
- SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo - org. Fabio Cardoso Machado, Guilherme Rizzo Amaral; Carlos Alberto Álvaro de Oliveira ... [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico/atualizadores Nagib Slaibi Filho e Glaucia Carvalho. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SILVEIRA, Sandro Cabral. *A ação regressiva proposta pelo INSS*. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4392>>. Acesso em: 27 mai. 2010.

TEODORO JUNIOR, HUMBERTO. *Alguns aspectos relevantes da prescrição e decadência no novo código civil*, 2003. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Humberto/Algunsaspectosrelevantesprescr.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2010.

WALT, Arnold. A reforma da previdência privada e (a constitucionalidade do decreto 3.721, de 08.01.2001). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 791 (set./2001), p. 11, 2001.

WILLEMANN, Flávio de Araujo. A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e o Código Civil de 2002 (Lei Nacional nº 10.406/2002). *Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte*, n. 56 (out./2005). Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=31495>>. Acesso em: 19 mai. 2010.

**PREMISSAS PRINCIPIOLÓGICAS E
GARANTÍSTICAS INDISPENSÁVEIS A UMA
REGULAR ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA E O SILÊNCIO ADMINISTRATIVO**

***ESSENTIALS PRINCIPLES AND GUARANTEES
INDISPENSABLE A REGULAR ROLE OF PUBLIC
ADMINISTRATION AND ADMINISTRATIVE SILENCE.***

Raimundo Márcio Ribeiro Lima
Mestrando em Direito Constitucional pela UFRN.
Professor Especialista de Direito Administrativo e Constitucional da UnP.
Especialista em Direito Público pela UnB. Especialista em Docência do Ensino
Superior pela UnP. Graduado em Direito pela UFC. Procurador Federal/AGU.

“O silêncio é pior: As verdades que calamos tornam-se venenosas”.
Friedrich Nietzsche

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breves Considerações sobre a Inatividade Formal da Administração Pública; 2 Os Princípios Constitucionais Expressos; 2.1 Princípio da Legalidade; 2.2 Princípio da Publicidade; 2.3 Princípio da Moralidade; 2.4 Princípio da Eficiência; 2.5 Princípio da Impessoalidade; 3 Os Princípios Infraconstitucionais Expressos; 3.1 Princípio da Finalidade; 3.2 Princípio da Motivação; 3.3 Proporcionalidade; 3.4 Segurança Jurídica; 3.5 Interesse Público; 4 Os Princípios Implícitos do Regime Jurídico Administrativo; 4.1 Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular; 4.2 Princípio da Oficialidade; 4.3 Princípio da Autotutela Administrativa; 4.4 Princípio da Distribuição Equitativa dos Ônus e Encargos Públicos; 5 O Postulado Normativo Aplicativo da Razoabilidade; 6 As Garantias Constitucionais Relacionadas ao Processo Administrativo; 6.1 O Direito de Petição; 6.2 O Dever de Decidir da Administração Pública; 6.3 O Dever de Fundamentar da Administração Pública; 6.4 O Devido Processo Legal; 6.5 A Ampla defesa e o Contraditório; 6.6 A Duração Razoável do Processo; 7 Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo objetiva a discussão dos princípios reitores da Administração Pública, sejam os expressamente previstos na Carta Fundamental, sejam os prescritos na legislação ordinária, bem como os decorrentes do Regime Jurídico Administrativo, em face da inatividade formal do Estado. O trabalho visa, ainda, demonstrar a importância da vinculação da Administração Pública às garantias fundamentais dos administrados, de modo a possibilitar uma regular atuação da atividade administrativa, especialmente no processo administrativo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Silêncio Administrativo. Princípios. Administração Pública.

ABSTRACT: The article aims to discuss the guiding principles of public administration, are expressly provided for in the Fundamental Charter, are those prescribed in ordinary legislation, as well as under the Administrative Legal Regime, due to the inactivity of the State. The work is also intended to demonstrate the importance of linking public administration to the fundamental guarantees of the citizens, to enable performance of a regular management activity, especially in the administrative process.

KEY-WORDS: Administrative Law. Administrative silence. Principles. Public Administration.

INTRODUÇÃO

Considerando a temática de estudos encampada, em que se discute a atuação escurreita do Poder Público em benefício da coletividade, bem como a odiosa ocorrência da inatividade formal desta, o que desencadeia o silêncio administrativo, tem-se que a teia principiológica, norteadora das condutas e medidas tomadas pelos servidores públicos, deve ser efetivamente analisada e apreendida neste condensar gráfico, tudo de forma a evidenciar a importância dos princípios na promoção das atividades administrativas, uma vez que eles canalizam a consecução dos fins esperados pela ordem jurídica, bem como afastam a realização de medidas em descompasso com a realidade fático-jurídica existente na relação, por vezes conflituosa, entre o administrado e a Administração Pública.

Para o desenlace da temática apresentada, serão ventiladas, de forma breve, algumas considerações sobre o silêncio administrativo para, só depois, encetar a questão dos princípios em conexão discursiva com a inatividade formal do Estado.

Quanto aos princípios, eles foram aqui divididos em três grandes grupos, a saber, (i) os princípios constitucionais expressos, (ii) os princípios infraconstitucionais expressos; e (iii) os princípios implícitos do Regime Jurídico Administrativo (RJA).

Ademais, tendo em vista a sua relevância para uma precisa atuação administrativa¹, será objeto de análise em separado, consoante o escólio da melhor doutrina, o postulado normativo aplicativo da razoabilidade, de maneira a demonstrar a sua diferenciação em face das regras e dos princípios.

Já o princípio da proporcionalidade, por ser infraconstitucionalmente expresso (art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/99), será analisado junto com os demais princípios jurídicos positivados e, notadamente, sob uma perspectiva diversa do postulado normativo aplicativo da razoabilidade, já que não se confundem quanto aos seus propósitos, muito embora sob o aspecto tipológico, como será salientado mais adiante, ambos ostentam o mesmo *status* de postulado normativo aplicativo.

1 Desde já se impõe um esclarecimento: o silêncio administrativo e a inatividade administrativa são fenômenos que, além de distintos, não estão sempre fadados à ilegalidade, pois o não atuar do Poder Público, em caráter excepcional, pode ser justificável, o que será mais bem explicitado em outro momento. Por outro lado, o silêncio administrativo, quando decorrente de lei (o *silêncio qualificado*, positivo e o negativo, como será demonstrado adiante), obedece a parâmetros do poder de conformação legislativa, sendo que, nessas hipóteses, por evidente, é de bom alvitre analisar a razoabilidade de suas ocorrências em face do caso concreto.

Em outros termos, a rigor, tanto a proporcionalidade como a razoabilidade são postulados normativos aplicativos, todavia, como aquele se encontra expressamente enquadrado como um princípio na Lei Geral do Processo Administrativo Federal (LGPAF), para manter uma consonância com a prescrição legal, logo, por questão de nomenclatura, a proporcionalidade será estudada no mesmo tópico dedicado aos princípios.

Urge mencionar, desde já, que não se preocupou em analisar todos os princípios dos grupos acima mencionados, até mesmo pela inviabilidade metodológica de tal pretensão, mas tão-somente aqueles que possuem uma efetiva relação de pertinência com a linha de estudos desenvolvida.

Ademais, sob a perspectiva das garantias constitucionais, serão ventiladas considerações sobre (a) o direito de petição; (b) o dever de decidir e de fundamentar da Administração Pública; (c) o devido processo legal; (d) a ampla defesa e o contraditório; e (e) a duração razoável do processo.

Por fim, repita-se, cumpre assinalar que toda a análise promovida será centrada na discussão da inatividade formal da Administração Pública, bem como na busca de instrumentos, ainda na seara administrativa, para evitar a sua ocorrência ou, quando não for possível, minorar os seus danosos efeitos aos administrados e à própria Administração Pública.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A INATIVIDADE FORMAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para uma maior precisão do trabalho a ser desenvolvido, insta definir, ainda que de forma aligeirada², o que seja o silêncio administrativo, bem como divisar, para o presente trabalho, a sua ambiência em face do termo Administração Pública.

Assim sendo, o silêncio administrativo constitui uma inatividade formal da Administração Pública, quer dizer, a inatividade desta em face de um dever legal, sendo que tal deve pode ser dividido em três grandes grupos, quais sejam, (a) o de regulamentar; (b) o de controlar; e (c) o de decidir ou de resolver os requerimentos administrativos.

² Uma análise mais demorada sobre o instituto do silêncio administrativo será objeto de artigo em apartado.

Em face da amplitude alcançada pela inatividade formal da Administração Pública, o trabalho se prenderá³ mais especificamente ao silêncio administrativo em face dos petítórios dos administrados, independentemente deles se embasarem num direito fundamental, contudo, isso não quer dizer que se descurará do *status* qualificado das pretensões baseadas no estribo da fundamentalidade.

Já no que concerne à expressão Administração Pública, à evidência, se refere à atividade administrativa dos Poderes da República, quer dizer, à atividade típica do Poder Executivo e às atividades atípicas do Poder Judiciário e do Poder Legislativo. Contudo, as considerações apresentadas no trabalho se destinam ao Poder Executivo, o que faz dessumir o mesmo entendimento às atividades atípicas dos demais Poderes.

Quanto ao silêncio administrativo, impende apresentar uma elementar classificação, qual seja, (a) silêncio administrativo qualificado, que se divide em positivo e negativo; (b) silêncio administrativo interno; (c) silêncio administrativo externo; (d) silêncio administrativo inominado. Outras divisões, por certo, poderiam ser apresentadas, todavia, em face do trabalho proposto, são despendidas.

Assim sendo, considera-se silêncio administrativo positivo aquele que permite a concessão de efeito ou benefício favorável ao administrado, pelo simples motivo de existir, no prazo legal ou regulamentar, manifestação da Administração Pública sobre o requerimento administrativo protocolado. Portanto, trata-se de silêncio administrativo com efeitos materiais concretos.

O silêncio administrativo negativo, por sua vez, em face da mesma inatividade, apenas gera efeito denegatório do requerimento administrativo por parte da Administração Pública, o que permitirá o uso das vias recursais administrativas, bem como as instâncias judiciais, haja vista a existência da pretensão resistida por efeito legal. Logo, tem-se um silêncio administrativo com efeitos meramente processuais.

O silêncio interno, e não será objeto de maiores considerações neste trabalho, decorre da ausência de manifestação de órgão ou servidor controlador sobre a atividade de órgão ou servidor controlado. O controle, aqui, possui acepção ampla, de modo a comportar toda a atuação administrativa que tenha como fim o exercício da fiscalização do

3 Todavia, isso não impede que possam ocorrer eventuais considerações, geralmente marginais, sobre o dever de regulamentar e de controlar da Administração Pública.

próprio Poder Público, bem como aquela que não possua tal finalidade de forma precípua, porém, em decorrência de lei, deva exercê-la em determinados casos.

Já o silêncio administrativo externo representa simplesmente a ausência de manifestação do Poder Público em face de uma solicitação, reclamação ou requerimento do administrado. Isto é, na hipótese, não se trata de órgão ou servidor o destinatário da atuação administrativa, mas, tão-somente, o particular estranho à Administração Pública.

Por fim, tem-se o silêncio administrativo inominado ou não qualificado constitui aquele que não possui qualquer efeito legal concreto, seja de caráter processual, seja de caráter material, de maneira que representa, pura e simplesmente, a inatividade formal do Estado sem qualquer expediente legal em benefício da celeridade da atuação administrativa.

Trata-se, infelizmente, da forma mais comum de silêncio administrativo na legislação federal, haja vista a cultura legislativa nacional de não cominar consequências jurídicas à inércia dos órgãos públicos.

2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EXPRESSOS

Considerando o roteiro apresentado acima, passa-se à análise dos princípios constitucionais expressos ou *positivados*, *ex vi* art. 37, *caput*, da CF/88, relacionados à proposta de trabalho.

Primeiramente, impende conceituar o que seja princípio jurídico. A doutrina, naturalmente, apresenta várias conceituações, umas mais demoradas, outras mais sintéticas, porém, em linhas ordinárias, sempre apregoam a fundamentalidade, a generalidade e a abstratividade dos seus esteios, tudo de forma nortear à aplicação do direito no caso concreto.

Ademais, não se pode olvidar que o termo princípio é equívoco, haja vista a diversidade de sentidos que ele possa expressar⁴, quais sejam, início, fundamento, mandamento etc. Aqui, não se fará uma exposição demorada sobre os conceitos apresentados pela doutrina, contudo, duas conceituações serão ventiladas, sendo que um delas, a segunda, servirá de diretriz para a compreensão do sentido e alcance dos princípios neste trabalho.

4 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 91.

Como um dos expoentes da doutrina constitucionalista alemã, vale a pena a seguinte transcrição⁵:

[...] princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Na doutrina pátria, cumpre apresentar um conceito bem analítico⁶:

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 promovida e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Em face das predileções acima, limita-se a mencionar que os princípios são enunciados normativos que, pela necessária fundamentalidade dos seus propósitos ou fins, norteiam a aplicação do direito com vista a alcançar a plena satisfação dos interesses ou pretensões da sociedade, conquanto que se cumpra uma relação de observância conjuntural ou sistêmica entre as medidas ou decisões a serem tomadas no caso concreto com os limites exigíveis pela ordem jurídica.

Hoje, não se pode negar a imperiosa normatividade dos princípios⁷, isto é, não há mais como concebê-los como diretrizes ou comandos destituídos de densidade jurídica, nem adorná-los com a qualificação de meramente programáticos, o que lhes retiraria pretensamente o império dos seus fins na nossa ordem constitucional⁸. Para melhor compreensão

5 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

6 ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 78-79.

7 Por certo, por não se enquadrar nos propósitos deste trabalho, não será promovido um estudo sobre a teoria dos princípios, de forma que algumas conclusões ou pressupostos, não devidamente explicitados, tais como a sua normatividade, aplicabilidade e eficácia, serão mencionados sem maiores tergiversações.

8 Com enfoque na força normativa da Constituição, e em contraposição às considerações de Lassalle (LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 17-18 e 23), transcreve-se (HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 15):

do acima mencionado, transcreve-se uma precisa referência doutrinária vanguardista sobre a normatividade dos princípios⁹:

A normatividade dos princípios, afirmada categórica e precursoramente, nós vamos encontrá-la já nessa excelente e sólida conceituação formulada em 1952 por Crisafulli: 'Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e, portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém'.

Numa contribuição mais recente, colhe-se, ainda, a seguinte passagem¹⁰:

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente.

Sobremais, a eficácia jurídica dos princípios é plenamente reconhecida pela melhor doutrina constitucionalista¹¹, bem como pela doutrina administrativista¹², de maneira que, hoje, não mais questiona a sua eficácia, mas sim qual a argumentação jurídica¹³ a ser empreendida, e necessariamente responsável, para fazer operar a eficácia dos princípios

"A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, sem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas".

9 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, p. 257, 2005.

10 ALEXY, op. cit., p. 87, 2008.

11 ÁVILA, op. cit., p. 97-102, 2009.

12 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno. Legalidade. Finalidade. Eficiência. Resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 87-88.

13 Feliz, nesse ponto, é a advertência a seguir transcrita (GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. nº 17-18, p. 271-302, p. 298, 1995):

jurídicos no caso concreto, mormente para satisfazer suficientemente a certeza jurídica desejável em face dos problemas do *mundo da vida*¹⁴.

2.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Trata-se de princípio basilar da Administração Pública, e não somente dela, hajam vista os seus largos esteios em toda a nossa ordem jurídica. Aliás, o nosso sistema jurídico se liga inarredavelmente à pretensa força legitimadora da lei em sentido estrito, bem como à coerção estatal decorrente da aplicabilidade dos termos legais no caso concreto¹⁵.

A lei, no direito público, ostenta precipuamente a idéia de controle do Estado, já que são muitas as prerrogativas a ele afeitos para a promoção dos variados fins ou misteres em prol da sociedade, tudo de forma a evitar o seu desmedido *agigantamento* em face dos seus súditos; todavia, impende lembrar que, para expressar uma denotação de sociologia jurídica, a lei pode se tornar um instrumento não apenas de controle, mas, também, de superposição de interesses da estatalidade

“Si la argumentación jurídica presupone la validez de las reglas, los argumentos jurídicos no podrán formular la misma pretensión que aquéllos que se refieren a la validez de una norma polémica. De otro modo mantendríamos un discurso tan sólo sobre interpretaciones y no sobre normas. No tendría sentido fundamentar la corrección práctica de la interpretación de una norma práctica correcta; al menos habría que decir algo más sobre ese ‘plus’ de corrección práctica en la interpretación frente a la norma.

14 AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 28, 1991.

15 Nesse ponto, segue uma breve e esclarecedora assertiva sobre o assunto (DERRIDA, JACQUES. Fuerza de ley: el “fundamento místico de la autoridad”. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Número 11, p. 129-191, p. 131, 1992):

“Hay ciertamente leyes no aplicadas, pero no hay ley sin aplicabilidad, y no hay aplicabilidad, o ‘enforceability’ de la ley, sin fuerza directa o no, física o simbólica, exterior o interior, brutal o sutilmente discursiva, coercitiva o regulativa, etc”.

E num vislumbre mais demorado, complementa-se a transcrição acima (DERRIDA, ob. cit., p. 139, 1992):

“El surgimiento mismo de la justicia y del derecho, el momento instituyente, fundador y justificador del derecho implica una fuerza performativa, es decir siempre una fuerza interpretativa: esta vez no en el sentido de que el derecho estaría al servicio de la fuerza, instrumento dócil, servil y por tanto exterior, sino en el sentido de que el derecho tendría una relación más interna y compleja con lo que se llama fuerza, poder o violencia. La justicia en el sentido del derecho (right or law) no estaría simplemente al servicio de una fuerza o de un poder social, por ejemplo económico, político ideológico que existiría fuera de ésta o antes que ésta y al que la misma debería someterse o con el que debería ponerse de acuerdo, según la utilidad. El momento mismo de fundación o de institución (que por otra parte no es nunca un momento inscrito en el tejido homogéneo de una historia, puesto que lo que hace es regarlo con una decisión), la operación que consiste en fundar, inaugurar, justificar el derecho, hacer la ley, consistiría en un golpe de fuerza, en una violencia performativa y por tanto interpretativa que no es justa o injusta, y que ninguna justicia ni ningún derecho previo y anteriormente fundante, ninguna fundación preexistente podría garantizar, contradecir o invalidar por definición. Ningún discurso justificador puede ni debe asegurar el papel de metalenguaje con relación a la performatividad del lenguaje instituyente o a su interpretación dominante”.

ou de segmentos privilegiados da ciranda política ou econômica em detrimento dos interesses de toda a coletividade.

Não se olvidando a advertência acima, incumbe à lei a importante missão de conter os possíveis, e em alguns casos efetivos, malefícios da atividade estatal pela via institucional dos regramentos, em tese, legítimos de nossa democracia representativa.

Nesse norte, o princípio da legalidade deve ser compreendido como uma ferramenta necessária para a promoção da atividade administrativa livre de arbítrios ou abusos, bem como para fazer seguir os parâmetros que o nosso sistema jurídico impõe para o regular exercício das funções dos agentes públicos. Mas, na essência, o que se deve entender, hoje, por princípio da legalidade, tendo em vista a dinâmica da complexa sociedade em que se vive, assim como, a portentosa teia de relações existente entre a Administração Pública e os administrados?¹⁶

Em primeiro lugar, o princípio da legalidade não se restringe à lei em sentido estrito, assim como não se confunde com o princípio da reserva legal¹⁷. Ele vai além das prescrições do poder legiferante, seja por eventual delegação legislativa, seja pela densa relação contratual entre a Administração Pública e os administrados. Assim sendo, o princípio da legalidade deve ser entendido de forma mais extensiva, de maneira a contemplar outros instrumentos de caráter normativo, *v. g.* decretos, bem como outras fontes de irradiação normativa, *v. g.* agências reguladoras no exercício do seu poder normativo técnico.

Em segundo lugar, a lei, ainda que deva ser vista como a ordinária paragem de observação para controle dos atos públicos, não representa mais o mesmo sentido de antes, na medida em que o fluxo das exigências cotidianas, pelo modo dinâmico de ser, requer uma expedita composição de fontes normativas, sob pena de serem inviabilizadas as devidas

16 De início, impende mencionar que (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração Pública e o Princípio Constitucional da Eficiência. Boletim de Direito Administrativo (BDA). Ano XX, p. 38-59, Jan. 2006, NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração Pública e o Princípio Constitucional da Eficiência. Boletim de Direito Administrativo (BDA). Ano XX, p. 38-59, Jan. p. 39, 2006:

“[...] o princípio da legalidade, tão caro aos administrativistas, sofreu sensível mutação de perfil. Não mais representa, como compreendeu a doutrina tradicional, a subordinação da Administração à lei formal, elaborada pelo Parlamento, situada no cume das fontes jurígenas. Expressa, ao invés, a ideia de conformação com o Direito”.

17 Aliás, como contraponto, não há falar, a rigor, em reserva de lei no Direito brasileiro, já que toda a atuação estatal decorre dos imperativos estabelecidos em lei, *ex vi* art. 5º, inciso I, *c/c* art. 37, *caput*, todos da CF/88. Ora, se tudo decorre de lei, com efeito, não há falar em reserva dela.

regulações das atividades administrativas, evitando, assim, o colapso da atividade legiferante do Estado.

Em terceiro lugar, sob o palio da ordem constitucional vigente, e considerando a força normativa da Carta Fundamental, ao contrário de antes, em que se vicejava a primazia da lei, o primeiro parâmetro normativo a ser devidamente seguido pela Administração é o insculpido na Constituição da República. Nesse plano, revela-se patente a importância dos princípios constitucionais da Administração Pública, haja vista o destacado perfil norteador para a atividade administrativa, bem como o caráter finalístico dos seus preceitos.

Em quarto lugar, cumprir o princípio da legalidade, tendo por base o acima aventado, requer a observância não só (i) da lei, (ii) mas, também, e principalmente, da Constituição; (iii) dos princípios de cada ramo jurídico; (iv) dos princípios gerais do direito; e (v) dos veículos normativos infralegais decorrentes de delegação legislativa. Nesse ponto, esclarecedoras são as seguintes considerações¹⁸:

[...] 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.

Assim sendo, não se pode mais afirmar que a Administração Pública só pode fazer o que lei autoriza, mas, sim, que só se pode fazer o que a lei (i) autoriza, (ii) prevê, o que constitui um adorno aos cânones principiológicos e valorativos, ou (iii) delega.

Por evidente, costuma-se associar a observância da lei ao cumprimento de uma obrigação, isto é, no caso do Direito Público, de um dever de prestação por parte da estatalidade¹⁹. Claro que há proibições

18 DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. In FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Orgs.). *Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 486.

19 Dentro de uma perspectiva garantística, cumpre transcrever uma precisa advertência doutrinária (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez *et alii*. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 917): “[...] para que las prestaciones que satisfacen los derechos sociales sean impuestas como obligaciones a los poderes públicos y no abandonadas al arbitrio administrativo, es necesario que las leyes prevean unívocamente sus presupuestos vinculantes e identifiquen con claridad sus órganos y procedimientos”.

e possíveis abstenções que refogem desse entendimento, contudo, não se pode negar que o dever prestacional do Estado centra considerável atenção nos controles da atividade estatal.

Agora, quando o Estado se queda inerte, qual o foco de ilegalidade se pode destacar? Diante do silêncio da Administração²⁰, e outras formas de inatividade, o princípio da legalidade é afrontado de forma ainda mais lesiva. Pois o *feito* ou *promovido*, ainda que despido de maior ou efetiva concreção normativa, é menos lesivo que a pura e simples não atuação do Poder Público.

Explica-se: o *silêncio* não cria qualquer marco para análise, de forma que se impõe um construir, já o *promovido/decidido*, ainda que viciado, faz exsurgir os possíveis ou manifestos meios de controle ou aperfeiçoamento da medida realizada, quer dizer, o atendimento dos preceitos ou limites legais; sem falar que, em que pesem possíveis malefícios da medida tomada, tende a promover expedientes favoráveis aos administrados.

Logo, deve-se mencionar que o silêncio administrativo, qualificado ou inominado, constitui-se numa das formas mais lesivas e refinadas de ilegalidade; sendo que no primeiro caso, o qualificado, é menos censurável, já que, por decorrência de lei, são criados expedientes para minorar os gravosos efeitos da inatividade formal do Estado.

2.2 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

A publicidade é vista, quase sempre, com um necessário interesse por quem a observa, daí o seu maior brilho e, ao mesmo tempo, a sua resoluta fraqueza. Brilho, porque revela ou denuncia o que se deseja sem maiores esforços; fraqueza, porque, não raro, ela pode assumir contextos totalmente tendenciosos ou simplesmente levianos.

Naturalmente, com o princípio da publicidade não se deseja o alardeio ou falseamento do objeto publicado, noticiado, evidenciado etc, mas, sim, dentre outras coisas, a revelação do atuar da estatalidade com a publicação dos veículos ou instrumentos

²⁰ Far-se-á, ligeiramente, uma clara distinção entre o silêncio administrativo e a inatividade da administração pública, esta representa um gênero, aquela uma espécie. O silêncio existe quando há um dever expresso de atuar, o que se pode até mesmo de tachá-lo de inatividade formal, já a inatividade da Administração Pública abarca outras linhas de atuação não impositiva, o que pode incluir também, com as devidas reservas, o tormentoso campo da discricionariedade administrativa. Dessa forma, no terreno das decisões políticas, não há falar na configuração do silêncio administrativo.

que externalizam as manifestações do Poder Público, fazendo com que não se promova a política de segredo, isto é, a *arcana praxis*, nos pórticos da Administração Pública; logo, que o exercício da atividade administrativa tenha em vista a defesa do cidadão por meio da transparência dos atos do Poder Público²¹.

Assim sendo, o princípio possui capital importância no controle da Administração Pública, na medida em que possibilita um controle privado, ou da sociedade, sobre os planos e medidas tomadas pelo Estado na condução da atividade administrativa; ligando, assim, o princípio a uma necessária correlação de esforços para a consolidação dos desideratos da nossa ordem jurídica. A publicidade dos atos públicos faz despertar o *status* político dos administrados, bem como alavanca os processos de controle e de cooperação na gestão da coisa pública.

Agora, que relação se pode promover entre o silêncio administrativo e o princípio da publicidade? Se se observa sem maior vagar a indagação, pode-se expressar, baseado nas proposições materiais da atuação administrativa, o seguinte entendimento: ora, se a publicidade pressupõe a exposição de um atuar, como se pode publicar a não atuação ou o não exercício de um dever.

Por mais que se reconheça a possível lógica do enunciado, a publicidade e o silêncio administrativo apresentam, no mínimo, duas relações indissociáveis, quais sejam: (i) a publicidade da inatividade formal, o que implica o conhecimento por parte do administrado, faz exsurgir o controle dos atos da Administração Pública ou, conforme se enuncia, a ausência deles em detrimento de um dever legal, de forma a possibilitar, posteriormente, a devida regularidade dos procedimentos em face dos servidores ou setores públicos inertes; e (ii) garante o reconhecimento formal da inatividade formal da Administração Pública, o que revela segurança nos trâmites processuais, de forma a propiciar a ocorrência de resultados ou efeitos jurídicos positivos ou negativos para os administrados.

Pelo exposto, tem-se que o princípio da publicidade constitui uma ferramenta de controle da Administração Pública; assim como, por outro lado, permite uma atuação cooperativa ou repressiva dos administrados para a promoção de uma melhor condução da atividade administrativa por parte do Poder Público.

21 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.165.

2.3 PRINCÍPIO DA MORALIDADE

A moral pode ser compreendida de diversas formas, inclusive, a depender do ponto de vista empregado, assumir diversas qualificações, tais como: subjetiva, objetiva, religiosa etc. Contudo, ocupa-se, aqui, com a moral no direito público, mais precisamente, com a moral administrativa, que, como se percebe, trata-se da qualificadora mais consentânea com as tarefas da estatalidade.

O princípio da moralidade representa uma verdadeira baliza no atuar do agente público, pois vai além dos parâmetros da legalidade e é menos vulnerável a desvios que os sedutores esteios da legitimidade²².

O princípio propõe, assim, o atuar reto, quer dizer, a linha certa e objetiva do emprego das melhores condutas dos agentes públicos; enfim, constitui-se num marco de probidade na condução das atividades do Poder Público, na medida em que o crivo das análises pertinentes à efetivação dos comandos legais é marcado pelo dever de evitar atuações ou manifestações contrárias às ordinárias e esperadas posições de um homem probo; portanto, pode-se destacar que “o princípio constitucional da moralidade (entendido como prescrição de conduta eticamente universalizável de modo satisfatório, num dado contexto histórico) assume lugar nobre no cerne do controle sistemático das relações administrativas”²³.

Ademais, tendo em vista a normatividade dos princípios, e sua consequente eficácia jurídica, impõe-se uma efetiva observância do princípio da moralidade na consecução das mais diversas atividades administrativas, quer dizer, o mero conclave de disposições alusivas à moralidade não satisfaz a exigência do seu cumprimento, pois se deve imprimir toda a cogência dos termos, tudo de forma a revelar a promoção de condutas probas dos agentes públicos, como bem esclarece a lição a seguir²⁴:

22 O que é legitimidade? Não se propõe a responder a tão inquietante pergunta, mas ainda que se pregue que ela, dentre outras coisas, enseje o questionamento e a justificação do poder legal (BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, p. 112, 1998) e, por isso, possua uma necessária adequação aos parâmetros de aceitabilidade e de justiça no meio social, por vezes, a legitimidade é falseada pelos eventos ou fatos que refoge da linha ordinária de compreensão das pessoas, *rectius* administrados. Condutas tidas, havidas e reconhecidas como legítimas podem, a bem da verdade, demonstrar apenas uma miopia no entendimento da contextualização dos fatos e dos verdadeiros propósitos dos seus fins.

23 FREITAS, Juarez. O princípio constitucional da moralidade e o novo controle das relações de administração. *Revista Interesse Público - IP*. Belo Horizonte, n. 51, ano 10, p. 13-41, set/out de 2008, p. 13.

24 FREITAS, op. cit., p.14, 2008.

Não se acolhe a mera positivação da moralidade: realiza-se autêntica proclamação da eficácia direta e imediata desse princípio como inerência do direito fundamental-síntese à boa administração pública, de modo que a probidade tem que ser considerada em toda e qualquer hierarquização tópico-sistemática, vale dizer, em toda justificação consistente da decisão administrativa eficiente, eficaz e moralmente universalizável.

Deve-se atentar que a moralidade não é um princípio de conteúdo pré-definido, pois os fatos definirão a contextura de sua aplicabilidade; nem de precisos termos ou de largos traços de delimitação, pois razões temporais e até mesmo circunstanciais, mas socialmente relevantes, podem expressar um limite pautado na moralidade.

Não obstante tais considerações, isso não retira a necessária solidez dos seus permeios, já que fluída e multifacetada é a situação fática ensejadora de sua aplicabilidade e não o núcleo essencial dos seus comandos; a miríade fática pode conter nuances que implique uma mitigação ou extensão do princípio, mas jamais pode negar a sua essência constitutiva.

Ao contrário da legalidade²⁵, a moralidade caminha sobre um terreno amplo, e não menos inóspito, fazendo com que se observe uma maior extensão no âmbito de compreensão do seu sentido e alcance, de forma a divisar condutas que, ainda que legais, ou até mesmo legítimas, afrontem o marco da moralidade.

Em termos mais claros, o ato/medida colidente com o princípio da moralidade não se mede apenas pela inobservância das regras ou fiel cumprimento, nem mesmo pela procedimentalização das externalizações públicas, mas sim no móvel do agente, na intenção imoral que subverte a moldura pretensamente regular dos seus atos. Nesse ponto, são oportunas, ainda, são as seguintes palavras²⁶:

O princípio da legalidade exige a adequação do ato à lei, enquanto o da moralidade torna obrigatório que o móvel do agente e o objetivo pretendido estejam em harmonia com o dever de bem administrar.

25 Defende-se, portanto, que a moralidade, por consistir um elemento pautado em valores universais, bem como heterogêneos, está fadada a maior inferência sobre as condutas humanas, especialmente por ir além das prescrições conformativas da atividade legiferante.

26 GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 11, n. 43, p. 110-137, abr./jun. p. 122, 2003.

Ainda que os contornos do ato estejam superpostos à lei, será ele inválido se resultar de caprichos pessoais do administrador, afastando-se do dever de bem administrar e da consecução do bem comum.

Com espedeque nas considerações acima, indaga-se: o silêncio da Administração pode revelar um traço afrontoso ao princípio da moralidade administrativa? Antes de qualquer resposta, outra pergunta: a moralidade administrativa concebe a existência de um silêncio da Administração? Se a inatividade formal não for diretamente incompatível com o princípio da moralidade, à evidência, pode indiretamente implicar a existência de possíveis conflitos. É que a conduta imoral *pode* se restringir a simples inércia, ou mesmo desídia, do agente público, de forma que, nessas circunstâncias, a inatividade assume um caráter nitidamente afrontoso ao princípio em cotejo. Por isso, afirma-se que não há uma identidade entre inatividade formal e imoralidade administrativa, contudo, a prescrição legal de dever, e não mera faculdade, faz presumir, ainda que em caráter relativo, um raço de imoralidade.

Olhando a questão por outro prisma, e considerando a existência de inatividade formal qualificadas, *rectius* silêncio administrativo positivo, negativo etc²⁷, a própria lei pode estabelecer prescrições que, a depender do caso, faz exsurgir uma possível pecha de imoralidade. Exemplifica-se: o silêncio que concede efeitos positivos em determinado processo administrativo, *v.g.* de licenciamento urbano, pode configurar uma situação imoral em face dos bens jurídicos posto em custódia pela Administração Pública, o que pode ser claramente observado quando há o detrimento do patrimônio histórico, por conta do efeito positivo existente, em face de um empreendimento de caráter meramente especulativo.

Como se pode perceber, a temática revela enormes inquietações, mormente se for considerado que o silêncio administrativo pode veicular, algumas vezes, um patente expediente para malferir os interesses dos administrados, quando a sua ocorrência faz operar o indeferimento do pedido administrativo, o que revela certa preocupação quanto aos efeitos da disposição legal que o acolhe.

27 Impende reafirmar que eles fazem com que, independentemente da atuação ou manifestação estatal, por expressa previsão legal, ainda que se possam vislumbrar hipóteses não tão expressas assim (silêncio administrativo positivo/negativo condicionado), o silêncio da Administração produza efeitos jurídicos favoráveis ou não aos administrados.

2.4 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Trata-se de princípio que não constava na redação original do art. 37, *caput*, da CF/88, contudo, não se pode dizer que ele não existia, ao menos implicitamente, na nossa ordem constitucional²⁸. Ora, se havia a exigência de economicidade, *ex vi* art. 70, *caput*, da CF/88, naturalmente, não se podia negar, desde os primórdios da Lei Fundamental, o comando constitucional do dever de eficiência dos gestores públicos. E as evidências não param por aí, pois o disposto no art. 74, inciso II, da CF/88, expressa com maior nitidez a existência do princípio da eficiência, na medida em que o controle interno terá como finalidade “comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial dos órgãos e entidades da administração federal bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado”.

Ademais, todos os parâmetros da execução orçamentária, *rectius* Lei de Responsabilidade Fiscal e a Lei nº 4.320/64, existem para possibilitar a maior eficiência possível nos gastos dos recursos Públicos, não apenas para evitar os desvios, o que prestigia a regularidade dos gastos, mas, e principalmente, a necessária economicidade quanto à aplicação dos recursos, tudo de forma a maximizar o espectro de realizações da Administração Pública.

Sobremais, e a título de exemplificativo, o instituto da licitação não se destina apenas a velar o princípio da igualdade, mas também envidar esforços para a obtenção da melhor proposta, isto é, a que revele a maior economicidade possível, o que inclui dados técnicos relacionados à qualidade, à quantidade e à exequibilidade do objeto da contratação, *v. g.* arts. 12, inciso III; 15, inciso IV; e 23, § 1º, todos da Lei nº 8.666/93. Gravosas, porém precisas, são as seguintes considerações²⁹:

O princípio produz obstáculo inclusive ao desembolso em favor da manutenção de organismos e entidades administrativas ineficientes. Não se legitima o desperdício através do argumento de que o beneficiário da despesa é entidade administrativa “criada para aquele fim específico”. A regra é a Administração desembolsar o mínimo

28 No plano infraconstitucional, o ponto de partida coube ao Dec.-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que estabeleceu diretrizes para a reforma da Administração Pública federal, haja vista o disposto nos arts. 13; 25; 26, inciso III; 94, incisos II, III e V (NOBRE JÚNIOR, *op. cit.*, p. 48, 2006).

29 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 306.

possível para obter certa utilidade. Se a iniciativa privada dispõe de ofertas mais vantajosas para executar certo objeto, a Administração não pode realizar despesas mais elevadas, sob a única justificativa de que está recorrendo aos préstimos de entidade administrativa.

Assim sendo, não se discute que inserção do princípio da eficiência, por conta da Emenda Constitucional nº 19/98, também conhecida de “Emendão”³⁰, não inovou na ordem constitucional, apenas grafou expressamente o que já se afigurava visível aos olhares mais atentos.

Mas qual o conteúdo jurídico do princípio da eficiência? O que constitui uma conduta eficiente? Tais questionamentos, ainda que elementares, não são de fácil resolução. E a razão é simples desse entendimento: a eficiência assume uma contextualização fluída, e, por natureza, demanda uma análise para cada caso, pois a prática da mesma conduta não implica o alcance da eficiência, mesmo que a tenha alcançado em determinadas situações; enfim, o termo eficiente está relacionado mais ao mundo das contingências econômicas, já que expressa elementos quantitativos que expressam as otimizações aritméticas, e não uma expressão jurídica que revele um propósito seguro quando ao fim normativo a ser alcançado.

Dentro de uma análise mais ácida, e com inegável brilho, transcreve-se³¹:

Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluído e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto. De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência.

Porém, tais considerações não retiram o sentido desejado pela norma constitucional, já que o dever de eficiência implica, na mais

30 Não só pela sua extensão, mas também pelo *vigor* de suas disposições, por assim dizer, questionáveis do ponto de vista constitucional, *v. g.* o § 8º, do art. 37, e até mesmo quanto aos procedimentos do processo legislativo de caráter formal, tendo em vista a nova redação do *caput* do art. 39, tanto que foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade com Medida Cautelar julgada procedente em parte (ADIN nº 2135-4 MC/DF).

31 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 117-118.

ordinária compreensão do termo, o uso regular e preciso dos recursos públicos, mormente os de caráter pecuniário, em face das demandas da sociedade complexa de nosso tempo.

Ademais, como já advertido na citação acima, o princípio da eficiência não legitima a atuação da Administrativa descurada da legalidade, uma vez que esta prima não apenas a simpatia dos números ou dados em face dos critérios adotados para divisar a gestão eficiente, vai mais além, cria o necessário marco de uma atuação administrativa que respeite, dentre outras coisas, a liberdade e a propriedade, material ou imaterial, dos administrados; logo, não há como defender no nosso sistema jurídico o alcance da eficiência a qualquer custo.

Em termos ainda mais claros, a redução dos custos da atividade administrativa deve ser pautada na observância de todas as exigências legais, sob pena de malferir a ordem jurídica vigente com o pretexto de obter uma gestão pretensamente eficiente do Estado. Quer dizer, ainda que desejada, por certo, a eficiência não pode de desvincular dos estribos legais.

Deve-se considerar, ainda, que o princípio da eficiência constitui-se num vetor interpretativo de todas as demais normas do direito administrativo pátrio³², de maneira que o gestor da coisa pública não poderá olvidar os valores inerentes ou decorrentes do dever de bem promover as realizações administrativas com eficiência.

Destarte, o gestor deve ter sensibilidade para não descuidar da qualidade dos bens/produtos adquiridos ou dos serviços a serem prestados, uma vez que a qualidade não constitui um adorno às escolhas talhadas pelo preciosismo do gestor, não mesmo, pois o valor-qualidade é tão exigível quanto o valor-quantidade; explica-se: não se pode mais pautar as escolhas administrativas no critério meramente quantitativo, pois, não raras vezes, se afigura totalmente inadequada para o atendimento do interesse público devidamente salvaguardado pela ordem legal.

De plano, pode-se afirmar que a inatividade estatal não representa uma atuação eficiente, mormente quando há o dever formal de manifestação. Assim sendo, o princípio da eficiência não se ajusta às hipóteses em que o Poder Público campeia no injustificável terreno da

32 MORAIS, Dalton Santos. Os custos da atividade administrativa e o princípio da eficiência. *Revista dos Tribunais*, vol. 837, p. 79-108, p. 95, julho 2005.

letargia institucional, isto é, a eficiência cobra um atuar expedito, um manifestar preciso/conciso e, acima de tudo, uma atuação que prestigie ou possibilite a concreção dos resultados, *rectius* efetividade.

Em outros termos, o agente público deve imprimir uma conduta eficiente mediante meios ou instrumentos eficazes com vista a alcançar os resultados esperados ou desejados pela ordem jurídica. A eficácia dos meios, por sua vez, encontra-se adstrita à viabilidade material da Administração Pública para a consecução dos seus fins, bem como à escolha dos instrumentos mais precisos em cada caso.

Destarte, a conduta do servidor revelar-se-á eficiente quando respeitar os parâmetros lógicos da melhor escolha em face da demanda fática existente. Mas impende advertir que não há como obter eficiência dentro de um contexto de extrema limitação material, pois o dispêndio é inevitável, mormente de recursos humanos, já que exigi-la dos agentes públicos não é lhes impor um exercício incomensurável de criatividade ou habilidade técnica. Já a esperada efetividade encontra-se vinculada a regular atuação dos fatores precedentes, *rectius* eficiência e eficácia, pois os resultados demandam uma conjunção de acertos em prol dos fins a serem alcançados pelas medidas ou atos administrativos adotados.

Em termos mais claros, a efetividade não pode ser vista como um fim de alcance isolado, pois não há como afastar a convergência operativa da eficácia e da eficiência para o seu desenlace no âmbito da Administração Pública.

2.5 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

O princípio da impessoalidade é uma decorrência lógica do princípio da igualdade, na medida em que impõe o tratamento objetivo e imparcial dos agentes públicos sobre as questões a serem decididas ou sobre as medidas a serem tomadas; busca, assim, preservar uma atuação estatal livre de favorecimentos ilegais ou ilegítimos, isto é, que afronte a igualdade de tratamento dispensada a todos os administrados, ressalvadas as hipóteses em que o tratamento igual ou semelhante afronta o próprio princípio da igualdade.

Todavia, há certos temperamentos, explica-se: o favorecimento para o atendimento dos fins públicos é possível quando a situação fática estiver calcada num parâmetro legal que o permita ou, conforme o caso, a legitimidade do ato a ser promovido sustente a adoção de medida

diferenciada; assim sendo, restará observado o princípio da igualdade, na medida em que, por exemplo, administrados, em face do mesmo petitório, podem se encontrar em situações fáticas consideravelmente diversas e, por conseguinte, aptas a ensejar decisões igualmente diversas; logo, em tais situações inexistem concessões ou favorecimentos indevidos a particulares, mas, tão-somente, a escorreita aplicação da lei, quer dizer, o próprio atendimento do princípio da impessoalidade. Nessa ordem de ideias, em passagem extremamente didática, transcrevem estas percucientes palavras³³:

Tal princípio, previsto no art. 37, *caput* e § 1.º, da Constituição, deve ser concebido em uma dupla perspectiva. Em um primeiro sentido, estatui que o autor dos atos estatais é o órgão ou a entidade, e não a pessoa do agente (acepção ativa). Sob outra ótica, torna cogente que a Administração dispense igualdade de tratamento a todos aqueles que se encontrem em posição similar, o que pressupõe que os atos praticados gerem os mesmos efeitos e atinjam a todos os administrados que estejam em idêntica situação fática ou jurídica, caracterizando a imparcialidade do agente público (acepção passiva). Com isto, preserva-se o princípio da isonomia entre os administrados e o princípio da finalidade, segundo o qual a atividade estatal deve ter sempre por objetivo a satisfação do interesse público, sendo vedada qualquer prática que busque unicamente a implementação de um interesse particular.

Dessarte, a atuação administrativa não pode promover tratamentos aos administrados ou aos próprios agentes públicos que expressem injustificáveis situações ou posições jurídicas em face da ordem legal vigente e da moral administrativa reinante. Sobre tais considerações, claras e precisas são as advertências da melhor doutrina³⁴:

[...] a Administração Pública precisa dispensar tratamento isonômico a todos, sem privilégios espúrios, tampouco manobras persecutórias, sequer as movidas por supostas boas intenções. Intenta-se a instauração, acima de sinuosos personalismos, do governo dos princípios e dos objetivos fundamentais, em lugar do idiossincrático império “emotivistas” dos projetos de cunho faccioso, antagônicos, por definição, à filosofia da boa administração.

33 GARCIA, Emerson. O Ministério Público e a Defesa do Princípio da Impessoalidade. *Revista dos Tribunais*, vol. 799, p. 145-157, p. 147, maio 2002.

34 FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 82.

Com feito, umas das maiores problemáticas na gestão da coisa pública é a personalização das escolhas durante a consecução das tarefas administrativas ou na realização dos investimentos institucionais, quer dizer, não se discute a técnica da decisão tomada, mas a paixão ou gosto do gestor, sendo que isso, por certo, atenta contra o princípio da impessoalidade. Constitui prática muito comum dos Chefes do Poder Executivo, mormente os municipais, imporem à adoção de cores, ou atribuir símbolos indicativos, semelhantes aos usados em campanha eleitoral nas obras realizadas ou nos bens adquiridos pela municipalidade; isso, além de revelar uma afronta ao disposto no art. 37, § 1º, da CF/88, representa uma patente inobservância do princípio da impessoalidade, pois o expediente empreendido, em que pesem os habituais simulacros empregados para demonstrar a lisura do procedimento e demais engodos ou subterfúgios com o mesmo jaez, se presta ao atendimento de interesses meramente particulares ou, melhor dizer, partidários. E, considerando a clareza e elegância conceituais, é de todo pertinente trazer à baila um preciso desfecho de renomado administrativista gaúcho³⁵:

[...] o princípio da imparcialidade ou da impessoalidade desvela-se do alto porte para equacionar o *controle sistemático que incentiva e obriga os agentes públicos a praticarem uma gestão desatrelada dos interesses mesquinhos e secundários, no compromisso com o direito fundamental-síntese à boa administração pública, que se traduz como a cabal proibição de qualquer discriminação torpe e como dever simultâneo de efetuar a redução das desigualdades injustas.*

Dentro de um contexto mais pragmático-funcional sobre a temática, tem-se que o princípio da impessoalidade guarda uma necessária relação com a teoria do órgão de Otto Friedrich Von Gierke, uma vez que a atividade exercida para a promoção dos misteres da Administração Pública é atribuída ao órgão e não ao servidor³⁶, de forma que a atuação administrativa que cause danos a terceiros faz exsurgir o dever de responsabilização do Estado e não do agente que praticou o ato, bem como eventuais vícios relacionados à situação do *servidor* não impõe a invalidade do ato por ele praticado, pois a irregularidade não se encontra na manifestação do órgão³⁷, mas sim na textura fática que cerca o agente, tais como:

35 FREITAS, op. cit., p. 86, 2009, grifos no original.

36 MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e. A teoria dos órgãos públicos e o § 8º do artigo 37 da Constituição Federal. *Revista Pensar*. Fortaleza, v. 9, n. 9, p. 97-104, fev. 2004, 99.

37 Naturalmente, impõe-se um esclarecimento: se o ato praticado não apresenta vícios intrínsecos ou extrínsecos, à evidência, não há falar em invalidade porque o agente se encontrava em situação irregular,

- a) servidor de fato,
- b) usurpação de função, e
- c) incompetência administrativa etc.

Considerando o móvel que anima o agente público, sem sombra de dúvida, o silêncio da Administração pode configurar uma ofensa ao princípio da impessoalidade, uma vez que a inércia, dolosa ou culposa, pode acarretar um injustificável tratamento diferenciado em face dos requerimentos administrativos efetivados ou, o que é mais grave, e não raro acontece, a total ausência de tratamento por questões meramente pessoais, o que representa uma conduta criminosa, *ex vi* art. 319 do Código Penal.

Ademais, a impessoalidade não se vincula à indiferença na consecução do serviço público. Ao revés, ela impõe o dever de uma

já que a invalidez não se consubstanciou no ato em per se, contudo, se existir vícios com relação à perfectibilização do ato em si mesmo, por certo, como toda e qualquer manifestação equivocada ou viciada pelo Poder Público, observados os lapsos temporais, deve ser retificado. Em termos mais claros, o que pode invalidar o ato ou procedimento são os seus vícios intrínsecos e não dados ou circunstâncias particulares vinculados ao servidor. Ainda sobre a temática, transcreve-se uma precisa advertência doutrinária (OLIVARES, José Miguel Valdivia. Teoría del Órgano y Responsabilidad Pública en la Ley de Bases de la Administración del Estado. *Revista de Derecho*. Vol. XIX, nº 2, p. 133-159, 141, Diciembre 2006):

“No puede pasarse por alto una observación metodológica: la teoría del órgano deviene [...] una teoría bicéfala. En cuanto sinónimo de imputación (que es su núcleo esencial), hay que distinguir pues entre actos jurídicos y responsabilidad. Pero mientras en materia de actos jurídicos la teoría conserva utilidad, pues delimita la esfera de

quienes pueden comprometer al Estado o las personas públicas, en materia de responsabilidad ninguna limitación es necesaria. La teoría del órgano proporciona el marco general que atribuye a los agentes del Estado la facultad de comprometer a la persona pública, pero ella no ejerce ningún rol técnico: no es necesario determinar concretamente si tal o cual agente es o no un órgano, ya que por definición todos lo son. Uno tiene la impresión de que con ello la teoría pierde su fuerza explicativa general, pues no excluye las particularidades (enormes) de la responsabilidad. Ninguna de las dos concepciones está, en efecto, exenta de limitaciones en cuanto a la responsabilidad”.

E, mais adiante, com notória criticidade, arremata o autor (Op. cit., p. 142, 2006):

“Tal vez el recurso a la teoría se justifica en el derecho privado. El dueño de la empresa, quien la ha creado como persona jurídica, busca sin duda resguardar su patrimonio personal. La teoría del órgano le suministra el útil para desaparecer detrás de la forma societaria. Los empleados, en cambio –en un esquema ajeno a la responsabilidad por riesgo– sólo pueden comprometer la responsabilidad de la firma mediante el artificio de la responsabilidad por hecho ajeno, con la eventualidad de acciones de repetición. Nada de esto está presente en el derecho público, en que por encumbrado que sea el órgano, nunca es “dueño” del aparato estatal. Aunque pueda remontarse del agente autor del daño a su jefe, y de éste a su jefe y así, sucesivamente, nunca podrá llegarse más lejos que a una autoridad comisaria del interés público. En realidad, la teoría puede manifestarse como clasista, porque el alto funcionario, el jefe del servicio es justamente el órgano cuyos actos se identifican con los del servicio”.

atuação prestativa, contudo, e no que se revela importante, sem favorecimento ou benefício sem amparo legal.

3 OS PRINCÍPIOS INFRACONSTITUCIONAIS EXPRESSOS

Passada uma rápida alusão aos princípios constitucionais expressos, far-se-á uma ligeira análise dos princípios elencados no art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/99. Notadamente, a relação legal não é exaustiva, e nem poderia ser, pois a dinâmica das relações jurídicas impediria tal desiderato, mas atende, a contento, aos propósitos do processo administrativo brasileiro, de forma que o estudo de tais princípios é de fundamental importância para a compreensão da Lei Geral do Processo Administrativo Federal, bem como dos nortes a serem seguidos pela Administração Pública na promoção dos seus fins.

3.1 PRINCÍPIO DA FINALIDADE

O princípio da finalidade expressa o dever que se impõe a qualquer agente público, ou de quem lhe faça às vezes, de seguir os fins desejados e esperados pela ordem jurídica, sendo que estes (a) ou serão estritamente públicos; (b) ou, ainda, públicos associados a interesses privados. Isto é, a finalidade pública deve ser perseguida sempre e, quando possível, ser concretamente aferida pelos agentes públicos, sendo que, para tanto, eles deverão se guiar pelas balizas legais e principiológicas que norteiam a aplicação e observância do direito público no caso concreto, cósioante as formas ordinárias de competência, como bem adverte a boa doutrina³⁸:

O princípio da finalidade também constitui pedra angular da atividade administrativa. A perseguição de finalidades coletivas é a verdadeira razão de ser da atividade administrativa. O administrador só pode manejar sua competência, só deve praticar ato administrativo se e na exata medida do necessário para cumprir a finalidade prevista na lei que lhe outorgou competência.

Tendo em vista o escopo do princípio em cotejo, indaga-se: em que circunstâncias a finalidade pública se ajusta com a possibilidade de inatividade da Administração Pública?

Naturalmente, somente o caso concreto pode determinar uma resposta precisa à indagação apresentada. Contudo, impende gizar que

³⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Princípios do Processo Administrativo. *Fórum Administrativo* - Direito Público - FA. Belo Horizonte, ano 4, n. 37, p. 3.505-3.512, p. 3.507, mar. 2004.

o exercício da atividade administrativa requer, consoante a nossa ordem jurídica, *ex vi* arts. 48 a 50 da Lei nº 9.784/99, a observância do dever de manifestação quanto aos requerimentos administrativos perpetrados, mesmo nas excepcionais ocorrências dos *silêncios administrativos qualificados*, de maneira que, por esse prisma, a finalidade pública não se contenta com a ausência de decisão, bem como, e não menos importante, de sua fundamentação.

Todavia, a atividade administrativa não se limita à expedição de decisões decorrentes dos petítórios promovidos pelos administrados, já que existe a atividade administrativa voltada à adoção de medidas que independem da manifestação deles; assim sendo, sob essa ótica, não seria desacertado mencionar que a finalidade pública poderia se coadunar com a inércia da Administração, desde que ela, a inércia, represente a posição que melhor atendessem aos desideratos da ordem jurídica como um todo.

Exemplifica-se: a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) não admite renúncia tributária, *ex vi* art. 11 da Lei Complementar nº 101/2000, de maneira que o exercício da competência tributária deve ser efetivo e não meramente potencial; contudo, tratando-se de cidade com municípios visivelmente pobres, melhor dizer com reduzidíssima capacidade contributiva, a gestão municipal pode se quedar inerte quanto à atividade arrecadatória da Fazenda Pública por entender que (a) os dispêndios para operar a cobrança regular dos valores decorrentes dos tributos serão maiores que os recursos advindos da cobrança do IPTU; e (b) a medida, ainda que tenha espeque legal, não se ajusta com a finalidade municipal de fazer crescer a sua zona urbana com vista a obter recursos sociais de outras fontes de financiamento³⁹.

Como se pode observar a finalidade pública, em casos excepcionalíssimos, pode ser atendida ainda que em claro vislumbre de inatividade administrativa. Em outras palavras a finalidade pública

39 Naturalmente, essa pretensa inatividade formal é passível de crítica, na medida em que a não cobrança do tributo demanda uma análise quanto a sua pertinência, bem como uma fundamentação quanto a sua admissibilidade. Porém, do ponto de vista material, há sim uma inatividade, haja vista a inexistência de qualquer constituição de crédito tributário. Entretanto, ainda que se defenda a ausência de inatividade formal, ela não se opera automaticamente, uma vez que raras são as hipóteses em que a decisão e fundamentação sobre essa matéria são decantadas pela municipalidade. Assim sendo, a não cobrança do tributo, na quase totalidade dos casos dos Municípios detentora dessa particularidade, *rectius* ausência de capacidade contributiva dos municípios, decorre de uma total ausência de manifestação do Poder Público, o que faz consolidar a inatividade formal do Poder Público. Aliás, há, ainda, a questão política da cobrança, já que qualquer imposição tributária produz um preço político considerável, ainda que possuidora de respaldo constitucional.

constitui um conceito aberto e ela sempre deve está afeita às contexturas de cada exigência fática.

3.2 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO

O princípio da motivação é decorrência lógica do nosso Estado Democrático de Direito, na medida em que o exercício das competências constitucionais, bem como as infraconstitucionais, seria indene de qualquer controle, e porque não de dizer de considerável serventia, se não existisse o dever de motivar as decisões tomadas e as medidas aplicadas, ou seja, não seria um Estado de Direito, e muito menos Democrático, mas *despótico* e entregue às tirânicas formas das gestões opressoras da sociedade que o sustenta.

Segundo o princípio em tela, o exercício da função administrativa, e não apenas esta, mas toda e qualquer expressão do poder estatal, excetuadas as confluências de índole eminentemente políticas ou o legítimo exercício das implicações de foro íntimo, *ex vi* art. 5º, inciso XXXVIII, da CF/88, deve lastrear-se numa exigível e cabal motivação, o que reveste de legitimidade o exercício do poder, bem como possibilita o devido controle do poder concedido aos agentes públicos e por eles exercido, seja pelos órgãos internos de controle, seja pelas instâncias de controle externo, seja, ainda, pela sociedade, que é, ou pelo menos deveria ser, a destinatária de todas as realizações do Poder Público.

Como se pode perceber, motivação e controle expressam uma relação concreta de antecedência e necessária consequência para a promoção do dever de boa administração dos agentes públicos. Todavia, atividade de controle, ainda que precisa e pautada nos parâmetros legais, não pode alterar os motivos anteriormente apresentados pela Administração Pública, como bem adverte a melhor doutrina⁴⁰:

A legalidade do ato deve ser apreciada em função dos fundamentos alegados. Substituir a motivação exposta por outra equivaleria a verdadeira reedição do ato, o que só seria possível no âmbito interno da Administração, como consequência do poder de autotutela. Em relação aos demais “poderes” estatais, substituição não seria lícita.

No plano infraconstitucional, o dever de motivar encontra-se devidamente explicitado no art. 50 da Lei nº 9.784/99, tudo de forma

40 ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, , 2005. p. 137

a explicitar a importância da motivação das decisões administrativas no Estado Democrático de Direito, seja para o exercício regular da atividade administrativa, seja pela possibilidade de controle da atuação administrativa no caso concreto.

À evidência, a ausência de decisão da Administração Pública implica a inexistência de motivação, já que não há como motivar o que não foi decidido expressa ou implicitamente. Portanto, o silêncio administrativo constitui uma clara afronta não apenas ao comando legal de decidir, mas, também, de motivar do Poder Público.

3.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Trata-se de um dos mais importantes princípios⁴¹ para uma regular atuação da Administração Pública, inclusive com largo emprego na jurisprudência pátria no trato das matérias administrativas, mormente no que concerne à aplicação de penalidade aos administrados⁴² ou às atividades por eles desenvolvidas.

Compreende-se o princípio da proporcionalidade sob o cotejo de sua divisão em 03 (três) subprincípios, a saber, (a) o da pertinência ou adequação; e (b) o da necessidade; e (c) o da proporcionalidade em sentido estrito.

O subprincípio da pertinência busca balizar o meio empregado, ou seja, se é o mais adequado à situação fática em cotejo. Ou, ainda, se há uma providencial relação de adequação entre a medida a ser adotada e os fins a serem perseguidos pela ordem jurídica, de maneira que a atuação administrativa não se perca na consecução de um atuar que refuja dos fins a serem alcançados ou desejados pela imposição legal ou, o que é pior, sobre o pretexto de justamente cumprir o mandamento legal no caso concreto, vier a promover uma medida que se afigure

41 Ainda que se possa enquadrá-lo como um postulado normativo aplicativo (ÁVILA, ob. cit., 2009, p. 161), por uma questão meramente tipológica, já que se encontra, por decorrência de lei, entre os princípios norteadores da LGPAF, preferiu-se, aqui, o termo princípio ao invés de postulado normativo aplicativo, contudo, não se pode negar que, na sua essência ou substância, a igualdade, a razoabilidade e a proporcionalidade são normas que se destinam à aplicação de outras normas, o que inclui as normas-princípios, e que, portanto, e a rigor, divergem, tranquilamente, destas. Assim sendo, mesmo que se atribua o designativo princípio, não se pode olvidar o seu *status* de postulado normativo aplicativo, sendo que a expressão será devidamente explicado em tópico próprio.

42 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1113200/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 06/10/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 24 de fevereiro de 2010.

danosa ao interesse público. Então, o meio adequado é aquele que permite adoção de medida que não constitua um desvio dos fins que se deseja alcançar, mas sim alcançá-los da maneira esperada ou desejada para o atendimento do interesse público⁴³.

Por sua vez, o subprincípio da necessidade tem por fim estabelecer um marco para a atuação da autoridade pública, qual seja, a medida a ser adotada deve se constituir no meio mais suave possível em face das possibilidades fáticas e jurídicas existentes⁴⁴. Em outras palavras, o meio é considerando necessário quando se, e tão-somente, destina a alterar a situação fática de modo a torná-lo conforme a ordem legal sem, contudo, causar maior gravame ou onerosidade em relação a qualquer outra medida concretamente aplicável. Resulta, então, que o subprincípio da proporcionalidade exige uma atuação estatal com observância dos limites indispensáveis ao atendimento dos fins legítimos da medida pretendida. Ou seja, a escolha do meio mais suave procura não descumar dois pontos importantes para uma regular atuação administrativa: (a) a economia de recursos públicos na promoção da medida escolhida, que não deverá ir além do providencial atendimento dos fins legais; e (b) poupar o administrado de medidas que possam afetar desnecessária e injustificadamente seus direitos e garantias fundamentais.

Por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito representa a proporção no sentido preciso do termo, pois além de adequada e necessária a medida só será proporcional se atender aos parâmetros que contemplem os interesses albergados na situação fática existente, bem como que não refujam da moldura da proporcionalidade⁴⁵. Em outras palavras, a observância do subprincípio impõe que a adoção da medida não extrapole os limites exigíveis ao atendimento dos fins esperados pela norma jurídica.

Uma lapidar síntese do princípio encontra-se grafada deste modo⁴⁶:

O meio a ser escolhido deverá, em primeiro lugar, ser *adequado* para atingir o resultado almejado, revelando conformidade e utilidade ao fim desejado. Em seguida, comprova-se a *exigibilidade* do

43 BONAVIDES, op. cit., p. 396, 2007.

44 BONAVIDES, op. cit., p. 397, 2007.

45 BONAVIDES, op. cit., p. 398, 2007.

46 GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direito Constitucional. *Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 270-271. (grifos no original).

meio quando esse se mostra como “o meio mais suave” dentre os diversos disponíveis, ou seja, menos agressivo dos bens e valores constitucionalmente protegidos, que porventura colidem com aquele consagrado na norma interpretada. Finalmente, haverá respeito à proporcionalidade em sentido estrito quando meio a ser empregado se mostra como o mais vantajoso, no sentido da promoção de certos valores com o mínimo de desrespeito de outros, que a eles se contraponham, observando-se, que não haja violação do “mínimo” em que todos devem ser respeitados.

Tendo em vista a preleções acima, pode-se gizar que uma omissão do Poder Público, em casos excepcionais, pode até ser razoável, mas proporcional jamais. Pois, defende-se, aqui, e sob o rigor de eventual e percuciente crítica, que a proporção se aplica às situações em que exige uma atuação positiva da estatalidade, de forma que a ocorrência, fundada ou não, da inércia ou do silêncio administrativo não se coaduna com o atendimento do princípio da proporcionalidade.

Explica-se: o princípio da proporcionalidade possui um comando nuclear bem claro: a medida administrativa deve ser adequada, necessária e que atenda aos interesses em conflitos, de sorte a evitar medidas gravosas à estatalidade e aos administrados, bem como contemplar os parâmetros legais e principiológicos que a seara fática requer. Ora, não há como ponderar ou definir um não agir em face do dever de agir, dessa forma, não há falar em observância ao princípio da proporcionalidade no caso de inatividade do Poder Público. Logo, nessas hipóteses, por existir uma situação conflituosa que exija uma alteração no mundo fático, não há como cotejar a inatividade formal em consonância com o princípio da proporcionalidade.

3.4 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

O Direito, enquanto ciência, sempre esteve preocupado com a estabilidade nas relações jurídicas e, notadamente, na consolidação de institutos que expressem essa preocupação. Ademais, ao longo do tempo, tendo em vista a dinâmica das relações jurídicas nas sociedades complexas, tem sido notória a importância dos princípios que se destinam a promover meios para a concretização da necessária estabilidade das relações jurídicas nos mais diversos setores do Direito. Assim sendo, a segurança jurídica tem sido uma pauta permanente de discussões, seja pela sua inegável relevância para a pacificação social, seja pela expressiva dificuldade de sua promoção na atualidade, em que

se desencadeiam, a cada momento, disposições legais incomensuráveis e, no caso brasileiro, não raras vezes conflitantes.

Portanto, não há como negar a importância do princípio da segurança jurídica na relação entre a Administração Pública e os administrados. Desde já, pode-se gizar que tal princípio constitui um limite para a atuação estatal justamente para tentar perenizar as relações jurídicas já perpetradas pela Administração ou, ainda, pelos administrados.

O princípio da segurança jurídica, em sentido amplo, pode ser concebido por dois aspectos, a saber, (a) objetivo; e (b) subjetivo.

Primeiramente, sob o prisma objetivo, em que se arvora a segurança jurídica em sentido estrito, as disposições que encerram a estabilidade das relações jurídicas se assentam em fatos, atos ou comandos objetivos, isto é, que refoge de qualquer aferição subjetiva do administrado. Assim sendo, constituem expressões da segurança jurídica no seu aspecto objetivo (a) o ato jurídico perfeito, (b) o direito adquirido, (c) a coisa julgada, tudo nos termos do art. 5º, inciso XXVI, da Carta Fundamental, (d) a prescrição; e (e) a decadência.

Por outro lado, sob a ótica subjetiva, tem-se o princípio da proteção à confiança legítima⁴⁷, que é “um princípio procedente do Direito alemão, em cuja jurisprudência ordinária e constitucional se formou, e daí passou à jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias”⁴⁸, sendo que tal princípio se consubstancia na seguinte explanação: o administrado possui em face do Estado, e por conta de uma conduta anterior deste, uma expectativa legítima quanto a uma posição ou situação jurídica tolerada ou consentida, de maneira que uma alteração de entendimento do Poder Público, sem qualquer alteração no campo fático-jurídico, acaba por causar gravames injustificáveis ao administrado, sem falar na patente contradição na condução da atividade administrativa, o que enseja a devida proteção da confiança legítima *depositada* pelo particular.

Subprincípio em tela, por certo, guarda uma precisa relação com o brocardo *venire contra actum/factum proprium*, quer dizer, a

47 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. 07-58, p. 10-11, jul/set de 2004.

48 ENTERRÍA, Eduardo García de. El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador. *Revista de Administración Pública (RAP)*. Número 159, p. 173-206, p. 175, Septiembre-diciembre, 2002.

Administração não pode agir em desarmonia com os seus próprios atos, uma vez que a tomada de posição num sentido ou a habitual adoção de medida dum modo, à evidência, faz gerar uma expectativa legítima dos administrados em face do Poder Público.

Inclusive, deve-se salientar que, na Espanha, a Lei do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum, Lei nº 30, de 27 de novembro de 1992, no seu artigo 3º, no parágrafo 1º, deixa consignado o seguinte:

[...] 1. Las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho. Igualmente, deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima. [...]

Infelizmente, semelhante disposição não se encontra na LGPAF, todavia, por consistir uma expressão do princípio da segurança jurídica, encontra-se, tranquilamente, albergado implicitamente pela LGPAF, mormente quando este abona a boa-fé nas relações entre a Administração e os administrados, *ex vi* art. 2º, inciso IV, da Lei nº 9.784/99; ademais, nas relações privadas, a boa-fé encontra-se devidamente assentada nos art. 113, 187 e 422 do Código Civil brasileiro.

Nesse ponto, é importante destacar um possível conflito entre o poder de autotutela da Administração Pública e o princípio jurídico em cotejo, de forma que se faça uma necessária promoção dum balanceamento⁴⁹ em busca da solução *ótima*. Lembrando-se, que a autotutela administrativa não encontra apenas limites temporais (art. 54 da LGPAF), mas também interpretativos, tendo em vista o disposto no art. 2º, inciso XIII, da LGPAF, e, ainda, como na hipótese em cotejo, os relativos à proteção da confiança legítima decorrente de conduta perpetrada pela própria Administração Pública, sem falar, sobremais, em toda uma teia de imposições normativas e principiológicas do sistema jurídico.

49 Sobre o assunto, é de todo pertinente referenciar as seguintes considerações (ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. Trad. Menelick de Carvalho Netto. *Ratio Juris*. vol. 16, nº 2, p. 131-140, p. 137, jun. 2003):

“A Lei do Balanceamento demonstra que o balanceamento pode ser dividido em três etapas ou estágios. O primeiro estágio é o do estabelecimento do grau de não-satisfação ou de detrimento do primeiro princípio. Segue-se um segundo estágio, no qual a importância de satisfazer o princípio concorrente é estabelecida. Finalmente, o terceiro estágio responde à questão de saber se a importância de se satisfazer ou não o princípio concorrente justifica o detrimento ou a não-satisfação do primeiro”.

Uma pergunta se impõe, se a confiança é legítima, há possibilidade de empreendê-la quando os seus esteios se assenta numa interpretação e aplicação incorreta da lei? Defende-se, aqui, que não. A confiança legítima não pode se assentar apenas na pretensa legitimidade vislumbrada pelo administrado. Não mesmo. Não devem existir razões fático-jurídicas que empecem a manutenção da situação ou posição jurídica arvorada, sob pena de esvaziar o sentido e alcance da prerrogativa da autotutela administrativa; logo, o princípio da proteção à confiança legítima não pode justificar, respeitados os lapsos temporais em cada caso, porque já seria fulminada pela decadência ou prescrição, a permanência de situação ou posições jurídicas flagrantemente contrárias à ordem legal. Por certo, a nova interpretação e aplicação da lei não poderá ter efeito retroativo, *rectius* retroatividade plena. Então, em que casos se aplicam o princípio da segurança jurídica? Praticamente, na estabilidade das relações jurídicas fulcradas precipuamente na contextura fática, ou seja, quando inexistir o dever legal de reforma da situação ou posição jurídica *irregular*.

Exemplifica-se: num loteamento de solo urbano, o poder público pode até consentir, em certo tempo, com o uso anormal ou irregular de via que se destinava a fim diverso no projeto de loteamento, contudo, não pode permitir a edificação em área com inclinação maior que a permitida (art. 3º, inciso III, da Lei nº 6.766/79) ou em Área de Preservação Permanente (APP).

Ainda que se possa cotejar a teoria do fato consumado⁵⁰ para anuir com a possibilidade de afronta à ordem legal, esse fundamento não se fulcra no princípio da proteção da confiança legítima, mas sim, na segurança jurídica no seu aspecto objetivo, mas precisamente no ato jurídico perfeito e, em alguns casos, no direito adquirido.

50 Em sentido favorável à aplicação da teoria:

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 429906 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 19/08/2008, DJe-172 DIVULG 11-09-2008 PUBLIC 12-09-2008 EMENT VOL-02332-04 PP-00720. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2010.

Em sentido contrário:

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 476783 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 28/10/2008, DJe-222 DIVULG 20-11-2008 PUBLIC 21-11-2008 EMENT VOL-02342-07 PP-01284. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 573552 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 29/04/2008, DJe-092 DIVULG 21-05-2008 PUBLIC 23-05-2008 EMENT VOL-02320-06 PP-01288 JC v. 35, n. 116, 2009, p. 173-176. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 26 de fevereiro de 2010.

Sem maior delonga, não constitui um erro afirmar que o silêncio administrativo pode se constituir num meio, geralmente odioso, por ser cerceador dos direitos dos administrados, para promover o atendimento do princípio da segurança jurídica, lembrando-se que este não se ocupa da justiça das decisões exaradas ou das medidas adotadas, pois, aqui, não se defende o entendimento de que a ausência de manifestação da estatalidade deixa a questão em aberto *ad eternum*. Ora, se não deve existir, salvo os expressamente previstos na Carta Fundamental (art. 37, § 5º), prazos ou direitos imprescritíveis em benefício da estatalidade, em igual medida o mesmo tratamento deve ser dispensado aos administrados.

Contudo, um esclarecimento se impõe: a situação é imensamente desfavorável ao administrado, pois, ainda que se defenda o entendimento de que, enquanto não existir manifestação expressa da Administração Pública, não há prescrição quanto ao petítório apresentado, o tempo não labora a favor do administrado. Melhor seria admitir um prazo máximo de inatividade estatal (art. 205 do Código Civil) ou, ainda, consolidar, *de lege ferenda*, a configuração do silêncio administrativo, que poderia ser positivo ou negativo, tudo de forma a ensejar outras vias para o atendimento do requerido ou desejado pelo administrado, já que, na pior das hipóteses, o silêncio administrativo qualificado traria celeridade na condução do processo administrativo.

Assim sendo, *dos males, o menor*, a configuração do silêncio administrativo que acarrete uma via anômala de manifestação estatal acabaria por legitimar rapidamente o uso de outras vias, ainda administrativas ou judiciais, para o atendimento da pretensão arqueada pelo administrado. Daí a importância do cumprimento dos arts. 48 a 50 da LGPAF, pois dispensaria a necessidade da operatividade do silêncio administrativo em caráter subsidiário.

3.5 PRINCÍPIO DO INTERESSE PÚBLICO

A expressão interesse público tem uma acepção bem ampla. Assim sendo, tudo que cogitar um interesse meramente egoístico, sem sombra de dúvida será público quando afetar um círculo não fechado de pessoas, não esquecendo que interesses privados também podem cotejar propósitos decididamente públicos. Na verdade, há *interesses públicos* que são devidamente decantados no caso concreto, de modo a representar o meu interesse à coletividade como um todo. Não há como admitir uma vislumbre unitário à expressão interesse público.

Por evidente, o princípio do interesse público possui uma denotação mais técnica, de maneira que o interesse público não se confunde com o interesse de todos, mas com o interesse que se (a) enquadre na norma legal; e (b) adapte aos fins propostos pela ordem jurídica. Portanto, o interesse não se mede pela extensão dos seus destinatários, mas pelos seus regramentos e fins em face dos misteres da Administração Pública. Costuma-se dividir, consoante os imorredouros escólios de Renato Alessi⁵¹, o interesse público em (a) primário, e (b) secundário; o primeiro se refere ao interesse da coletividade; o segundo, da estatalidade ou do governo.

O agente público não pode perseguir interesse diverso do público, quer dizer, toda a atividade administrativa, mormente os serviços internos; ou seja, aqueles em que o *cliente* do serviço é a própria Administração Pública, deve persistir no atendimento do interesse público; todavia, repita-se, isso não quer dizer que não possa existir interesse privado no desempenho da atividade administrativa, não mesmo, para tanto, basta que ele esteja associado ao público.

Exemplifica-se de modo bem elementar: a doação de um terreno⁵² da municipalidade para a instalação de um fábrica num conjunto industrial, que gerará milhares de empregos diretos e indiretos, por evidente, comporta a conjunção de interesses privados e públicos.

Dessa forma, o princípio do interesse público norteia a atividade administrativa com vista a evitar a prática de atos que revele (a) desvios funcionais tendentes à promoção de uma vantagem pessoal; (b) uma aplicação irregular dos comandos legais, de forma a consolidar pretensões que se afastem do núcleo essencial da norma, tudo de forma a favorecer, ainda que subsidiariamente, um interesse privado indevido.

51 ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*. 3 ed. Milano: Giuffrè, 1974. p. 226.

52 Esse ponto merece um esclarecimento: (a) se for observado o que dispõe o art. 17, inciso I, alínea b, da Lei nº 8.666/93, seja na sua redação originária, seja a dada pela Medida Provisória (MP) nº 335/2006, seja a advinda da Lei nº 11.481/2007, seja a decorrente da MP nº 458/2008, seja, ainda, pela redação da Lei nº 11.952/2009, é vedado a qualquer ente político doar imóvel para particulares; contudo, (b) em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 927, o STF concedeu Medida Cautelar no sentido de que a vedação constante no art. 17, inciso I, alínea b, da Lei nº 8.666/93, se aplica apenas à União; e (c) de sorte que aos Estados e Municípios, bem como o Distrito Federal, é possível, atendido o interesse público, doar imóvel para particulares. Urge mencionar que até a conclusão deste trabalho ainda não tinha sido concluído o julgamento definitivo da ADIN. Vide: BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 927 MC, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/1993, DJ 11-11-1994 PP-30635 EMENT VOL-01766-01 PP-00039). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2010.

Como se pode observar, a inatividade formal do Estado⁵³ não se coaduna com o princípio do interesse público, já que o interesse público impõe uma atuação estatal com vista ao atendimento das prescrições constitucionais ou infraconstitucionais relacionados ao dever de prestação social do Poder Público.

Ademais, mesmo quando o interesse público se concretize com uma conduta de abstenção de uma autoridade pública, tal conduta, geralmente, encontra-se relacionada ao dever de lealdade ou probidade; portanto, não se vincula a uma exigência de se manter inerte em face das prescrições positivas da ordem jurídica.

4 OS PRINCÍPIOS IMPLÍCITOS DO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

O fato de um princípio não se encontrar positivado na nossa ordem jurídica, à evidência, não lhe retira a necessária densidade e eficácia jurídicas, já que decorre do sistema jurídico racionalmente operável, e, muito menos, não empeça a sua observância ou aplicabilidade; todavia, a positivação acaba por emprestar-lhe maior segurança e clareza quanto aos seus propósitos, como bem salienta a boa doutrina⁵⁴:

Distintamente dos *preceitos*, é logicamente irrelevante se venham ou não, os *princípios*, expressados explicitamente na ordem jurídica positiva, bastando que nela o sejam implicitamente. Não obstante essa desnecessidade, em teoria, a de conferir-se *positivação* a um princípio, é inegável que o fazê-lo sempre será benéfico e desejável no âmbito da ordem jurídica, não apenas pela clareza, como e sobretudo por que tal prática produz um saudável efeito irradiante, de *abertura sistêmica*, com elevadíssimo cunho didático-pedagógico, ao emprestar relevo e nitidez aos *valores* e fins que porta.

Os princípios implícitos ou decorrentes do Regime Jurídico Administrativo (RJA) representam uma clara evidência dos valores que regem a nossa ordem jurídica com vista à promoção dos fins do Estado, daí inarredável instrumentalidade deles para a execução da atividade administrativa.

53 Vide nota de rodapé nº 29, no que expressa uma antiga preocupação do legislador com a eficiência no serviço público.

54 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno. Legalidade. Finalidade. Eficiência. Resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 87. (grifos no original).

Ainda que se questione o caráter principiológico de algum dos princípios a seguir elencados, não se pode negar a existência e importância deles para a realização das mais diversas atividades da Administração Pública, vez que constituem verdadeiros alicerces para a compreensão dos fundamentos que norteiam a atuação administrativa. Assim sendo, se afigura justificável uma análise, ainda que ligeira, de tais princípios, até mesmo para promover os necessários vínculos com os expressos ou positivados acima já divisados ou comentados.

4.1 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR

O que seria mesmo a supremacia do interesse público, um princípio, um postulado ou um axioma jurídico? Em que consistiria os seus fins? Essas inquietações foram tratadas, com certo vanguardismo, por Humberto Ávila⁵⁵ em primoroso artigo, no qual aventa a existência de limites conceituais e normativos para considerá-lo como um princípio, sendo que no mais, apesar de não concordar plenamente com as suas conclusões, reconhece-se o mérito de alertar para o uso abusivo do *princípio* da supremacia do interesse público sobre o particular, transcreve-se⁵⁶:

Não se está a negar a importância jurídica do interesse público. Há referências positivas em relação a ele. O que deve ficar claro, porém, é que, mesmo nos casos em que ele legitima uma atuação estatal restritiva específica, deve haver uma ponderação relativamente aos interesses privados e à medida de sua restrição. E essa ponderação para atribuir máxima realização aos direitos envolvidos é o critério decisivo para a atuação administrativa. E antes que esse critério seja delimitado, não há cogitar sobre a referida supremacia do interesse público sobre o particular.

Com efeito, o princípio propugna a existência de uma supremacia do interesse público no caso concreto e não em abstrato, quer dizer, o interesse público somente será *supremo* em face do particular se a contextura fática permitir ou mesmo exigir, sempre considerando os limites da ordem jurídica.

55 ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, nº 24, p. 159-180, p. 164-167, 1998.

56 ÁVILA, op. cit., p. 178, 1998.

Mas, voltando às interrogações inicialmente formuladas, e de forma bem simplória, já que uma conceituação mais precisa de axioma e postulado será apresentada no item 6 deste trabalho, pode-se afirmar que nada impede que se compreenda a supremacia do interesse público sobre o privado como um axioma, uma vez que a proposição é evidente e prescinde de comprovação, ou seja, é aceita por todos sem questionamentos.

Por outro lado, um postulado também imprescinde de comprovação, todavia, não é evidente, isto é, carece de uma necessária perquirição do seu sentido, razão pela qual o *princípio* da supremacia do interesse público sobre o privado não pode ser tratado com um postulado.

E, dentro dessa concepção filosófica, o que é um princípio? Uma resposta pode ser arvorada satisfatoriamente nesses termos⁵⁷:

[...] aunque un principio es un “punto de partida”, no parece que todo “punto de partida” puede ser un principio. Por este motivo se ha tendido a reservar el nombre de “principio” a un “punto de partida” que no sea reducible a otros puntos de partida, cuando menos a otros puntos de partida de la misma especie o pertenecientes al mismo orden. Así, si una ciencia determinada tiene uno o varios principios, éstos serán tales sólo en cuanto no haya otros a los cuales puedan reducirse.

Naturalmente, a concepção de princípio para os fins deste trabalho, à evidência, não se entrega a tais rigores, uma vez que o compreende como uma proposição fundamental de uma determinada área do saber humano, de maneira que, na Ciência Jurídica, cada princípio jurídico carrega uma proposição fundamental para a compreensão do ordenamento jurídico vigente.

Considerando os posicionamentos acima, em relação ao *princípio* da supremacia do interesse público sobre o privado, e tendo em vista a perspectiva de que a função administrativa deve pautar os seus fins na proteção do cidadão, têm-se as seguintes proposições: (a) independentemente do nome que se lhe atribua, se axioma ou princípio, não há como olvidar o caráter fundamental de suas prescrições para a atuação administrativa; (b) a sua observância não pode representar uma afronta aos direitos e garantias fundamentais do cidadão,

57 MORA, José Ferrater. *Diccionario de Filosofía*. 5 ed. Buenos Aires: Sudamericana. Tomo II, 1964. p. 480. (grifos no original).

ressalvadas as restrições ou supressões de direitos ou garantias devidamente explicitadas no texto constitucional; e (c) não há como empreender a sua aplicação sob uma perspectiva autoritária, quer dizer, baseada no poder estatal sem limites e, sobretudo, portador de um ideário limitador da liberdade dos administrados, de maneira que, no contexto atual, a pretensa supremacia deve ser exaustivamente demonstrada em face do caso concreto e não abstratamente acolhida e imposta aos cidadãos.

Tendo em vista o Estado Democrático de Direito, em que se prestigia o primado da pessoa humana, não há como conceber a função administrativa centrada na consecução dos fins do Estado em si mesmos considerados; quer dizer, a função administrativa deve se destinar ao atendimento dos fins da sociedade, pois o eixo da atuação administrativa não deve ser o Estado, mas, sim, toda a coletividade.

Destarte, todo o engendro da atuação estatal deve primar, em todas as suas realizações, no cumprimento das pautas constitucionais com vista à satisfação dos anseios dos cidadãos, de forma que inexistente uma supremacia do interesse público que fundamente o exercício das atividades estatais que afrontem os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, ressalvadas as legítimas, melhor dizer politicamente conformadoras, exceções que a própria Constituição impuser.

Geralmente, a supremacia do interesse público sobre o particular é aventada pelo Poder Público nas situações em que há restrição à propriedade e à liberdade⁵⁸ dos administrados, sendo que, nessas hipóteses, o fundamento para a efetivação das restringidas deve se vincular à concreta existência de benefício à coletividade em face das limitações suportadas pelo particular, do contrário, ter-se-á uma indevida supremacia.

Tendo em vista o dever de agir da Administração Pública que, no caso, se pauta em eventuais limitações impostas aos particulares, o silêncio administrativo, por certo, não encontra guarida em tal princípio. Talvez legitime, e a título de política administrativa, em que se imponha um tratamento legislativo específico para a inatividade formal do Estado, a defesa da normatização do silêncio administrativo negativo ao invés do silêncio administrativo positivo.

58 A rigor, não se restringe direitos, mas os planos materiais a que eles tutelam (BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 794, 2007); daí se preferiu mencionar a expressão *restrição à propriedade e à liberdade* ao invés de *restrição ao direito de propriedade e ao direito de liberdade*.

4.2 PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE

O princípio da oficialidade é de fácil compreensão, contudo, a sua observância desperta algumas importantes considerações.

Tem-se que o princípio da oficialidade impõe a todos os agentes públicos, no exercício das suas competências o cumprimento das determinações legais e regulamentares previstas em cada caso; quer dizer, sem a necessidade de intervenção ou de requerimento de terceiros.

Portanto, os comandos pertinentes às mais diversas tarefas administrativas devem ser promovidas consoante os procedimentos esperados ou desejados pela ordem jurídica. Então, cumprir o princípio da oficialidade é levar a cabo as determinações legais, isto é, observar a procedimentalização exigível pela regulamentação relacionada à atividade administrativa exercida.

Assim sendo, o princípio da oficialidade é observado quando o servidor pratica a conduta legal em atendimento a uma intervenção do administrado, bem como quando não há qualquer manifestação do interessado. Portanto, o princípio da oficialidade não se limita apenas aos casos em que a atuação administrativa deve ser levada a cabo independentemente de manifestação de terceiros, senão a observância do princípio se resumiria a uma pequena parcela das atividades desenvolvidas pela estatalidade.

Agir de ofício, portanto, é promover o cumprimento da lei, dos regulamentos e de todos os princípios norteadores da Administração Pública, mormente o princípio da eficiência, pois a celeridade e a regularidade no trâmite dos processos administrativos configuram uma clara expressão de conduta eficiente dos servidores envolvidos. Dessarte, se as competências administrativas estão previstas em lei, exercê-las é agir de ofício. E mais: não basta o mero agir, mas uma atuação em conformidade com ordem jurídica e tudo dentro dos parâmetros regulares da competência exercida.

Todavia, o acima apresentado é apenas um quadro bem geral do princípio no seu aspecto ativo, quer dizer, de impor uma atuação do agente público. Dentro de uma perspectiva mais acurada, há de serem observados alguns possíveis limites à atuação de ofício dos servidores. A digressão limitar-se-á a dois pontos: (a) a reforma para pior; e (b) inadequação material da norma.

A reforma para pior⁵⁹ é admitida no direito administrativo pátrio⁶⁰, haja vista a função interpretativa decorrente dos princípios (a) da autotutela administrativa, (b) da legalidade e, claro, (c) da oficialidade, soma-se, ainda, o disposto no art. 64, § único, da LGPAF; todavia, outros princípios são elencáveis em sentido contrário a esse entendimento, quais sejam, (a) do contraditório e da ampla defesa; (b) da segurança jurídica; e, por evidente, o princípio da proibição da *reformatio in pejus*.

Contudo, observando a questão com foco na atuação do administrado, tem-se que o princípio dispositivo, amplamente agraciado pelo direito processual civil e penal, não contempla os mesmos esteios no direito administrativo, na medida em que a vontade das partes é irrelevante para a condução dos misteres dos servidores públicos; logo, não há como propugnar o entendimento de que a reforma para pior seja vedado no processo administrativo brasileiro, de maneira que a observância do princípio da oficialidade não encontra limite no princípio da proibição da *reformatio in pejus*. Não obstante isso, a reforma para pior não pode implicar uma atuação despótica da Administração Pública, já que, nesse caso, ter-se-á o abuso ou arbítrio e não a reforma para pior em cotejo às exigências legais.

Já a inadequação material da norma, defende-se, constitui um claro limite ao cumprimento irrestrito dos comandos legais, *rectius* cumprimento de ofício do procedimento previsto abstratamente.

59 Sobre a temática em referência, colhe-se a seguinte passagem (RIBEIRO LIMA. Raimundo Márcio. O princípio da proibição da *reformatio in pejus* e os princípios do regime jurídico-administrativo: uma improvável conciliação! *Boletim de Direito Administrativo (BDA)*. Ano XXV, nº 6, p. 683-704, p. 698, jun. 2010):

“[...] 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 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 reanálise por conta de fatos novos ou circunstâncias tidas como relevantes e, à evidência, capazes de 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; [...]”

60 Vide: BUENO, Cassio Scarpinella. Os recursos nas leis de processo administrativo federal e paulista: uma primeira aproximação. In 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. tiragem. São Paulo: Malheiros, p. 212, 2006; 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, 304, 2005.

Explica-se: em que pese ser dever dos servidores o cumprimento das leis ou dos regulamentos, *ex vi* art. 116, inciso III, da Lei nº 8.112/90, tal dever, que é de uma coerência lógica inarredável, pode não se ajustar à situação fática relacionada ao comando legal a ser adotado, haja vista a existência de medida que melhor atenda aos princípios da Administração Pública do que a própria prescrição legal. Nessas hipóteses, se afigura mais sensato a observância dos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública que aplicar friamente a norma que não se ajusta eficientemente à situação.

Em outras palavras, do cômodo⁶¹ plano de aplicação da disposição legal inadequada, o servidor deve expressar, fundamentadamente, o motivo da inadequação material da norma; seja porque acarreta maiores dispêndios ao Erário; seja, ainda, porque não resolve minimamente a situação material conflituosa ou prejudicial às partes. Adverte-se: no Estado Gerencial deve se prestigiar a eficiência funcional dos servidores⁶² e não aplicação irrefletida das disposições legais.

Por fim, seguindo a trilha do princípio da oficialidade, inexistirá a configuração do silêncio administrativo, uma vez que a lei não será olvidada quanto ao dever de decidir e de fundamentar do Poder Público.

4.3 PRINCÍPIO DA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA

Trata-se de princípio importantíssimo para a manutenção ou restauração da regularidade dos atos e procedimentos administrativos. A autotutela administrativa é fundamental para o desempenho das atividades administrativas, na medida em que possibilita o controle da legalidade/legitimidade dos atos praticados pela Administração Pública; ademais, expressa agilidade e praticidade na realização de tal tarefa, já que prescinde da intervenção do Poder Judiciário; isto é, a própria

61 Cômodo porque afasta, consoante a possível estultice dos órgãos de correição, a possibilidade de aplicação de penalidade, já que seguiu os parâmetros legais ou regulamentares, ainda que ineficientes, relacionados aos casos. Ora, essa perspectiva de atuação administrativa deve ser alterada, o servidor, dentro do seu complexo de competências, desde que haja fundamentadamente, e expresse a razão do melhor entendimento ao caso, não pode ser penalizado, justamente por melhor conhecer a situação fática e o caminho a seguir.

62 Como se pode observar na ligeira passagem doutrinária (GUERRERO, Omar. *Del Estado Gerencial al Estado Cívico*. México- DF: UNEM, 1999. p. 149.):

“En el modelo del nuevo manejo público la eficiencia es considerada más importante que la obediencia, y la efectividad va por delante de la legalidad. Efectivamente, la flexibilidad y la adaptación son tan importantes como la previsibilidad y la responsabilidad; pero el neomanejo público no es refractario del interés público, y la rentabilidad es una meta muy alta junto con el interés público al cual sirve”.

Administração, observada a prescrição legal em cada caso, levará a cabo todos os procedimentos para restabelecer a ordem jurídica.

O princípio da autotutela administrativa representa uma *ferramenta* para a observância do direito no setor público, pois (a) faz empreender a atividade revisional com relação aos procedimentos adotados pela Administração Pública, de forma a assegurar-lhes a devida regularidade, ou seja, observância à ordem jurídica; (b) possibilita, em momento posterior, a adoção de medidas ou penalidades para fazer cessar a conduta irregular anteriormente praticada; e (c) conforme o caso, aferir a oportunidade e conveniência da manutenção do ato praticado ou da medida adotada.

Como se pode observar, a autotutela administrativa permite o exame dos aspectos de legalidade e de mérito da atuação administrativa⁶³, tudo de forma a coibir a prática ou a permanência de atos ou medidas que se contraponha ao dever de boa administração.

Em sede jurisprudencial, há duas vestutas Súmulas não vinculantes do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o assunto, quais sejam, (a) a de número 473, que remonta ao ano de 1969⁶⁴; e (b) a de número 346, que exsurgiu no ano de 1963⁶⁵. Notadamente, elas foram editadas num contexto constitucional diverso, sem falar na cultura existente de superposição do Estado em face do particular. Não obstante isso, e promovendo-se os devidos ajustes à nova ordem constitucional, tais súmulas se mantêm incólumes e, de certa forma, atuais, pelos menos no que concerne ao seu aspecto permissivo, já que os seus limites não poderiam ser exaustivamente elencados num breve enunciado jurídico.

Explica-se, a autotutela, que é amplamente permitida, deve guardar, dentre outros pormenores infraconstitucionais, uma precisa observância aos princípios da segurança jurídica, da finalidade e da legitimidade, sob pena de representar uma medida desajustada e, portanto, afrontosa a toda a nossa ordem jurídica.

63 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 24.

64 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". Aprovada em Seção Plenária de 03.12.1969. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 de março de 2010.

65 Súmula 346: "A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos". Aprovada em Seção Plenária de 13.12.1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 de março de 2010.

Destarte, impende mencionar que o exercício da autotutela administrativa deve observar sempre o *limite temporal* disposto no art. 54 da Lei nº 9.74/99, como uma clara expressão do princípio da segurança jurídica, *rectius* decadência, pois o prazo de 05 (cinco) anos representa, *a priori*, um marco decisivo para a estabilidade da relação jurídica. Há, também, o *limite interpretativo* constante no art. 2º, inciso XIII, da LGPAF.

Assoma-se, ainda, como expressão de limite ao dever-poder de autotutela, toda a principiologia reinante na nossa ordem constitucional que, dentre tantos princípios específicos ou setoriais, alberga com primazia, já que constitui dois dos fundamentos da nossa República (art. 1º, incisos I e III, da CF/88), a cidadania e a dignidade da pessoa humana, de maneira que elas não podem ser fustigadas a pretexto de bem cumprir as disposições legais.

Como se pode observar o exercício da autotutela administrativa é incompatível com a ocorrência do silêncio administrativo, uma vez que esse modo de atuação administrativa é, por excelência, comissiva, de maneira que inexistente qualquer ranço de inatividade, inclusive, a ausência de atividade é que pode representar um posterior exercício do poder-dever de autotutela administrativa.

4.4 PRINCÍPIO DA DISTRIBUIÇÃO EQUITATIVA DOS ÔNUS E ENCARGOS PÚBLICOS

Não raras vezes os administrados são instados a tolerar determinadas medidas do Poder Público, algumas até supressivas de direitos de considerável relevo para o cidadão, *rectius* desapropriação de imóvel urbano ou rural, com vista ao atendimento dos fins públicos no caso concreto, de forma que, e isso é patente, alguns administrados suportam maiores ônus do que outros na promoção dos desideratos da estatalidade.

Nesse contexto, não se afigura desarrazoada a realização de medidas que empreenda uma distribuição equitativa dos ônus ou encargos públicos, ou seja, que permita ou justifique (a) o direito de indenização a favor do administrado quando a situação imposta pela Administração Pública cause um gravame de considerável monta; e (b) a concessão de sanções premiais em decorrência de restrições, por conta de uma particular situação fática, ao exercício de uma atividade, *a priori*, extensível a todos os agentes econômicos etc.

Portanto, o princípio da distribuição equitativa dos ônus e encargos públicos se preocupa com a observância do princípio da isonomia, quer dizer, a atividade administrativa quando beneficia toda a coletividade não pode impor um encargo enorme a apenas um cidadão, ou mesmo alguns, sob pena de malferir a ordem principiológica vigente, de forma que a efetivação da medida implica o dever de reparar o dano sofrido, que é pago por todos, ou seja, pela coletividade beneficiada pela realização estatal⁶⁶.

Assim sendo, o princípio promove uma devida e esperada expressão do dever de boa administração, na medida em que, realizadas as escolhas do Poder Público, e efetivadas as medidas para empreendê-las, devem ser sanadas eventuais inconveniências decorrentes da legítima insurgência dos administrados em face da execução dos objetivos da Administração Pública, que somente serão removidas se for cotejada a devida distribuição equitativa dos ônus e encargos públicos, quer dizer se respeitados os devidos parâmetros de reparabilidade do administrado por conta das realizações da Administração Pública.

Percebe-se que, sem nenhum esforço, o princípio em cotejo representa um claro instrumento contra a ocorrência do silêncio administrativo, vez que constitui um substrato para a exigência de uma atuação mais equânime do Poder Público, quando da promoção das suas realizações materiais, o que facilita a sua atuação, bem como um claro subsídio para as insurgências administrativas ou judiciais dos particulares.

5 O POSTULADO NORMATIVO APLICATIVO DA RAZOABILIDADE

A primeira indagação que se pode fazer é a seguinte: não seria a razoabilidade um princípio? Outra ainda se impõe: e qual a relevância de tratá-la como um postulado normativo aplicativo? E o que é um postulado e o que difere de um axioma ou princípio? Com o

66 Sobre o princípio em cotejo, em outra oportunidade, asseverou-se (RIBEIRO LIMA, Raimundo Márcio. Direitos Fundamentais e os Princípios do Processo Administrativo Federal. *Boletim de Direito Administrativo (BDA)*. Ano XXIV, p. 1.028-1.046, set. 2009. p. 1.042.):

“Em termos mais claros, não há como conceber a oneração excessiva de um administrado, para a promoção de um fim público, sem a devida compensação material ou imaterial pelo ônus suportado”. [...]

“O exemplo mais comum de aplicação de tal princípio ocorre no processo administrativo de desapropriação de terrenos urbanos, no qual, para fins de indenização, é levada em consideração a peculiar situação dos proprietários urbanos em face da obra ou serviço público a ser promovido em prol da coletividade”. [...]

“No âmbito judicial, o princípio tem ampla aplicação, seja como parâmetro de equidade, seja como expressão do princípio da isonomia, ou mesmo com o emprego dessa terminologia”.

intuito de promover os devidos esclarecimientos, transcreve-se uma autorizada fonte doutrinária⁶⁷:

En los *Elementos* de Euclides la noción de postulado recibió una formulación que ha sido vigente durante muchos siglos: el postulado es considerado en ellos como una proposición de carácter fundamental para un sistema deductivo que no es (como el axioma) evidente por sí misma y no puede (como el teorema) ser demostrada.

Ora, considerando o transcrito acima, não há como negar que a razoabilidade bem se ajusta a essa conceituação, uma vez que ela norteia a aplicação de outras normas, dá o seu caráter fundamental para o sistema jurídico que, por excelência, parte das generalizações para alcançar as particularidades de cada situação fática; ademais, em que pese toda a amplitude que carrega na expressão razoabilidade, ela não é evidente por si mesma e, por certo, não pode ser demonstrada, pelo menos no sentido euclidiano, mas apenas e tão somente observada⁶⁸.

Seguindo a mesma senda doutrinária, extrai-se, agora, o conceito de axioma⁶⁹:

Un significado originario del término ‘axioma’ (ἀξίωμα) es *dignidad*. Por derivación ‘axioma’ significa ‘lo que es digno de ser estimado, creído o valorado’. Así, en su acepción más clásica el axioma equivale al principio que, por su dignidad misma, es decir, por ocupar un cierto lugar en un sistema de proposiciones, debe ser estimado como verdadero. [...] El axioma posee, por así decirlo, un imperativo que obliga al asentimiento una vez es enunciado o entendido. [...] Las proposiciones que podían ser demostradas y no eran evidentes se llamaron *teoremas*. Y las que ni podían ser demostradas ni eran evidentes por sí mismas recibieron el nombre de *postulados* (como el postulado de las paralelas).

67 MORA, op. cit., p. 548, 1964.

68 A conceituação de postulado é controvertida, como, mais adiante, bem se adverte (MORA, op. cit., tomo II, p. 458-459, 1964):

“La mayor parte de los autores consideran hoy que no puede mantenerse la diferencia clásica entre axioma y postulado y aun entre postulado y teorema en sentido general. En primer lugar, lo que se califica de axioma puede igualmente llamarse postulado; basta para ello descartar la dudosa expresión ‘evidente por sí mismo’. En segundo término, los postulados pueden ser considerados simplemente como teoremas iniciales en su cadena deductiva. Finalmente, los postulados pueden ser equiparados a definiciones implícitas”.

69 MORA, José Ferrater. *Diccionario de Filosofía*. 5 ed. Buenos Aires: Sudamericana, Tomo I, 1964. p. 167..

Da transcrição acima, deduz-se que: (a) os axiomas são indemonstráveis; (b) e também evidentes; e (c) que, por outro lado, os postulados não são evidentes, embora também sejam indemonstráveis.

Em que pese toda a crítica que se possa levantar quanto ao uso desses termos, principalmente no que concerne ao *postulado* e seu qualificador *normativo aplicativo*, e mesmo considerando o uso corrente do termo princípio para tais significações; prefere-se endossar a linha distintiva, - com arrimo nas lições de Humberto Ávila⁷⁰, tendo em vista o caráter particular do termo razoabilidade se comparado aos princípios explícitos ou implícitos acima comentados -, entre princípios jurídicos e postulados normativos aplicativos. Assim sendo, transcreve-se a distinção compreendida pelo renomado jurista gaúcho⁷¹:

Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas.

Ainda que se possa promover uma objeção contra a segunda distintiva encetada, já que a razoabilidade também deve ser observada, quando da adoção das políticas públicas em sentido amplo, pelo governante⁷²; não se pode olvidar a diferenciação realizada pelo autor, especialmente quando assim dispõe em outra lúcida lição⁷³:

[...] os postulados não são normas imediatamente finalísticas, mas metódicas; não são normas realizáveis em vários graus, mas estruturam

70 ÁVILA, op. cit., p. 151-160, 2009.

71 ÁVILA, op. cit., p. 122, 2009.

72 E não se diga que, nessa hipótese, ele seja apenas um destinatário da norma e não um intérprete do Direito, de modo que, por certo, fará uso dos postulados normativos aplicativos.

73 ÁVILA, op. cit., p. 123, 2009.

a aplicação de outras normas com rígida racionalidade, e não são normas com elevado grau de abstração e generalidade, mas normas que fornecem critérios bastante precisos para a aplicação do Direito.

Considerando o conceito de princípio adotado neste trabalho, devidamente apresentado quando da análise dos princípios constitucionais expressos, tem-se que os fundamentos distintivos apresentados pelo jurista pátrio possuem uma inegável rigidez científica.

Devidamente explicitados os elementos distintivos dos postulados em face dos princípios, cumpre, agora, apresentar os esteios do postulado normativo aplicativo da razoabilidade.

A razoabilidade não possui um conteúdo definido e nem se assenta numa moldura concreta e absoluta de valores, de maneira que, a depender da situação fática, a aferição do razoável pode aproximar-se pela indicação de certa expressão axiológica ou; por outro lado, afastar-se dela por acolher uma deferência a outro círculo de valores, tudo em cotejo para salvaguardar os interesses envolvidos da melhor forma possível. Assim sendo, a razoabilidade, como metanorma que é, pode encetar o jugo de certos princípios sob a ótica da equidade, da congruência e da equivalência.

Dessarte, o postulado da razoabilidade como equidade “exige a harmonização da norma geral com o caso individual”⁷⁴, fazendo com que seja observada a particularidade do caso em face de norma geral e abstrata, de forma a realizar as possíveis aproximações para contemplar uma solução justa e aceitável em face dos limites impostos pela ordem jurídica.

Também não se pode descuidar que a razoabilidade impõe uma “harmonização das normas com suas condições externas de aplicação”⁷⁵, isto é, não há como contemplar uma decisão razoável se ela estiver apenas dentro dos limites da previsão meramente normativa, quer dizer, circunscrita apenas ao elemento eminentemente jurídico da questão, uma vez que a contextura fática tem muito a revelar para a promoção de uma decisão que resolva o conflito de modo satisfatório, porque observou os ângulos externos à norma. Por tudo, implica dizer que os elementos empíricos que cercam o caso devem ser observados com argúcia e considerados para o deslinde da solução a ser apresentada.

74 ÁVILA, op. cit., p. 152, 2009.

75 ÁVILA, op. cit., p. 155, 2009.

Ademais, a razoabilidade impõe “uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona”⁷⁶; em outros termos, a medida adotada não pode fugir do parâmetro utilizado para a sua adoção, sob pena de configurar uma desatada estultice, pois o que representa a definição da medida adotada exige um inarredável dever de equivalência, de forma que o critério utilizado seja respeitado no campo fático-jurídico da solução empreendida.

Tendo em vista as considerações acima, não há como confundir o princípio da proporcionalidade⁷⁷ com o postulado normativo aplicativo da razoabilidade; enquanto esta se encontra relacionada aos deveres congruência, equivalência e equidade; por outro lado, a proporcionalidade guarda relação entre um meio e um fim; de maneira que, objetivamente considerada, a razoabilidade possui um lastro de aplicabilidade diverso da proporcionalidade, pois não converge os seus esteios na *proporção* entre coisas, mas, sim, na definição de critérios diversos⁷⁸ que se assenta plausível no caso concreto para resolução dos conflitos.

6 AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS RELACIONADAS AO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Num Estado Democrático de Direito a procedimentalização das decisões administrativas devem ser partejadas com vista ao cumprimento das pautas constitucionais; assim sendo a Administração Pública, na consecução dos imperativos prestacionais do Estado, deve fazer com que as suas realizações sejam tomadas de forma a possibilitar o seu controle por parte dos cidadãos, bem como pelos órgãos de controle interno e externo, já que a atuação estatal sem controle tende a consolidar a ocorrência de arbitrariedades.

Dessarte, o controle privado ou social, que é exercido pela sociedade, depende, dentre outras coisas, do exercício pleno do direito de petição, bem como do direito de impor uma decisão célere da Administração Pública jungida, ainda, a uma providencial exigência de bem fundamentá-la.

76 ÁVILA, op. cit., p. 158, 2009.

77 Lembrando-se que a proporcionalidade pode ser considerada também como um postulado normativo aplicativo, como já explicado anteriormente.

78 Já que a proporcionalidade, como já ventilado, possui os seus, quais sejam, a pertinência ou adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Dessa forma, tem-se geralmente como pressuposto do exercício do controle social o seguinte *iter*: (a) o exercício do direito de petição por parte do administrado, de forma a provocar uma manifestação estatal; (b) o dever de decidir do Poder Público em face do requerimento formulado; e (c) o dever de fundamentar o decidido.

A partir daí, já que não há como esconder, em tese, os vícios da manifestação apresentada, é possível identificar e combater eventuais inconsistências ou desvios praticados pela Administração Pública, conforme a ferramenta administrativa ou judicial a ser empregada, e desde que se utilize dos meios mais eficazes para o caso.

Por outro lado, muitas vezes, como se sabe, a atuação estatal independe de qualquer manifestação do administrado; seja porque se encontra no sempre discutível campo da discricionariedade administrativa; seja porque há um dever de atuar no atendimento duma prescrição legal.

Nesses casos, o direito de petição é exercido posteriormente com vista a efetuar (a) um pedido de explicação, ou solicitação equivalente, sobre determinada medida adotada pelo Poder Público; ou (b) o desencadeamento de um processo de controle privado da Administração Pública.

Porém, não se pode olvidar que o exercício do direito de petição, por si só, não alcança os desejados fins da pretensão nele carreada se a Administração Pública não se manifestar expressamente sobre o requerido no prazo legal ou razoável.

Assim sendo, deve-se munir a ordem jurídica de instrumentos legais que combata, ainda na seara administrativa, a inatividade formal do Poder Público ou que imponha uma solução prática e razoável para os casos de sua ocorrência, o que desponta a importância, em certos casos, do silêncio administrativo positivo ou negativo.

Não obstante eventuais empecos materiais, não há como não conceber tais direitos dos administrados, *rectius* de pedir algo e de exigir uma decisão fundamentada, como garantias da nossa ordem constitucional, mormente por secundar imposições que o texto constitucional revela expressamente, *ex vi* arts. 5º, inciso XXXIV, alínea a e b; 58, § 2º, inciso IV; e 93, inciso X.

Mas, agora, uma pergunta é necessária: o que é uma garantia⁷⁹ e o que ela representa para a consolidação dos anseios dos administrados em face da Administração Pública?

Antes da formulação de qualquer resposta impende esclarecer que de nada serviria todo o rol de direitos elencados na Carta Fundamental⁸⁰ se não existissem mecanismos para satisfazê-los, daí o maior sentido da palavra garantia, ou seja, ela existe justamente para assegurar a concreção dos direitos.

Naturalmente, da ordinária compreensão sobre a matéria, extrai-se que: a existência de um direito abstratamente considerado, *a priori*, implica a imposição de um dever concretamente aferível, sendo certo que os agentes dessa relação jurídica modificam-se em face da contextura fática regulada⁸¹.

79 Com inegável didática, colhe-se a seguinte resenha doutrinária (MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Jurídica e Direitos Fundamentais*. Brasília-DF: Brasília Jurídica, 2000. p. 158.):

“Há, no Estatuto Político, direitos que têm como objeto imediato um bem específico da pessoa (vida, honra, liberdade física). Há também outras normas que protegem esses direitos indiretamente, ao limitarem, por vezes procedimentalmente, o exercício do poder. São estas normas que dão origem aos direitos-garantia, às chamadas garantias fundamentais”.

“As garantias fundamentais asseguram ao indivíduo a possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito ao direito que instrumentalizam. Vários direitos previstos nos incisos do art. 5º da Constituição se ajustam a esse conceito. Vejam-se, por exemplo, as normas ali consignadas de direito processual penal”. Interessante destacar que a própria Constituição deve possuir uma *garantia imanente*, haja vista que ela não se encontra garantida pelo ordenamento jurídico, muito menos por um sistema jurídico externo ou acima dela, senão pela sua própria força e, claro, pelas próprias garantias (HESSE, Konrad. *Constitución y Derecho Constitucional*. In BENDA; HEYDE; HESSE; MAIHOFFER; e VOGEL. *Manual de Derecho Constitucional*. Trad. Antonio López Pina. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, p. 08, 2001); quer dizer, pelos próprios instrumentos que viabilize a sua defesa e consolidação.

80 Contudo, transcreve-se uma clara advertência doutrinária (COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo) constitucionalismo: um análisis metateórico*. In CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, p. 79, 2005): “La función principal de la Constitución no es la de asegurar los derechos individuales y universales, sino de ofrecer sanción jurídica a un compromiso político estipulado por facciones que luchan para mantener o para conquistar el poder”.

81 Sobre a temática, percuientes são as palavras de Michelangelo Bovero (BOVERO, Michelangelo. *Derechos, deberes, garantías*. In CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo. Estudios sobre o pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta e UNAM, p. 234, 2005) ao analisar os posicionamentos de FERRAJOLI e GUASTINI:

“O sea, que adscribir un derecho (a alguien) *implica* imponer un deber (a algún otro): precisamente, el deber de satisfacer la pretensión o expectativa en la que consiste el derecho. Pero, a partir de esto, Guastini deduce que cuando no ‘existe’ (jurídicamente) el deber, no existe tampoco (propriadamente) el derecho, es decir, que un derecho conferido a un sujeto por una norma, pero no garantizado por la misma o por otra norma que imponga a otro sujeto un deber correspondiente, mediante la previsión de sanciones, no es un derecho ‘verdadero’. Al contrario, Ferrajoli, sostiene que un derecho ‘existe’ (jurídicamente) en cuanto

No direito público, e mais precisamente no Direito Administrativo, a questão ganha um colorido mais específico, qual seja, de pouco serviria a extensa pauta de deveres prestacionais do Estado se não existissem disposições que imprimissem o seu cumprimento. Assim sendo, uma garantia se consubstancia como um mecanismo não apenas para a concreção das prestações constitucionais fáticas, mas, e tão importante quanto, como manifesta ferramenta para possibilitar o controle do *modus operandi* de toda e qualquer prestação, quer dizer, para aferir a regularidade da atuação administrativa. E, seguindo esse norte, não há como não conceber o dever de decidir e de fundamentar como garantias constitucionais, pois tais prescrições não apenas possibilitam a concreção dos direitos dos administrados, como também permitem o controle do cumprimento dos deveres estatais.

Dessa forma, compreende-se que a garantia possui um caráter assecratório, ou seja, faz com que a constituição de direitos na ordem jurídica esteja compromissada com a consolidação de instrumentos ou meios que, ainda que tardiamente em alguns casos, permita o efetivo alcance dos efeitos da prescrição legal aos seus destinatários.

Por certo, as considerações acima partem de uma concepção usual, e naturalmente acertada, sobre o termo garantia. Agora, numa contextualização mais ampla, e sob um enfoque pautado em planos de atuação diversos e também dilargados, ressoa com notória vivacidade a festejada doutrina de Luigi Ferrajoli sobre a *teoria do garantismo*⁸².

Numa ligeira alusão à teoria mencionada, pode-se dizer que ela se assenta em três acepções, quais sejam, (a) *modelo normativo de direito*, tem-se que, precisamente, no que concerne ao direito penal, modelo de

conferido a un sujeto por una norma (jurídica, ejemplo la constitución), aun cuando no exista la garantía respectiva –la cual, sin embargo, *debería* existir-, por no haber sido dispuesta o predispuesta por otra norma (jurídica, por ejemplo ordinaria) que imponga a otro sujeto el deber (sancionado) correspondiente”.

Mais adiante, em trecho elucidante, complementa o autor (BOVERO, op. cit., p. 237, 2005):

“La introducción de un derecho subjetivo en un ordenamiento jurídico –esto es, la creación positiva de una expectativa normativa o, si se prefiere, el reconocimiento jurídico de una pretensión moral- me parece que no puede tener otro sentido sino el de que el propio ordenamiento asume la obligación (imponiéndola a los poderes públicos) de cuidar la satisfacción de la expectativa o pretensión en la que consiste aquel derecho. Esto, a través de una específica producción normativa destinada a tal finalidad”.

Dentro de uma perspectiva tipológica, podem-se distinguir os direitos em: perfeitos, quando contam com a existência das obrigações correspondentes; e imperfeitos, quando não existem tais obrigações (COMANDUCCI, op. cit., p. 89, 2005).

82 Do termo garantismo extraem-se outras expressões correlatas ou associadas aos seus fins, tais como: garantista, garantístico etc.

estrita legalidade, próprio do *estado de direito*, no plano epistemológico se caracteriza por um sistema cognoscitivo ou de poder mínimo; no plano político por uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade; e, por fim, no plano jurídico como um sistema de vínculos impostos ao poder punitivo do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos⁸³; (b) *teoria jurídica* da validade e da efetividade como categorias distintas, não apenas entre si, mas também em relação à existência ou vigência das normas⁸⁴; e (c) *filosofia política* que impõe ao Direito e ao Estado o ônus da justificação externa, tudo conforme os bens e interesses cuja tutela e garantia constituem precisamente a finalidade de ambos⁸⁵.

Observadas as devidas adequações quanto às inferências da teoria assinalada, apesar da notória proximidade das prescrições da seara penal com as de natureza administrativa de caráter punitivo, o mesmo se diga quanto às restritivas de direitos, impende mencionar que o garantismo vai além das confluências da doutrina penal e se aplica ao Direito como um todo, especificamente por tutelar os bens ou interesses dos cidadãos, seja qual for o contexto em que eles se encontrem, em face da atuação do aparelho estatal, a despeito das legítimas pretensões do Estado.

6.1 O DIREITO DE PETIÇÃO

O direito de petição, do ponto de vista histórico, se for considerado para tanto o *Petition of Rights* de 1628, exsurgiu como uma via de relacionamentos entre a Coroa e o Parlamento inglês; em outros termos, na sua concepção originária, não se prestou a viabilizar os reclames do povo inglês, mas apenas aos interesses de relações entre instituições inglesas; por outro lado, se for vislumbrado dentro da concepção atual de tal garantia, o direito de petição teve origem em outro momento, como bem salienta a passagem doutrinária abaixo⁸⁶:

Ao contrário do que habitualmente se lê, o *direito de petição* – isto é, poder de requerer ou reclamar contra autoridades, perante o Poder Público – não nasceu na Magna Carta de 1215. Sua geratriz é o notável *Bill of Rights* inglês, de 1688 (há quem prefira remontá-lo à *Petition of Rights* de 1628 – o que, *data vênia*,

83 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et ali. Madrid: Editorial Trotta, p. 851-852, 1995.

84 FERRAJOLI, op. cit., p. 852, 1995.

85 FERRAJOLI, op. cit., p. 853, 1995.

86 FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 118-119.

descabe, eis que esse diploma é concernente a relações apenas interinstitucionais Parlamento/Coroa), aí surgindo como direito de pedir ao rei, com amplíssimo espectro (desde postulações de cunho individual até o requerimento, pelo Parlamento, de sanção à lei ali votada).

A garantia constitucional do direito de petição, *rectius* art. 5º, inciso XXXIV⁸⁷, constitui uma das mais concretas e efetivas formas de consolidação do Estado Democrático de Direito, na medida em que o seu exercício possibilita a concreção de toda uma plêiade de direitos salvaguardados na ordem constitucional vigente, mormente os fundamentais, bem como faz exsurgir uma ideia de Estado pautada numa perspectiva democrática e cravada sobre o império da lei e da legitimidade.

Tal garantia⁸⁸ possui uma vasta amplitude jurídica, tanto que o STF considera o instituto da reclamação, e não se questiona aqui o mérito ou a contextura política que justificou esse entendimento, como uma expressão do direito de petição⁸⁹, o que denota a sua enorme envergadura processual.

Uma decorrência lógica do direito de petição, dentro de uma condução racional da atividade administrativa, é o direito de exigir da Administração Pública uma decisão⁹⁰, com a devida fundamentação, sobre o petitório levantado pelo administrado; ou seja, o direito de petição impõe o transcorrer dum necessária procedimentalização da matéria requerida com vista à obtenção de uma decisão que atenda às prescrições legais e que não resulte em um atuar ilegítimo do Poder Público.

87 Tratando-se especificamente sobre a alínea b, do inciso em cotejo, não se pode olvidar o disposto nos arts. 1º e 2º da Lei nº 9.051, de 18 de maio de 1995.

88 Empregar, por vezes, a terminologia direito de petição, que é a mais usual, não lhe retira o caráter garantístico.

89 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2212, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 02/10/2003, DJ 14-11-2003 PP-00011 EMENT VOL-02132-13 PP-02403. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 08 fev. 2010.

90 Com bem adverte a melhor doutrina (MOREIRA, Egon Bockmann. O direito à prova no processo administrativo. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*. Belo Horizonte, ano 4, n. 39, p. 3.793-3.803, p. 3.796, maio 2004):

“Isso porque o direito de petição contém não apenas a garantia a ‘protocolar uma petição’, mas todos os desdobramentos fático-processuais dele oriundos. Corolário desse direito é o dever de que o pedido do particular seja examinado, as providências por ele solicitadas sejam adotadas (inclusive a produção de provas), ele seja intimado de todos os atos e fatos do processo, e que uma conclusão final seja proferida. A Administração tem o dever de, uma vez recebida a petição, instalar o respectivo processo administrativo e instruí-lo adequadamente, a fim de proferir uma decisão final imparcial e justa”.

Com efeito, de que serviria a possibilidade de requerer algo à Administração Pública, se esta não estivesse obrigada a se manifestar sobre o requerido no prazo legal ou razoável.

Logo, o direito de petição, por uma decorrência lógica, impõe o dever de decidir fundamentadamente por parte do Poder Público. Isto é, tem-se o dever de agir de ofício, *rectius* de decidir e bem fundamentar sobre o decidido.

Assim sendo, a oficialidade imprime uma necessária operacionalidade ao direito de petição, já que os petitórios serão invariavelmente⁹¹ processados e ultimados com uma decisão, como destaca os escólios a seguir⁹²:

[...] o certo é que o Poder Público não pode deixar de receber e processar o pedido, só lhe cabendo denegar a postulação se carecedora de amparo legal. Uma vez desencadeado o processo (de ofício ou mediante provocação do interessado), sua nota de oficialidade o impele inevitavelmente a seu destino vocacional (a decisão), de sorte que o andamento ininterrupto do processo administrativo é, sobretudo, um ônus da Administração, ‘cabendo a ela e não um terceiro o empenho e desdobramento da sequencia de atos que o compõem até a produção de seu ato conclusivo’.

Destarte, o direito de petição representa o canal no qual escoam todos os reclames da sociedade civil, de maneira que nele são supedaneados desde os simples pedidos, e geralmente individualizados, até demoradas manifestações de caráter coletivo. Assim sendo, o direito de petição constitui uma das felizes expressões dos Estados Democráticos, na medida em que prestigia a atuação dos cidadãos, seja para a manifestação de interesses meramente individuais, seja para a promoção de reclamações com vista à salvaguarda de interesses da coletividade.

Dito de outro modo, o direito de petição é uma garantia que possibilita uma boa gestão da atuação administrativa, na medida em que

91 Quando restar inexistosa a exposição da autoridade pública quanto à ausência de fundamento do petitório do particular, mesmo assim os pedidos absurdos ou teratológicos devem ser processados, *rectius* formalização dos autos, uma vez que a Administração Pública não poderá se esquivar de receber o requerimento, porque o direito de petição não pressupõe a razoabilidade ou a pertinência do requerimento, contudo, a decisão, nesses casos, é liminarmente exarada, já que não demanda uma análise aprofundada, mas uma simples e precisa demonstração do assombro do pedido lancetado, assim sendo, diverge-se, em parte, precisamente da primeira frase, da transcrição promovida.

92 FERRAZ; e DALLARI, op. cit., 19-120, 2007.

não somente dá vazão aos desideratos dos administrados, pelo menos enquanto perspectiva peticional, como também sinaliza ou sintetiza as confluências dos anseios sociais, o que, certamente, contribui para a tomada de decisão da Administração Pública, mormente quando ele se encontra associado aos instrumentos de participação administrativa, *rectius* consulta pública, audiência pública etc, o que reveste de legitimidade e de consensualidade a medida tomada pelo Poder Público.

Ademais, o direito de petição representa uma evidente meio de acesso à justiça⁹³, enquanto valor a ser observado e perseguido pelos administrados, na medida em que os conflitos ou controvérsias podem ser resolvidos satisfatoriamente ainda em sede administrativa.

6.2 O DEVER DE DECIDIR COMO UMA GARANTIA CONSTITUCIONAL

A Carta Fundamental chancela o entendimento de que a atuação do Estado não pode se desvincular do dever de decidir, mesmo quando inexistir qualquer manifestação ou requerimento da sociedade, na medida em que dispõe demoradamente sobre as competências administrativas dos entes políticos, tudo de forma imprimir-lhes o cumprimento das prestações positivas insculpidas no texto constitucional que, dentre outras coisas, impõe a tomada de decisão em face das diversas contexturas fáticas do *mundo da vida*.

Considerando, ainda, os fundamentos da República Federativa do Brasil, em que se prestigia a cidadania (art. 1º, inciso II) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º inciso III), à evidência, a atuação estatal deve alcançá-los ou observá-los em qualquer caso; sendo que, para tanto, não pode se abster do dever decidir as questões expostas expressamente pela ordem jurídica⁹⁴, bem como as decorrentes dos petitórios dos

93 O acesso à justiça não pode ser confundido com o acesso ao Poder Judiciário, haja vista que a justiça pode ser alcançada em qualquer sede pública, ou mesmo privada, de resolução de conflitos.

94 As disposições advindas da *norma de tessitura aberta* prevista no art. 5º, § 2º, da Carta Fundamental, por certo, se incluem, *a priori*, entre as expressas, pelo menos o que se pode deduzir da expressão “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”, mormente quando as normas a serem consideradas advêm de tratados internacionais. Aqui, tem-se “o princípio da abertura material do catálogo de direitos fundamentais da Constituição, no sentido de que o rol dos direitos expressamente consagrados como fundamentais pelo Constituinte, apesar de analítico, não tem caráter taxativo” da seguinte transcrição (SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, a reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, ano 1, nº 1, p. 59-88, p. 68, jan/mar 2006).

administrados, com ou sem embasamento legal; assim como, as implicitamente exigíveis pela ordem constitucional ou legal.

Observados esses parâmetros, mormente no que concerne à cadência das garantias salientadas na Carta Fundamental dedicadas à efetivação dos direitos fundamentais, tem-se que a toda atividade administrativa impõe-se, acima de tudo, a tomada de decisão para a consecução regular dos seus fins.

Em outras palavras, o dever de decidir é uma decorrência lógica da necessária correlação de esforços dos órgãos públicos para mover a máquina administrativa, bem como um imperativo na condução das relações existente entre a Administração Pública e os administrados.

Naturalmente, o que sempre tem preocupado o cidadão não é apenas o cumprimento do dever de decisão, mas, também, a qualidade dela; logo, em face de tal problemática, impõe-se, como será demonstrada no próximo subitem, uma providencial fundamentação que permita uma aferição da inafastável correspondência entre a situação fática cotejada e os fins esperados pela norma jurídica com a medida tomada ou com a decisão exarada.

Como se pode perceber, o dever de decidir não se ajusta com a ocorrência do silêncio administrativo, já que qualquer petitório dos administrados, independentemente do seu mérito ou da inviabilidade do seu atendimento, ou dos efeitos jurídicos que a inatividade administrativa possa acarretar em cada caso, comporta a exigência de uma decisão da Administração Pública.

Não se pode negar que o dever de decidir é uma garantia que permite não apenas a consecução de um atuar da Administração Pública e seu posterior controle, mas, e não menos importante, faz com que a atuação do Poder Público possibilite o desenvolvimento e melhoramento da gestão administrativa como um todo; quer dizer, sem uma decisão necessária e precisa sobre os requerimentos dos administrados ou sobre fatos que independem de manifestação de terceiros, não há como empreender uma gestão segura e evolutiva da Administração Pública, já que as decisões anteriores costumam gerar um referencial teórico às futuras tomadas de decisão, de maneira que tudo ganhe uma necessária consistência e racionalidade. Daí, a origem dos precedentes administrativos.

Quando se observa a legislação infraconstitucional, mormente a Lei Geral do Processo Administrativo Federal (LGPAF), não resta

dúvida que a decisão administrativa, ainda que tardia, deve ser promovida, pois a nossa ordem jurídica não se ajusta à ideia de inatividade formal como uma forma regular de não atuação do Poder Público. A matéria é tratada na Lei nº 9.784/99 (LGPAF) nestes termos:

Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

Veja-se que o texto legal não admite exceções. E mais: em se tratando de processo administrativo, concluída a instrução processual, a autoridade competente tem 30 (trinta) dias para decidir, admitida apenas uma prorrogação, devidamente fundamentada, e por igual período. Em pese não constar na disposição legal, e seria mesmo despidendo, por se tratar de lei geral, o prazo pode ser menor ou maior, a depender da legislação específica.

A LGPAF, contudo, é passível de crítica, a saber, há um dever de emitir uma decisão, mas se ela não vier que consequência será imputada à Administração Pública? Ou melhor, o que poderá fazer o administrado? Essas indagações bem expressam a inexistência de regulamentação do instituto do silêncio administrativo na Lei nº 9.784/99.

A maioria dos doutrinadores pátrios não toca nesse assunto⁹⁵ quando versam sobre processo administrativo, de maneira que geralmente não é discutida a ocorrência da inatividade formal da

95 Apenas para citar alguns: CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do Processo Administrativo*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, *passim*; MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, *passim*; e CARVALHO FILHO, ob. cit., 2005, *passim*. Todavia, impõe-se um merecido registro em sentido contrário (FERRAZ; e DALLARI, op. cit., p. 48, 2007):

“De se lastimar, contudo, tenham sido até criados alguns mecanismos de frontal contrariedade à duração razoável do processo. Nesse sentido, para exemplificar: (a) nada se prevê, em termos de prosseguimento do processo, quando um parecer, embora obrigatório e de efeito vinculante, requerido a um órgão consultivo, não seja emitido (art. 42, § 1º), (b) o mesmo praticamente ocorrerá se, reiterada e sucessivamente, diversos órgãos administrativos se esquivarem à produção de laudo técnico requerido pela autoridade competente, (c) tampouco ousou o legislador enfrentar aberta e frontalmente a questão da consequência processual na hipótese de omissão do dever de decidir, dentro dos prazos consignados no diploma (arts. 49 e 59)”.

Administração Pública, mas, tão-somente, uma exposição consistente quanto ao cumprimento dos deveres de decidir e fundamentar⁹⁶.

Todavia, não raras vezes, a Administração Pública se mantém inerte em face de um dever legal, o que pode gerar consideráveis danos aos administrados e à própria Administração Pública. Assim sendo, sob esse prisma, o dever decidir, além de expressar uma condução regular da atividade administrativa, evita o surgimento ou agravamento dos danos advindos com a demora injustificável no desfecho do processo administrativo. Nunca se deve perder de vista que a tal indefinição revela uma forma cristalina de ilegalidade, pois, se as leis do país acenam pelo dever de decidir, cabe à Administração Pública envidar esforços para contemplar o atendimento da lei, *rectius* decidir conforme determina o fim legal em cada caso, sob pena de patente afronta aos comandos legais.

Destarte, o dever de decidir representa um antecedente normativo à própria ocorrência da inatividade formal da Administração Pública, e esta constitui um pressuposto lógico para a configuração do silêncio administrativo positivo ou negativo; quer dizer, do silêncio administrativo com possíveis efeitos jurídicos concretos e imediatos, bem como do silêncio administrativo sem possíveis efeitos jurídico concreto e imediato, o silêncio administrativo inominado.

Donde, conclui-se que toda ausência de decisão, quanto legalmente exigível, constitui uma inatividade formal da Administração Pública que, por sua vez, pode ensejar a ocorrência do silêncio administrativo com possíveis efeitos jurídicos concretos e imediatos, *rectius* silêncio positivo ou negativo; ou, ainda, do silêncio administrativo sem efeitos jurídicos concretos e imediatos, *rectius* silêncio inominado.

96 Quiçá, por entenderem despiçando algo nesse sentido, já que existem outros instrumentos legais que possam reprimir a inatividade formal do Poder Público. Lego engano. A representação contra servidor, *ex vi* art. 1º da Lei nº 4.898/65, se dá apenas quando há abuso de autoridade, sendo que, geralmente, inatividade formal da Administração Pública não decorre de eventual cometimento de abusos dos servidores públicos, mas, sim, da ausência de planejamento na coordenação dos trabalhos administrativos ou, ainda, e não menos grave, em decorrência da falta de recursos humanos ou mesmo de material por parte do Estado. E mesmo que o silêncio administrativo decorra de abuso de autoridade, a mera representação em face do servidor não fará qualquer efeito material ou processual favorável aos administrados, mas, tão-somente, a devida repressão ao servidor envolvido na conduta indevida. Até mesmo a interposição de demanda judicial, em se tratando de decisão que decorra de apreciação discricionária quanto aos requisitos do ato administrativo, não fará qualquer efeito jurídico imediato, já que o magistrado não poderá substituir o mérito do gestor da coisa pública. Sem falar que a judicialização do conflito faz com que, em certos casos, torne ainda mais sofrível à situação.

6.3 O DEVER DE FUNDAMENTAR COMO UMA GARANTIA CONSTITUCIONAL

Na nossa Carta Política o dever de fundamentar encontra-se expressamente disposto no arts. 5º, inciso LXI; 93, incisos II, alínea d, IX e X. Claro que tal exemplificação não exaure a lista de dispositivos que impõem o dever de motivar ou de fundamentar as decisões do Poder Público, uma vez que tal dever é deduzido do próprio texto sob análise (arts. 58, inciso VI; 71, inciso I) ou, de forma sistêmica, por conta dos fins que impõe a disposição constitucional no caso concreto.

A fundamentação das decisões da estatalidade decorre justamente do dever cumprir fielmente as disposições legais no caso concreto, bem como permitir o controle de legalidade e de legitimidade da gestão pública; ou seja, não há como vicejar uma atuação administrativa transparente sem possibilidade de prospectar os motivos que ensejaram a adoção da medida tomada ou da decisão exarada, todos devidamente explicitados na justificação ou motivação do ato.

A fundamentação também reveste de legitimidade o ato perpetrado ou a decisão exarada, pois, não partindo apenas do convencimento íntimo da autoridade pública, mas centrada nos parâmetros estabelecidos pelo Regime Jurídico Administrativo (RJA), acaba por irmanar toda uma teia de consequências para o mundo do direito, tais como:

- (a) maior possibilidade de consenso por parte dos administrados, na medida em que os seus termos podem espancar possíveis resistências internas quanto à precisão e à justiça da atuação administrativa;
- (b) permite uma atuação mais efetiva dos órgãos de controle da atividade administrativa, pois a justificação não pode, em tese, deixar inobjetaíveis possíveis vícios nos procedimentos promovidos pela Administração Pública;
- (c) expressa transparência na condução da gestão administrativa, uma vez que a justificativa tende sempre, *ex vi* art. 50, § 1º, da LGPAF, a demonstrar clareza e concisão sobre o decidido, bem como retidão de conduta do agente público;
- (d) cria mecanismos para consolidar posicionamentos sobre as mais diversas matérias, fazendo, assim, as bases para

a formação de precedentes vinculantes ou não sobre matérias administrativas;

- (e) permite um *juízo* da sociedade sobre os argumentos apresentados para sustentar a medida tomada ou a decisão exarada, o que pode alavancar expedientes de participação administrativa, conforme o *status activus civilis* dos cidadãos etc; e
- (f) facilita os trabalhos em sede judicial, já que se podem aferir, sem maiores esforços, eventuais irregularidades perpetradas pelo agente público.

O carácter garantístico da fundamentação se deve precipuamente à instrumentalização das vias que assegurem o cumprimento dos direitos dos administrados, na medida em que, com apresentação da motivação, podem ser devidamente sopesados os aspectos objetivos que cercam a análise técnica de cada caso, bem como os aspectos subjetivos que vicejaram a escolha pública em face do caso concreto apresentado, tudo de forma a evidenciar os eventuais erros, abusos ou desvios no exercício da função administrativa.

Dessarte, a fundamentação, além de representar uma garantia constitucional, constitui um expediente para apuração de eventuais irregularidades perpetradas pelos agentes públicos, o que pode resultar, e talvez por isso ela seja tão olvidada, em aplicação de penalidade.

Insta mencionar que o dever de fundamentar, por expressar uma garantia constitucional, bem como um dever legal, não se ajusta com a ocorrência do silêncio administrativo, já que a exposição ou justificação da medida tomada faz romper o vício da inatividade administrativa. Isto é, ela, a fundamentação, já constitui parte da manifestação expressa e necessariamente precisa da Administração Pública. E não se ajustando, implica dizer que o silêncio administrativo *geralmente* pressupõe, dentre outras coisas, a ausência de fundamentação ou justificação do ato.

Então, desde já, defende-se que a ausência de manifestação compreende a falta de fundamentação, muito embora a inexistência de justificação não implique a falta de decisão; todavia, manifestação sem motivação não afasta a inatividade formal do Poder Público, já que parcial, porém não enseja a possibilidade da ocorrência do silêncio

administrativo, uma vez que este tem como requisito a total falta de pronunciamento da Administração Pública.

No plano infraconstitucional, impede mencionar que a LGPAF, no seu art. 50, avançou bastante quanto ao dever de fundamentar as decisões do Poder Público, pois, basicamente, é exigida fundamentação sobre todas as matérias de considerável relevo.

Não se propõe, aqui, comentar os dispositivos legais que exigem fundamentação, mas, por considerar mais pertinente, analisar se a enumeração legal é exaustiva ou, melhor ainda, se o alcance das disposições legais comporta as exigências da nossa ordem constitucional.

Para início, insta registrar que a LGPAF constitui uma regulamentação geral⁹⁷, logo, não exclui as exigências de fundamentar elencadas em leis específicas. Contudo, isso não responde o questionamento acima, pois dizer que uma numeração é exaustiva não implica afirmar que não possa existir outra no mesmo sentido na legislação esparsa. Já que a exaustividade, *in casu*, se encontra dentro da lei e não do sistema jurídico. Dessarte, seria imprópria a seguinte indagação: fora das hipóteses do art. 50, haveria alguma obrigação de fundamentar os atos administrativos emanados pelo Poder Público federal?

Assim, pela mera leitura do *caput* do art. 50, da Lei nº 9.784/99, não se pode extrair outro entendimento, qual seja, de que os seus termos encerra uma relação exaustiva⁹⁸. Agora, o que isso implica dizer? Que inexistente obrigação de fundamentar em outras situações. E quais seriam as outras situações que dispensam motivação? As que não encerrem uma ofensa aos direitos e garantias fundamentais dos administrados e as que, por sua natureza, constituam atos meramente procedimentais e sem carga decisória.

Ora, o inciso I, do art. 50, à evidência, constitui a matriz de todos os demais incisos do artigo⁹⁹, de maneira que uma afronta aos demais incisos, por certo, constitui uma ofensa direta ao referido inciso, na medida em que representa uma contraposição ao dever

97 Mas não se trata de lei nacional, já que ela se aplica apenas à União.

98 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 227, 2005.

99 No mesmo sentido, são as seguintes ponderações (ARAÚJO, ob. cit., 2005, p. 115): "A Lei nº 9.784/99 incluiu entre os atos que devem ser motivados aqueles que 'afetem direitos ou interesses'. Esta hipótese é de tal modo abrangente, que talvez pudesse substituir toda enumeração restante, já que se apresentam como manifestações particulares daquela ideia mais ampla".

de fundamentar os atos administrativos que “neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses”.

Se atos que neguem, limitem ou afetem direitos e interesses precisam ser fundamentados, o que dizer dos direitos e garantias fundamentais consagrados na nossa Carta Política. Portanto, com já apontado inicialmente, todas as questões de relevo, dentro ou fora do processo administrativo, carecem de fundamentação.

Do acima afirmado, tem-se que nem todo ato administrativo deve ser motivado, - *rectius* uma ordem de agente de trânsito para que veículos sigam um caminho determinado e não habitual -, mas, tão-somente, apenas aqueles que tenham uma carga decisória que possam negar, impedir ou afetar direitos e interesses dos administrados. Nesse ponto, simples e precisa é a seguinte passagem doutrinária¹⁰⁰:

[...] exigindo a motivação apenas para os atos que enumera, a lei considera que *outros atos administrativos, praticados no processo, independentemente de menção expressa às razões administrativas*. Adotou, portanto, o legislador a teoria da *obrigatoriedade mitigada*, segundo a qual não há como obrigar a que se mencione (*sic*) sempre as razões do ato, com pensam alguns especialistas com pensamento mais radical. Atos de maior relevância devem ter essa explicitação, mas se forem atos de rotina administrativa, sem qualquer efeito significativo na esfera dos administrados, não precisarão ter a justificativa expressa, embora, é claro, sempre seja exigido que tenham tido motivo, este sim, requisito de validade substancial dos atos administrativos.

Com o mesmo matiz, em que pese o rigor das colocações, colhem-se as seguintes palavras¹⁰¹:

Na era do direito administrativo da racionalidade aberta, o bom administrador público cumpre o dever de indicar, na prática dos atos vinculados e discricionários, *os fundamentos de fato e de direito, em face da inafastável margem de apreciação, presente no mais vinculado dos atos*. Imperativo, pois, que *todos os atos administrativos sobremodo se afetarem direitos, ostentem uma explícita justificação, em analogia com o que sucede com os atos jurisdicionais, excetuados os de mero expediente, os*

100 CARVALHO FILHO, 2005, p. 225. grifos no original.

101 FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 49. grifos no original.

ordinatórios de feição interna e, ainda, aqueles que a Carta Constitucional admitir como de motivação dispensável.

Considerando a fundamentação em si mesma, tem-se que ela deve conter os fatos e os fundamentos jurídicos, bem como ser “explícita, clara e congruente” (art. 50, § 1º, da LGPAF).

Com efeito, a fundamentação deve ser coerente de forma a sempre encontrar relações que a justifique no sistema jurídico; quer dizer, quanto mais as justificações de um sistema forem fundamentadas por outras justificações desse mesmo sistema, mais coerente será a fundamentação apresentada em cada caso, já que “devem ser justificadas tantas declarações quanto possível de um sistema por outras declarações desse sistema”¹⁰².

Ademais, a fundamentação deve ser clara e explícita, quer dizer, deve ser expressa e suficientemente precisa, de maneira que o seu conteúdo seja inteligível e suas conclusões facilmente deduzidas do texto, tudo com vista a empreender a máxima racionalidade à atividade decisória do Estado.

6.4 O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Trata-se de garantia constitucional, *ex vi* art. 5º, inciso LIV, da CF/88, de inobjetável importância para a processualidade administrativa, judicial e legislativa. A regularidade dos trabalhos administrativos impõe, quanto às atividades que demandam uma necessária perfectibilização processual, a observância do devido processo legal.

Nada mais acertado. Não há como fazer observar toda a ordem principiológica reinante no nosso sistema jurídico se o veículo que externaliza a manifestação estatal possa ser levada a cabo de qualquer modo ou mesmo sem modo algum.

Por isso, é sempre bom mencionar que o devido processo legal impõe o dever de seguir uma processualidade que se ajuste aos comandos constitucionais, pois de nada serviria cumprir as fórmulas processuais se elas fossem, na sua contextura, materialmente inconstitucionais;

102 ALEXY, Robert. Fundamentação jurídica, sistema e coerência. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 25, p. 297-311, p. 299, jan-mar de 2006.

quer dizer, que se constituíssem em expedientes arbitrários ou, simplesmente, despóticos¹⁰³.

O princípio do devido processo legal representa uma das mais sérias e proveitosas conquistas dos nossos tempos, na medida em que não apenas aperfeiçoa e faz observar as fórmulas processuais, mas, também, porque cria mecanismos para o cumprimento das disposições substantivas nos processos judiciais, administrativos ou legislativos.

Infelizmente, os processos administrativos, não raras vezes, apresentam falhas quanto à observância do princípio do devido processo legal, fato que ocasiona consideráveis gravames aos administrados, pois inviabiliza a formação de uma decisão centrada nos parâmetros legais.

Notadamente, vários são os possíveis motivos da promoção canhestra desses processos, desde a herança arbitrária ou despótica dos serviços administrativos no Brasil até a ausência de servidores devidamente capacitados para conduzi-los. De toda sorte, com nova ordem constitucional, tem-se observado uma considerável melhora nos planos da processualidade administrativa, mormente após o advento da Lei nº 9.784/99, pois restaram disciplinados alguns assuntos importantes, tais como (a) os limites da competência administrativa, (b) os casos de suspeição e impedimento de servidores, (c) a comunicação dos atos processuais, e (d) a instrução processual.

Agora, o que seria a essência do princípio do devido processo legal? De forma bem simplória, pode-se afirmar que o devido processo legal exige a condução do processo conforme os ordinários parâmetros de legalidade do caso em análise, *rectius* objeto da demanda processual, tudo de forma a consolidar uma plêiade de determinações jurídicas consentâneas com a regularidade da decisão a ser exarada pelo Poder Público.

103 Nesse sentido, tem-se o seguinte excerto de julgado STF:

"A imposição de restrições de ordem jurídica, pelo Estado, quer se concretize na esfera judicial, quer se realize no âmbito estritamente administrativo, supõe, para legitimar-se constitucionalmente, o efetivo respeito, pelo Poder Público, da garantia indisponível do 'due process of law', assegurada, pela Constituição da República (art. 5º, LIV), à generalidade das pessoas, inclusive às próprias pessoas jurídicas de direito público, eis que o Estado, em tema de limitação ou supressão de direitos, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva e arbitrária". (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ACO 1576 Ref-TA, Relator: Ministro CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2010, DJe-154, Divulg. 19-08-2010, Public. 20-08-2010, Ement. Vol. 02411-01, p. 00036. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 ago 2010)

Assim, o núcleo essencial do princípio se vincula ao atendimento da ordem legal processual, bem como as disposições de caráter bifronte, *rectius* material e formal, fazendo com que sejam salvaguardados os interesses, - bens e direitos -, dos administrados em eventual controvérsia com o Poder Público.

Por certo, o silêncio administrativo qualificado, quando admitido pela ordem jurídica, não ofende o princípio do devido processo legal, já que abre as vias processuais ou materiais pertinentes ao processo administrativo; contudo, a sua concreção deve respeitar os rígidos parâmetros legais definidos para a sua ocorrência, senão ele não passará de uma manifesta afronta aos cânones processuais da nossa ordem constitucional. Quer dizer, representa uma refinada forma de ilegalidade, pois a inatividade formal da Administração Pública faz sucumbir qualquer ideário protetivo das disposições do art. 5º, inciso LIV, da Carta Política brasileira.

Mas cumpre frisar o seguinte: a garantia do devido processo legal não impõe uma atuação administrativa vinculada à diligência do administrado; isto é, observadas as fórmulas legais, a ausência de manifestação ou interesse do particular não pode constituir um empeco ao ordinário desempenho da atividade administrativa, mesmo quando esta venha apenas a piorar a situação do administrado¹⁰⁴.

6.5 A AMPLA DEFESA E O CONTRADITÓRIO

A garantia da ampla defesa e do contraditório representa a mais nítida consolidação de um Estado Democrático de Direito, pois, do ponto de vista processual, e sem nenhum exagero, a observância de tais garantias constitui uma capital exigência para a condução regular da atividade decisória do Estado, haja vista que sem a

104 É o que se pode ser observado da seguinte ementa de julgado do STF:

“EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO. Militar. Anulação de anistia política. Procedimento administrativo. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Interessado que, notificado, não apresentou defesa oportuna. Segurança denegada. Recurso ordinário não conhecido. Improvimento ao agravo. Inteligência do art. 5º, LIV e LV, da CF. Não há ofensa à garantia do contraditório e da ampla defesa, inerente ao devido processo legal, quando, em procedimento administrativo, o interessado, notificado, deixa, sem justa causa, de apresentar defesa no prazo legal”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RMS 26027 AgR, Relator: Ministro CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 02/06/2009, DJe-148 Divulg. 06-08-2009 PUBLIC 07-08-2009, Ement., Vol. 02368-02 pp 00379. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 18 abr. 2010)

possibilidade de uma defesa efetiva, o que inclui o contraditório¹⁰⁵⁻¹⁰⁶, a atividade processual não passa de um emaranhado de fórmulas e procedimentos¹⁰⁷ sem qualquer caráter protetivo, e pode se concretizar em vexado expediente de injustiças.

Primeiramente, impende esclarecer que a ampla defesa encontra-se relacionada aos instrumentos ou meios processuais pelos quais o administrado pode alcançar a sua pretensão em face do Estado ou até mesmo de outro administrado. Entende-se, aqui, a ampla defesa como amplitude ou extensão de meios ou instrumentos processuais em face das fórmulas legais existentes.

Contudo, não se quer pregar o equivocado entendimento de que a ampla defesa só existe nos processos de cognição exauriente, mas, tão-somente, gizar que: sendo a defesa ampla, e se os trâmites processuais permitem, ou melhor, devem permitir, o administrado não pode ser obstaculizado na promoção dos levantes processuais legalmente previstos e legitimamente aceitáveis.

Então, o princípio da ampla defesa possui um sentido muito claro: na relação entre a Administração Pública e os administrados, aquela deve prescrever todas as vigas processuais para uma efetiva defesa das partes, bem como deve se abster de causar qualquer empeco na utilização dos expedientes processuais disponíveis; estes podem fazer uso, e exigirem o seu processamento, dos instrumentos viáveis em face da ordem jurídica vigente, bem como devem agir com lealdade processual, tudo de forma a evitar o exercício abusivo, *rectius* protelatório, dos recursos e demais expedientes processuais.

105 CARVALHO FILHO, op. cit., 57, 2005.

106 Em sentido diverso, tem-se a seguinte passagem (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 61.):

“No Brasil, o contraditório na instrução criminal vinha tradicionalmente erigido em expressa garantia constitucional, sendo deduzido da própria Constituição, indiretamente embora, para o processo civil. Idêntica postura era adotada quanto à garantia da ampla defesa, que o contraditório possibilita e que com este mantém íntima ligação [...]”.

107 Sobre procedimento, seguem as seguintes considerações de renomado processualista italiano (FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, p. 60, 1992):

“[...] procedimento se coglie quando ci si trova de fronti ad una serie di norme ciascuna delle quali regola una determinata condotta (qualificandola come lecita o doverosa), ma enuncia come presupposto della propria incidenza el compimento di un'attività regolata da altra norma della serie, e così via fino a la norma regolatrice de un atto finale”.

Sob esse prisma, não há negar, a ampla defesa já contempla o próprio contraditório, uma vez que a faculdade de uso dos meios e instrumentos processuais faz operar a possibilidade do contraditório; isto é, de se contrapor aos fatos mencionados pela Administração Pública; de contra-argumentar as fundamentações apresentadas por terceiros ou pela autoridade; de exigir explicações quanto às decisões tomadas no curso do processo; de apresentar provas ou promover o requerimento delas etc.

Por sua vez, o princípio do contraditório consiste, grosso modo, na observância do seguinte binômio: (a) informação necessária; e (b) participação eventual. A informação é necessária porque o administrado é obrigado a prestar, observados os limites materiais e pessoais em cada caso, o que inclui o sigilo profissional e a escusa de consciência, todos os dados disponíveis para a formação da decisão administrativa, tudo em beneplácito ao princípio da verdade material; e a participação é eventual porque o administrado, quando instado a se manifestar nos autos, consoante a sua lógica processual ou mesmo o exercício do direito ao silêncio, pode preferir simplesmente manter-se calado ou inerte.

O princípio do contraditório possui uma importante perspectiva a ser destacada: como o administrado consagra, *não raras vezes*, interesses distintos da Administração Pública, seria de todo inconsequente que a condução do processo fosse promovida sem uma possível intervenção instrutória do administrado, mormente nos pontos determinantes da demanda administrativa, o que poderia fomentar desvios por parte do Poder Público¹⁰⁸.

Ademais, em continuidade ao acima mencionado, o princípio do contraditório acaba por possibilitar um controle da atuação administrativa, na medida em que os procedimentos serão devidamente *vigiados* pelos administrados, de forma que eles poderão aferir não só a defesa ou o *desempenho* do seu direito, mas também a regularidade dos procedimentos adotados para a consecução da própria atividade decisória do Estado.

108 Nessa mesma ótica, transcreve-se uma ligeira e precisa exposição doutrinária (MEDAUAR, ob. cit., p. 103, 2008): "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".

Por tudo isso, tem-se que o princípio constitui uma ferramenta para promoção da transparência na atividade administrativa, pois os procedimentos adotados pela estatalidade passarão pelo crivo dos administrados, seja para a defesa de interesses individuais, seja para a promoção de medidas de cunho coletivo, de acordo com as vias possíveis de participação administrativa numa Administração Pública democrática ou pretensamente democrática.

Tendo em vista o sentido e o alcance dos princípios em cotejos, deduz-se que não há como admitir a inatividade formal da Administração Pública, *v. g.* art. 3º, incisos III e IV, da Lei nº 9.784/99, sem ofensa efetiva à ordem jurídica, haja vista que a inércia na concessão de prazos, com as respectivas intimações, que permitam o uso dos meios e instrumentos processuais por parte dos administrados num processo administrativo, configura um desatado atentado aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Em outras palavras, as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório seriam feridas de morte se a Administração Pública pudesse se manter inerte quanto ao seu dever de cumprir e fazer cumprir as fórmulas processuais que possibilite uma efetiva defesa dos administrados; logo, a toda lógica, tal inatividade constituiria uma verdadeira contraposição aos comandos constitucionais, de maneira que, em assim agindo, restaria afrontada não apenas a ordem legal, mas também a constitucional.

6.6 A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

A atuação do Estado deve ser permeada num prazo razoável, conforme a natureza da atividade desenvolvida.

Todo processo, seja judicial, legislativo ou administrativo, tende a uma finalidade, daí o seu caráter instrumental, que deve ser alcançada num prazo aceitável, de maneira a não frustrar o fim a que ele se destina. Nada mais elementar.

Agora, o intervalo entre o seu início e o seu término, *rectius* a sua duração, sempre foi cercado de diversas considerações, mormente porque a atividade decisória, como de resto toda a atuação estatal, quando tarda, acaba por inviabilizar o cumprimento das pautas constitucionais ou, o que é pior, e não raro acontece, por resultar no cumprimento irregular, e se revelar, algumas vezes, mais gravoso que o próprio silêncio da Administração Pública.

A Carta Fundamental, desde a sua origem, se preocupou com uma duração aceitável ou regular dos processos, sejam judiciais ou administrativos, pois, ao salvaguardar o devido processo legal, impôs a observância dos trâmites e fórmulas legais que, por sua vez, sempre estabelecem os parâmetros temporais para consecução dos atos processuais.

Com a *reforma* do Poder Judiciário, felizmente, a questão ganhou um novo fôlego, pois ela instituiu expressamente uma nova garantia, através da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, qual seja, de que o Poder Público deve assegurar “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, *ex vi* art. 5º, inciso LXXVIII, CF/88.

Renomada administrativista pátria chega, expressamente, a mencionar a regulação do silêncio (administrativo) como mecanismo para concretizar a observância do princípio-garantia constitucional em cotejo, nestes termos¹⁰⁹:

Alguns mecanismos para concretizar o princípio podem ser aventados: exigência de cumprimento de prazos fixados, para particulares e agentes públicos, com previsão de consequência pelo desrespeito; fixação de efeitos da inércia ou silêncio; perda, para a Administração, da possibilidade de atuar, após o decurso do prazo para decidir.

A temática possui uma enorme relevância na seara administrativa, pois processos administrativos céleres consolidam uma relação mais *tranquila* entre administrados e Administração Pública, bem como faz diminuir o número de demandas judiciais, uma vez que pontos conflitantes associados ao fator tempo reduzirão ou deixarão de existirem.

Não é difícil perceber os benefícios que a celeridade processual acarreta para a resolução de um conflito e, por conseguinte, para a satisfação das partes envolvidas no processo, bem como para terceiros não diretamente relacionados com processo administrativo ou judicial, como bem revela o trecho a seguir¹¹⁰:

A sociedade, ou aqueles que não participam do processo como partes, igualmente tem o direito de ver os processos desenvolvidos

109 MEDAUAR, op. cit., p. 175, 2008.

110 MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. *Revista Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, ano 10, n. 51, p. 42-60, p. 43 set./out. de 2008.

em tempo razoável. Pense-se, nesta perspectiva, em primeiro lugar nas ações voltadas à tutela da coisa pública (ação popular) e à tutela dos direitos transindividuais (ação coletiva ou ação civil pública), e depois nas ações de improbidade e nos processos penal e eleitoral.

Contudo, a rapidez deve caminhar de braços dados com a segurança jurídica; isto é, não basta que os processos sejam céleres, impõe-se sempre uma possível e ponderável *certeza* sobre os julgados e, se ainda for possível, com uma manifesta *justiça administrativa*.

Mas se o processo for demorado? Quer dizer, e se a inatividade formal da Administração imperar?

Nesse ponto, entra em cena a seguinte temática: o que seja duração razoável do processo? Trata-se de uma questão tormentosa, e eminentemente casuística, porque:

- (a) não se deve reprimir a demora decorrente da falta de diligência dos administrados;
- (b) a complexidade da matéria a ser tratada constitui um motivo fundado para uma análise mais demorada dos petítórios, o que pode implicar a prorrogação de prazo, bem como uma conclusão fora dos ordinários parâmetros temporais de cumprimento; e
- (c) eventos externos ao domínio decisório ou de atuação da Administração Pública, que interfiram na condução do processo, podem ser justificadores de uma atuação menos célere da Administração Pública, pois tais eventos ocorrem sem qualquer intervenção do Poder Público.

Por outro lado, não representa motivo justificável para a demora na conclusão do processo, tendo em vista as exigências constitucionais vigentes:

- (a) a insuficiência de recursos humanos, ou mesmo preparo técnico deles, para levar a cabo as demandas administrativas; e
- (b) amáestruturação dos órgãos para cumprir as atividades impostas pela Carta Política e, também, por normas infraconstitucionais. Admitir tais argumentos para eventual demora na conclusão

do processo, por certo, constitui um desestímulo para que o Estado provenha seus órgãos administrativos de estrutura adequada e de quadro de servidores suficientes para a demanda administrativa existente.

Assim sendo, num processo que inexista (a) ausência de atividade processual, quer dizer, longas datas sem qualquer movimentação nos autos sem motivos justificáveis; e (b) expedientes protelatórios ou meramente desnecessários; por evidente, tende a uma duração razoável, na medida em que os seus procedimentos são tomados consoantes às determinações temporais estabelecidas em lei ou demais veículos normativos.

Quanto aos meios que garantam a celeridade da tramitação processual, que constitui um pressuposto lógico para a consecução de um processo num prazo razoável, tem-se que a Administração Pública deve promover meios expeditos para a condução dos expedientes administrativos, de sorte a imprimir racionalidade e segurança no trâmite dos documentos que são carreados aos autos, bem como fazer uso de procedimentos que não se revelem inócuos ou despiciendo em face dos objetivos a serem perseguidos para a resolução ou conclusão do processo administrativo.

Não obstante tais considerações, persistindo a inatividade formal da Administração Pública, sem qualquer justificativa plausível, a boa doutrina pugna pela adoção das vias judiciais, inclusive com a possibilidade de reparação por danos morais e materiais¹¹¹.

Ainda que não seja uma pauta de estudos deste trabalho, impende mencionar que a reparação, *in casu*, decorre de danos advindos da ausência de manifestação do Poder Público, portanto, por omissão, de forma que a responsabilidade é de natureza subjetiva¹¹², haja vista a doutrina abalizada de Bandeira de Mello¹¹³.

111 ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Duração razoável dos processos judiciais e administrativos. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, ano 8, nº 39, p. 73-80, p. 77, set./out. de 2006.

112 Em sentido contrário, têm-se as seguintes considerações (SILVA, Augusto Vinícius Fonseca e. A responsabilidade objetiva do Estado por omissão. *Revista CEJ. Brasília*, nº 25, p. 5-11, p. 10, abr./jun. de 2004): “Se se exige a demonstração de culpa para a configuração da responsabilidade estatal por atos omissivos, como quer o insigne Celso Antônio Bandeira de Mello, *data venia*, restaura-se a situação de desigualdade da vítima/usuário do serviço público danoso, além de constituir a exigência verdadeiro retrocesso na escala evolutiva da responsabilidade civil estatal. A conquista da responsabilidade objetiva do Estado, quer por atos comissivos, quer por atos omissivos, não pode ser deixada de lado. A vulnerabilidade da parte mais fraca é reconhecimento da cidadania e concretizante do princípio da igualdade material”.

113 BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 977, 2007.

Por fim, deve-se salientar que o “direito fundamental à duração razoável do processo não representou uma constitucionalização dos prazos processuais”¹¹⁴, o que impede a consistência duma interpretação no sentido de que não cumprimento dos prazos, por si só, gera uma afronta direta à Carta Fundamental; contudo, não se pode negar a possibilidade de responsabilização em decorrência de danos ocasionados por conta da demora do dever de decidir do Poder Público.

7 CONCLUSÃO

Considerando o disposto nas linhas acima, pode-se concluir que:

- (a) a atividade administrativa deve se pautar pelos princípios constitucionais e infraconstitucionais pertinentes à Administração Pública, de modo a contemplar, no caso concreto, situações em que ocorra a prevalência deles em face de atos normativos legais ou meramente regulamentares em dissonância com a Carta Fundamental de 1988;
- (b) o cumprimento dos princípios, tidos como indispensáveis à regular atuação da Administração Pública, não é alcançado, tão-somente, com a mera alusão aos seus permeios constitucionais, infraconstitucionais ou sistêmicos, mas com a precisa definição do seu conteúdo no caso concreto e, por fim, com o necessário enfrentamento da norma aplicável em face das determinações impostas pela ordem jurídica;
- (c) o silêncio administrativo qualificado, positivo e negativo, mesmo que não seja desejável, já que ainda constitui uma forma refinada de ilegalidade, pois a Administração Pública não cumpre no prazo legal o que determina a ordem jurídica, representa uma via anômala de superação da inatividade formal do Poder Público. Por outro lado, o silêncio administrativo inominado, por não apresentar qualquer efeito processual ou material em face da inércia da Administração Pública, fere de morte os princípios do Regime Jurídico Administrativo (RJA), revelando-se uma pernicioso não atuação do Poder Público, o que pode ensejar, inclusive, demandas judiciais reparatórias por parte do administrado, bem como repressão a eventuais servidores envolvidos com a inatividade formal do Estado; e

114 ROCHA, op. cit., p. 78, 2006.

- (d) as garantias processuais assentadas na Carta Política, bem como as decantadas pela legislação infraconstitucional, impõe o dever de a Administração Pública decidir os petições no prazo legal, bem como de promover os expedientes processuais ou procedimentais necessários à efetiva constituição dos direitos dos administrados ou, conforme o caso, à efetiva defesa dos particulares em face da atuação sancionadora ou ordenadora do Estado.

REFERÊNCIAS

- AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*. vol. I 3 ed. Milano: Giuffrè, 1974.
- ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. Trad. Menelick de Carvalho Netto. *Ratio Juris*. Vol. 16, nº 2, p. 131-140, jun. 2003.
- _____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. Fundamentação jurídica, sistema e coerência. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 25, p. 297-311, jan-mar de 2006.
- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, nº 24, p. 159-180, 1998.
- _____. *Teoria dos Princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOVERO, Michelangelo. Derechos, deberes, garantías. In CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo. Estudios sobre o pensamento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Editorial Trotta e UNAM, p. 233-244, 2005.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; e MENDES, Gilmar. *Hermenêutica Jurídica e Direitos Fundamentais*. Brasília-DF: Brasília Jurídica, 2000.

BUENO, Cassio Scarpinella. Os recursos nas leis de processo administrativo federal e paulista: uma primeira aproximação. In 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. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Processo Administrativo Federal*. Comentários à Lei nº 9.784 de 29/1/1999, 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Jurídica e Direitos Fundamentais*. Brasília-DF: Brasília Jurídica, 2000.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: um análise metateórico. In CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, p. 75-98, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do Processo Administrativo*. 6 ed. São Paulo: RT, 2007.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Processo Administrativo*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DERRIDA, JACQUES. Fuerza de ley: el “fundamento místico de la autoridad”. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. nº 11, p. 129-191, 1992.

DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. In FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Orgs.). *Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006.

ENTERRÍA, Eduardo García de. El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador. *Revista de Administración Pública (RAP)*. nº 159, p. 173-206, Septiembre-diciembre, 2002.

FARIA, Adriana Ancona de. Silêncio Administrativo. 2002. 176f. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). São Paulo: 2002.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez *et alii*. Madrid: Trotta, 1995.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. O princípio constitucional da moralidade e o novo controle das relações de administração. *Revista Interesse Público - IP*. Belo Horizonte, n. 51, ano 10, p. 13-41, set/out de 2008.

_____. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2009b.

GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 11, n. 43, p. 110-137, abr./jun. 2003.

_____. O Ministério Público e a Defesa do Princípio da Impessoalidade. *Revista dos Tribunais*, vol. 799, p. 145-157, maio 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERRERO, Omar. *Del Estado Gerencial al Estado Cívico*. México- DF: UNEM, 1999.

GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 17-18, p. 271-302, 1995.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

_____. Constitución y Derecho Constitucional. In BENDA; HEYDE; HESSE; MAIHOFFER; e VOGEL. *Manual de Derecho Constitucional*. Trad. Antonio López Pina. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 2001 .

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. *Revista Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, ano 10, n. 51, p. 42-60, set./out. de 2008.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Princípios do Processo Administrativo. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*. Belo Horizonte, ano 4, n. 37, p. 3.505-3.512, mar. 2004.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. 2 ed. São Paulo: RT, 2008.

- MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Jurídica e Direitos Fundamentais*. Brasília-DF: Brasília Jurídica, 2000.
- MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e. A teoria dos órgãos públicos e o § 8º do artigo 37 da Constituição Federal. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 9, n. 9, p. 97-104, fev. 2004.
- MORA, José Ferrater. *Diccionario de Filosofía*. 5 ed. Buenos Aires: Sudamericana, 1964a. Tomo I
- _____. *Diccionario de Filosofía*. 5 ed. Buenos Aires: Sudamericana, 1964b. Tomo II
- MORAIS, Dalton Santos. Os custos da atividade administrativa e o princípio da eficiência. *Revista dos Tribunais*, vol. 837, p. 79-108, julho 2005.
- MOREIRA, Egon Bockmann. O direito à prova no processo administrativo. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*. Belo Horizonte, ano 4, n. 39, p. 3.793-3.803, maio 2004.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno. Legalidade. Finalidade. Eficiência. Resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração Pública e o Princípio Constitucional da Eficiência. *Boletim de Direito Administrativo (BDA)*, ano XX, p. 38-59, Jan. 2006.
- OLIVARES, José Miguel Valdivia. Teoría del Órgano y Responsabilidad Pública en la Ley de Bases de la Administración del Estado. *Revista de Derecho*. Vol. XIX, nº 2, p. 133-159, Diciembre 2006.
- RIBEIRO LIMA, Raimundo Márcio. Direitos Fundamentais e os Princípios do Processo Administrativo Federal. *Boletim de Direito Administrativo (BDA)*. Ano XXIV, p. 1.028-1.046, Set. 2009.
- _____. O princípio da proibição da *reformatio in pejus* e os princípios do regime jurídico-administrativo: uma improvável conciliação! *Boletim de Direito Administrativo (BDA)*. Ano XXV, nº 6, p. 683-704, jun. 2010.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Duração razoável dos processos judiciais e administrativos. *Revista Interesse Público*. Porto Alegre, Ano 8, nº 39, p. 73-80, set./out. de 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, a reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, ano 1, nº 1, p. 59-88, jan/mar 2006.

SILVA, Augusto Vinícius Fonseca e. A responsabilidade objetiva do Estado por omissão. *Revista CEJ*. Brasília, nº 25, p. 5-11, abr./jun. de 2004.

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. 07-58, jul/set de 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

A IMPORTÂNCIA DA VISÃO JURÍDICO-ESTRATÉGICA DO ADVOGADO PÚBLICO¹

*THE IMPORTANCE OF THE FEDERAL ATTORNEY'S
LEGAL ESTRATEGIC VISION*

Renata de Souza Furtado

Mestranda em Ciências Sociais (CEPPAC/UnB). Especialista Docente em Direitos Humanos (UnB/Essex-UK/FESMPDFT) e Processo Civil (ICAT-AEUDF). Coordenadora – Geral de Assentimento Prévio do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República. Procuradora Federal/AGU desde 1995.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breve retrospecto; 2 A defesa da União; 3 A política pública; 4 O parecer; 5 O conflito; 6 Da defesa do interesse público ao interesse nacional; 7 A ponderação de direitos; 8 Conclusão; Referências.

¹ Texto base da palestra proferida no Curso de Formação dos Procuradores Federais em 15 de outubro de 2010.

RESUMO: O presente artigo visa contribuir à formação do advogado público que integra as carreiras da Advocacia-Geral da União, apresentando os principais atributos para esse profissional: responsabilidade funcional, compromisso institucional e virtú. No momento em que a sociedade clama por um número maior de políticas públicas em seu benefício, cabe ao advogado a missão de, diante da complexidade advinda do cenário de sobreposição de interesses de diversos públicos, atuar de forma pró-ativa e conciliadora dentro dos limites da legalidade. Encontrar o interesse nacional, em meio aos interesses públicos sobrepostos, é o desafio imposto à carreira de Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia-Geral da União. Advogado Público. Carreira. Parecer. Conflito. Responsabilidade. Compromisso. Virtú. Interesse público. Interesse nacional. Política Pública.

ABSTRACT: This article aims to contribute to the federal attorney's formation in the Attorney General Union, presenting the key attributes for this work: functional responsibility, institutional commitment, and virtú. On time when society claims for a greater number of policies public, it is the mission of the federal attorney to know the scenario of overlapping interests and this complexity inside the State, acting proactively and in a conciliatory way in the limits of legality. Finding the national interest, in the midst public interests overlap, is the challenge posed to the ones in the State's career.

KEYWORDS: Attorney General of the Union. Federal Attorney. Career. Legal opinion. Conflict. Responsibility. Commitment. Virtú. Public interest. National interest. Public Policy.

INTRODUÇÃO

O protagonismo da Advocacia Pública no atual Estado democrático depende de uma mudança cultural. Enquanto a eficiência do serviço público é cada vez mais exigida da Administração pela sociedade (pressões externas), atributos como o de responsabilidade, de compromisso e de virtú² são exigidos do advogado público pela Administração (pressões internas), com vistas a equalizar demandas e respostas.

A Advocacia – Geral da União (AGU) é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, e exerce função essencial à justiça. Os advogados públicos encontram-se criteriosamente distribuídos nas carreiras da AGU, a partir de categorias iniciais, mediante nomeação, em caráter efetivo, de candidatos habilitados em concursos públicos, de provas e títulos, obedecida a ordem de classificação.

Mas o que dizer ao advogado público, que ingressa na Administração com a árdua e a gratificante missão de defender a União?

1 BREVE RETROSPECTO

Em julho de 1995, passados um pouco mais de dois anos da edição de sua Lei Orgânica³, a AGU sequer possuía a força e estrutura institucional de hoje. Ainda como Procuradora Autárquica, sentia que, embora diante do texto legal, havia uma dispersão, ou melhor dizendo, uma falta de coesão entre procuradores, advogados e assistentes jurídicos lotados nas autarquias e fundações públicas federais.

Recordo-me do receio dos colegas em valer-se da prerrogativa do art. 9º, da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997⁴, insistindo em juntar as apagadas xerocópias de procuração e substabelecimento dos dirigentes máximos da autarquia com os seus nomes “para evitar qualquer mal entendido”. Observe, que, nesta época, já havia se passado 4 (quatro) anos do início da estruturação da AGU. A Casa estava crescendo, mas a sinergia funcional que pudesse envolver a categoria ainda estava por vir.

2 Vocábulo de origem italiana: vir.tù (sf 1 virtude. 2 fig eficácia. 3 valor, força.)

3 Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

4 Art. 9º A representação judicial das autarquias e fundações públicas por seus procuradores ou advogados, ocupantes de cargos efetivos dos respectivos quadros, independe da apresentação do instrumento de mandato.

Em 2000, foi criada a carreira de procurador federal, transformando os cargos de procurador autárquico, procurador, advogado e assistente jurídico de autarquias e fundações públicas federais. Posso dizer que foi este primeiro grande passo à formação dos valores institucionais da AGU⁵.

E foi apenas em 2 de julho de 2002, após exaustivos estudos e debates sobre a melhor AGU⁶, e calcada em princípios de racionalização da prestação dos serviços e de coordenação das atividades entre a AGU e os órgãos jurídicos da Administração indireta⁷, que foi criada a Procuradoria – Geral Federal (PGF), o elo que faltava e porque não dizer, a engrenagem forte da Advocacia Pública⁸.

É com esse espírito de luta, força e determinação com que nasceu a PGF, e fazendo parte da geração que cresce com a AGU e vê nela a parte da realização de seu dia-a-dia, que proponho este texto à leitura daqueles que integram a carreira.

2 A DEFESA DA UNIÃO

Desde 2001 tenho contribuído nos cursos de formação de ingresso à carreira de procurador federal, e utilizo este espaço também para refletir sobre as atitudes profissionais que possam fazer a diferença e fortalecer a União, judicial e extrajudicialmente.

Sem dúvida, o exercício da advocacia requer a compreensão dos fatos, da demanda, para a elaboração de respostas construídas juridicamente. É necessário não apenas compreender as motivações dos dirigentes, mas também buscar soluções viáveis e adequadas àquela situação, seja ela conflituosa ou não.

5 Foi por meio da Medida Provisória nº 2.048-26, de 29 de junho de 2000, que se instituiu o ingresso na carreira de procurador federal por meio de concurso público, deixando de lado a velha prática de elaboração de concursos conforme a necessidade da cada autarquia ou fundação.

6 VALENTE, Maria Jovita Wolney. *Procuradoria-Geral Federal: histórico e evolução*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/download/institucional/historico/20080317_historico.pdf> Acesso em: 02/08/2010.

7 FREITAS, Marcelo de Siqueira. *A Procuradoria – Geral Federal e a defesa das políticas e do interesse públicos a cargo da Administração indireta*. Revista AGU virtual set/2008. Revista AGU impressa nº 17 jul/set 2008.

8 A apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às atividades do procurador federal, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial, é a pedra bruta em fase da lapidação que, quando lapidada, dará à AGU autonomia orçamentária e financeira.

Considerando os dez mandamentos do advogado público: empatia, iniciativa, criatividade, consistência, rigor, autoridade moral, autoridade técnica, humildade, estudo e equilíbrio⁹, tomo a liberdade de resumir em três, os atributos essenciais ao exercício da profissão: responsabilidade funcional, compromisso institucional e *virtù*.

A responsabilidade funcional enseja o reconhecimento de importância da postura do advogado público na sua atuação dentro da AGU; os papéis que precisam ser assumidos e a penalidade inculcada em ações incorretas, omissões ou desvio de conduta. A União, enquanto ente público “em abstrato”, é materializada por meio das ações individuais do corpo de servidores que a integram. Neste sentido, a responsabilidade funcional é resultado da observância às normas legais e regulamentares da AGU.

Por sua vez, o compromisso institucional pressupõe o zelo e a dedicação às atribuições inerentes ao cargo e à lealdade à Instituição a que serve, significando esforço individual no fortalecimento da AGU no exercício da função essencial de justiça.

E por fim, o advogado público deve ser um profissional de *virtù*. Fazendo um paralelo entre o homem idealizado por Maquiavel e o atual, podemos dizer que não se exigiu tanta *virtù* de um profissional como hoje.

A capacidade de gerir a sorte (fortuna) nunca foi tão desejada. Assim, o advogado com grande *virtù* é aquele que atua à frente de seu tempo, de determinada circunstância; percebe seus limites e explora as suas possibilidades, de modo a controlar ou evitar ocasiões e acontecimentos indesejáveis à União.

Assim, cabe ao advogado público, com as suas capacidades de análise e de estratégia, encontrar meios de resolução de conflitos de interesse de diversos públicos diante da conjuntura que antevê na busca do interesse nacional.

O exercício da *virtù* não é o exercício do livre arbítrio, e sim a escolha certa na hora certa, como medida antecipada de conflito, tanto com o administrado, quando internamente à própria Administração.

9 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Um decálogo para a advocacia pública*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=70022>. Acesso em: 2/08/2010.

3 A POLÍTICA PÚBLICA

Como pode ter observado, preferi utilizar a expressão “interesse de diversos públicos” a “interesse público”. Essa preferência, neste momento proposital, visa ressaltar a distância conceitual existente entre política pública e interesse nacional.

Por vezes, o advogado confunde a aplicação de uma política pública com o interesse nacional e busca o interesse público como se fosse o nacional; e esta prática merece ser refletida.

A política pública é a resposta do Estado a um determinado público, a um interesse público específico e não necessariamente ao interesse nacional. Parece paradoxal, mas não é. Uma política pública é formulada para atender certos atores sociais e não a todos. E compreender esta diferença de perspectiva entre políticas públicas é fundamental para a defesa da União.

Com o objetivo de lembrar aos colegas que existe uma distância significativa entre defender o interesse nacional e defender a aplicação de uma política pública, apresento algumas linhas gerais para o entendimento de uma política pública, a partir dos escritos muito didáticos da cientista política Maria das Graças Rua¹⁰.

As políticas públicas (*policies*) são *outputs* resultantes da atividade política (*politics*): compreendem o conjunto das decisões e ações relativas à alocação imperativa de valores. Nesse sentido é necessário compreender política pública e decisão política.

Uma política pública geralmente envolve mais do que uma decisão e requer diversas ações estrategicamente selecionadas para implementar as decisões tomadas. Já uma decisão política corresponde a uma escolha dentre um leque de alternativas, conforme a hierarquia das preferências dos atores envolvidos, expressando em maior ou menor grau - uma certa adequação entre os fins pretendidos e os meios disponíveis. Assim, embora uma política pública implique decisão política, nem toda decisão política chega a constituir uma política pública.

Além disso, por mais óbvio que possa parecer, as políticas públicas são “públicas” - e não privadas ou apenas coletivas. A sua

10 RUA, Maria das Graças. *Análise de Políticas Públicas: Conceitos Básicos*. Disponível em: <http://vsites.unb.br/ceam/webceam/nucleos/omni/observa/downloads/pol_publicas.PDF>. Acesso em: 01/08/2010.

dimensão “pública” é dada não pelo tamanho do agregado social sobre o qual incidem, mas pelo seu caráter “imperativo”. Isto significa que uma das suas características centrais é o fato de que são decisões e ações revestidas da autoridade soberana do poder público¹¹ – o Estado.

As políticas públicas envolvem atividade política. Em outras palavras, elas resultam do processamento, pelo sistema político, dos *inputs* originários do meio ambiente e, freqüentemente, de *withinputs* (demandas originadas no interior do próprio sistema político).¹²

Creio que compreendendo que o alcance do termo “política pública” advém do exercício do poder do Estado em ditar o bem-estar social a um determinado público e não a um público em geral, possamos agora adentrar no que se espera de um advogado público na defesa do interesse público e, na sequência da explanação deste artigo, do interesse nacional.

4 O PARECER¹³

O advogado público atua judicial e extrajudicialmente em defesa da União. A opinião que esse profissional oferece *interna corporis* é feita, tanto em um, como no outro caso, por meio da espécie de ato administrativo denominado parecer¹⁴.

Em linhas gerais, pareceres são manifestações de órgãos técnicos ou jurídicos sobre assuntos submetidos à sua consideração. O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Assim, o que subsiste como ato administrativo, neste caso, não é o parecer, mas sim o *ato* de

11 RUA. op cit., p. 2.

12 RUA. Idem.

13 É importante observar o disposto na Portaria nº 1399, de 5 de outubro de 2009, que orienta a elaboração de manifestações jurídicas da Advocacia-Geral da União e de seus órgãos vinculados. Segundo essa portaria, “o parecer deverá ser elaborado como resultado de estudos e análises jurídicas de natureza complexa que exijam aprofundamento, como também para responder consultas que exijam a demonstração do raciocínio jurídico e o seu desenvolvimento”. A nota será elaborada “quando se tratar de hipótese anteriormente examinada e nos casos de menor complexidade jurídica, admitindo pronunciamento simplificado”. Por sua vez, a informação “será produzida quando se tratar da prestação de subsídios solicitados para a defesa judicial da União ou de autoridades públicas”.

14 FURTADO, Renata de S. *O assentimento prévio do Conselho de Defesa Nacional na faixa de fronteira*. São Paulo: RT. 897/21.

sua aprovação, que poderá se revestir das modalidades: normativa, ordinatória, negocial ou punitiva.

O parecer, embora contenha um enunciado opinativo, pode ser obrigatório no procedimento administrativo, e dar ensejo à nulidade do ato final, se não constar do processo respectivo, como ocorre, por exemplo, nos casos em que a lei exige prévia audiência de um órgão consultivo, ou seja, antes da decisão terminativa da Administração. Nesta hipótese, a presença do parecer é necessária, embora o seu conteúdo não seja vinculante para a Administração.

Entretanto, o parecer passa a ser vinculante para a Administração, na hipótese de a lei exigir o pronunciamento favorável do órgão consultado, para a legitimidade do ato final, como é o caso do assentimento prévio do Conselho de Defesa Nacional¹⁵.

Consciente, então, do poder de argumentação do parecer no âmbito da Administração, é inquestionável que o mesmo esteja revestido de elementos persuasivos legais, legítimos e razoáveis.

5 O CONFLITO

E como demonstrar uma persuasão razoável diante da sobreposição de políticas públicas? Ou seja, quem pode ganhar ou perder com tal política, quem tem seus interesses diretamente afetados pelas decisões e ações que compõem a política em questão?

Integram a Procuradoria-Geral Federal, como órgãos de execução, as Procuradorias, os Departamentos Jurídicos, as Consultorias Jurídicas ou as Assessorias Jurídicas das autarquias e fundações federais.¹⁶

Vejamos com a imagem a seguir, um exemplo de demonstração de políticas públicas setoriais sobrepostas¹⁷, conduzidas por autarquias e fundações federais¹⁸:

15 Lei nº 6.634, de 2 de maio de 1979.

16 Art. 10, da Lei nº 10.480, de 2 de julho de 2002.

17 Base constitucional: artigos 176, 231, 225, 184 a 189 e 68-ADCT, respectivamente. Base infraconstitucional: Decreto – lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967 (Código de Mineração), Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, Lei nº 9985, 18 de julho de 2000, Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, e Decreto nº 4.887/2003, respectivamente.

18 Imagens de sobreposição no Anexo I.

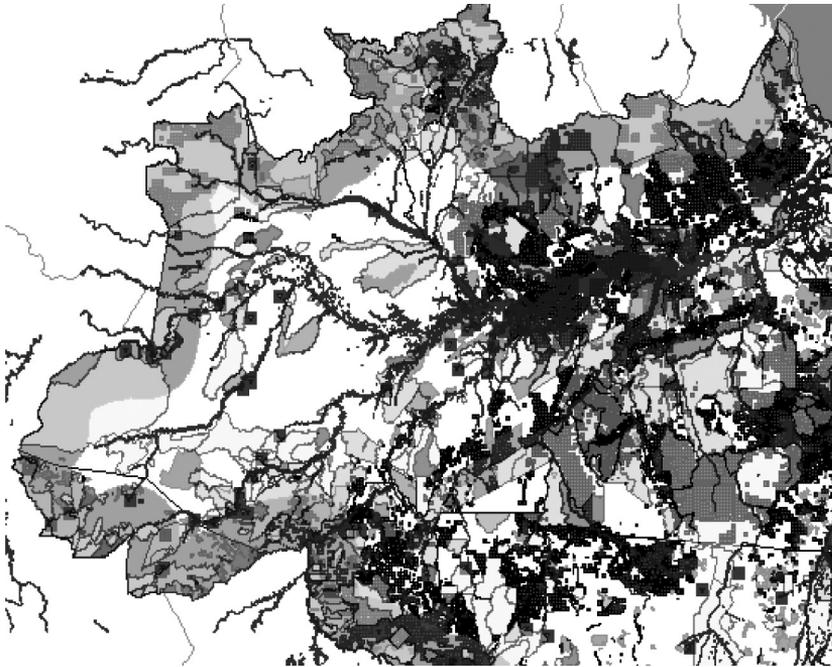


Figura 1. Áreas de Mineração, Terras Indígenas, Unidades de Conservação Ambiental, Projetos de Assentamento e Quilombos¹⁹.

Já mencionei em algumas oportunidades e agora aproveito para registrar, que não é mais dado ao advogado público o uso do “benefício do desconhecimento” do cenário de sobreposição de políticas públicas²⁰. O cenário de conflito de interesses de diversos públicos existe e o desafio profissional é justamente ponderar os direitos dos atores envolvidos.

A estratégia de atuação do advogado público, neste cenário, está na arte de aplicar a lei, buscando superar os óbices, alcançar e preservar os interesses de diversos públicos, observando-se as orientações da AGU.

19 FURTADO, Renata. Palestra: Intercâmbio de informação e de legislação sobre faixa de fronteira. In: *Seminário países amazônicos - discutindo fronteiras e segurança nacional*. Disponível em: <<https://sistema.planalto.gov.br/siseventos/faixafront/exec/index.html>> Acesso em: 02/08/2010.

20 Disponível em: <<https://sistema.planalto.gov.br/asprevweb/exec/index.cfm>>. Sistema GEO PR Assprev. Acesso em: 2 ago 2010.

6 DA DEFESA DO INTERESSE PÚBLICO AO INTERESSE NACIONAL

Vimos que o interesse público que advém da aplicação de uma política pública é “público” em virtude do império do Estado no direcionamento do bem-estar à comunidade demandante. Para tanto, houve decisões e não - decisões políticas que culminaram na formulação e na implementação da política pública²¹.

E o que seria o interesse nacional? Defender o interesse público seria o mesmo que defender o interesse nacional? Com o objetivo de fomentar o debate sobre o alcance e o sentido dos referidos termos, apresento a seguir algumas definições que envolvem este último.

Iniciemos com a definição, para os fins propostos, do que seria uma Nação²²: grupo geral complexo, constituído por subgrupos sociais distintos que, em princípio, ocupando, um mesmo espaço territorial, compartilham da mesma evolução histórico-cultural e dos mesmos valores, movidos pela vontade de comungar um mesmo destino²³.

Neste sentido, seriam objetivos nacionais aqueles que a Nação busca satisfazer conforme suas necessidades, interesses e aspirações, em determinada fase de sua evolução histórico - cultural. Observe-se, então, que os objetivos da Nação variam conforme o estágio de sua evolução histórica e cultural.

Estes objetivos nacionais são classificados, segundo a sua natureza, em três grupos: objetivos fundamentais, de Estado e de Governo.

Os objetivos fundamentais estão voltados ao atendimento dos mais elevados interesses da Nação (interesses nacionais) e da preservação de sua identidade, com a missão de subsistirem por longo tempo. São eles: a democracia, a integração nacional, a integridade do patrimônio nacional, a paz social, o progresso e a soberania.

21 SARAIVA, Enrique. *Introdução à teoria da política pública*. In: Políticas públicas; coletânea. Orgs: Enrique Saraiva e Elisabete Ferrarezi. Brasília: ENAP. 2006. p. 32.

22 Curso de Formação de Procuradores Federais. Palestra “A importância da visão estratégica do território nacional pelo Procurador Federal”. 16 de março de 2009. Centro de Eventos e Treinamentos CET - CNTC, Brasília-DF.

23 Dentre as definições existentes, opto em oferecer a constante na doutrina militar, considerando a força dessa instituição, como referencial à idealizada à AGU. Neste sentido, ver: Fundamentos da Escola Superior de Guerra. v. 1, 2008.

Os objetivos de Estado estão voltados para a conquista, a consolidação e a manutenção dos objetivos fundamentais. Já os objetivos de Governo voltam-se ao atendimento imediato de necessidades, interesses e aspirações da sociedade, considerando as situações conjunturais que influem nos ambientes interno e externo à Nação. Ambos devem, entretanto, preservar os objetivos fundamentais.

É sabido que as relações sociais são marcadas por constantes choques de interesse, os quais geram desequilíbrios que, por sua vez, exigem ações à retomada do estado de equilíbrio.

Tem-se consciência também que a crise social ou institucional é um estado de tensão, provocado por fatores internos ou externos, sob o qual um choque de interesses, se não administrado adequadamente, corre o risco de sofrer um agravamento, até a situação de enfrentamento entre as partes envolvidas.

Neste contexto, convém ao advogado público: (a) ser um profissional de seu tempo, conhecedor da evolução histórica e cultural da sociedade em que vive, e sabedor que os objetivos nacionais estão em permanente atualização; (b) saber diferenciar os objetivos de Estado e de Governo, com vistas à preservação dos objetivos fundamentais e consequentemente dos nacionais; (c) conhecer a política pública formulada e implementada setorialmente, bem como o (s) interesse (s) público (s) envolvido (s); (d) aplicar estrategicamente a política pública para garantir o interesse nacional; (e) antever o conflito para administrá-lo adequadamente; e (f) evitar a crise social ou institucional.

O interesse nacional fica bem mais evidente quando contrastado ao interesse internacional ou estrangeiro, mas este tema seria objeto de um outro artigo. Contudo, é possível afirmar que nem sempre ao se defender o interesse público estar-se-á defendendo o interesse nacional, dada a tripla dimensão dos objetivos nacionais.

7 A PONDERAÇÃO DE DIREITOS

A pergunta que se apresenta é qual o enfoque esperado pelo advogado público que, valendo-se de sua virtú e na busca da aplicação de uma política, antevê o conflito de interesses?

Sem a pretensão de resolver a questão, mas de indicar um caminho, ouso dizer que, a resposta para sanear o embate de políticas públicas, às

quais se fundaram em processos legislativos específicos e externaram-se por meio de diplomas legais, não é encontrada tão somente campo da dogmática jurídica²⁴.

Um exemplo de premissa dessa dogmática, no direito contemporâneo, é o princípio da legalidade, inscrito na Constituição, e que obriga o jurista a pensar os problemas comportamentais com base na lei, conforme à lei, para além da lei, mas nunca contra a lei²⁵.

Assim, muitas vezes presos à dogmática jurídica, os advogados públicos procuram sempre compreender o fenômeno social dentro dos marcos legais da ordem em vigor.

E é nesse momento que a hermenêutica jurídica ganha importância e propicia uma releitura dos dogmas sem que os mesmos sejam negados.

O que se propõe, então, é que o advogado público, ao interpretar a lei para aplicá-la, amplie o seu sentido de modo controlado, ou seja, aumente o grau de suportabilidade social,²⁶ de forma a compor o conflito advindo da sobreposição de políticas públicas.

Não existe uma fórmula pronta e acabada à solução de conflitos, sejam eles judiciais ou extrajudiciais. O que é certo é que, em se tratando de aplicação de políticas públicas, os limites da legalidade foram postos no momento de sua formulação. Dessa forma, a simples leitura do texto da lei das políticas públicas não apresenta os elementos suficientes à resolução do conflito.

Dessa forma, a persuasão do advogado público, na defesa do interesse público, está na força interpretativa do enunciado legal para ponderar os direitos dos diversos atores envolvidos.

8 CONCLUSÃO

A AGU cresce em: estrutura, valores e pessoal. Sem a responsabilidade funcional, o compromisso institucional e a virtude

24 Sugiro ao leitor conhecer a proposta de Theodor Viehweg, traduzido por FERRAZ Jr. (2008) sobre enfoque dogmático e zetético do conhecimento jurídico.

25 FERRAZ Junior, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 48.

26 Expressão utilizada por (Luchmann, 1974) citado por FERRAZ (2003, p. 50).

cada um dos integrantes de suas carreiras, não há como alcançar a autonomia institucional, inclusive orçamentária e financeira.

É preciso que o advogado público seja capaz de inovar e recriar o Direito na medida das transformações sociais. Assim entendendo, é de cada um o desafio de desenvolver um conjunto de habilidades e qualidades, inclusive a partir de visão interdisciplinar, de maneira a auxiliar na tomada de decisões que envolvem a União.

Estamos mudando a cultura da advocacia pública e neste sentido, proponho uma visão jurídico-estratégica dos fenômenos sociais orientada à composição antecipada dos conflitos na aplicação de cada política pública. É essencial aproximar a lei aos fatos, testar sua força normativa para, somente após, e no limite da hermenêutica, propor a ruptura, qual seja, a nova norma.

REFERÊNCIAS

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Um decálogo para a advocacia pública*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=70022>. Acesso em: 2. ago. 2010.

ESCOLA SUPERIOR DE GUERRA. *Fundamentos da Escola Superior de Guerra*. v. 1. Rio de Janeiro: ESG, 2008.

FERRAZ Junior, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FREITAS, Marcelo de Siqueira. A Procuradoria – Geral Federal e a defesa das políticas e do interesse públicos a cargo da Administração indireta. Revista AGU virtual set/2008. *Revista AGU impressa*, n° 17, jul/set 2008.

FURTADO, Renata de S. O assentimento prévio do Conselho de Defesa Nacional na faixa de fronteira. *Revista dos Tribunais (RT)*, São Paulo, ano 99, p.21-46, n° 897/2010.

_____. Palestra: Intercâmbio de informação e de legislação sobre faixa de fronteira. In: *Seminário países amazônicos - discutindo fronteiras e segurança nacional*. Brasília/DF, 28mai2008. Disponível em: <<https://sistema.planalto.gov.br/siseventos/faixafront/exec/index.html>>. Acesso em: 02/08/2010.

RUA, Maria das Graças. *Análise de Políticas Públicas: Conceitos Básicos*. Disponível em: <http://vsites.unb.br/ceam/webceam/nucleos/omni/observa/downloads/pol_publicas.PDF>. Acesso em: 01 ago. 2010.

SARAIVA, Enrique. *Introdução à teoria da política pública*. In: Políticas públicas; coletânea. Orgs: Enrique Saraiva e Elisabete Ferrarezi. Brasília: ENAP, 2006.

VALENTE, Maria Jovita Wolney. *Procuradoria-Geral Federal: histórico e evolução*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/download/institucional/historico/20080317_historico.pdf> Acesso em: 02 ago. 2010.

Sítios eletrônicos

Presidência da República. Legislação. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 01 ago. 2010.

Presidência da República. Sistema GEO-PR Assprev em: <<https://sistema.planalto.gov.br/assprevweb/exec/index.cfm>> Acesso em: 01 ago. 2010.

ANEXO

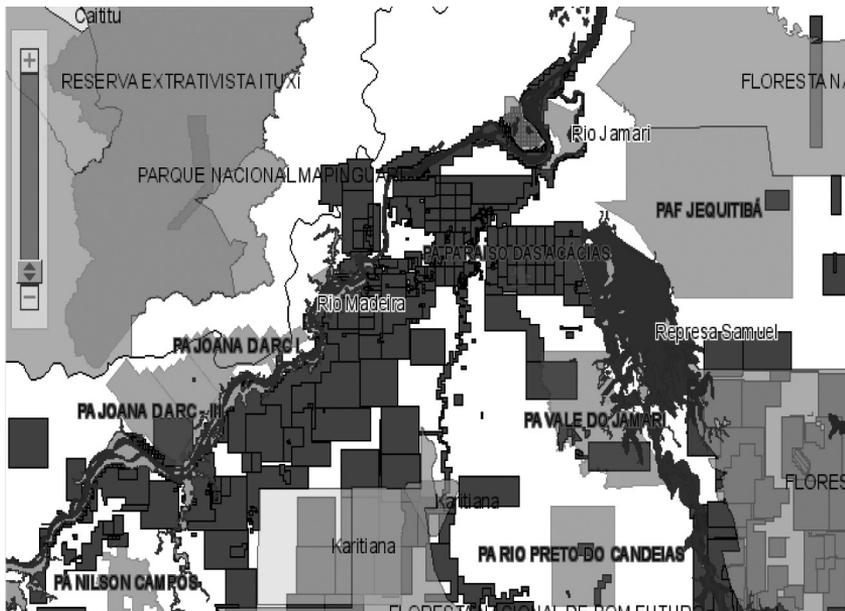


Figura 2 . Cenários de sobreposição:

- a) Rio Madeira totalmente requerido para exploração mineral X Áreas Inundáveis por Usinas Hidrelétricas
- b) Áreas de interesse mineral (para fins de pesquisa e posterior lavra) X Unidades de Conservação Federal Integral e de Uso Sustentável
- c) Áreas de interesse mineral (para fins de pesquisa e posterior lavra) X Projeto de Assentamento
- d) Áreas de interesse mineral (para fins de pesquisa e posterior lavra) X Terra indígena demarcada e homologada

SERVIDORES PÚBLICOS E A HOMOAFETIVIDADE: A EQUIPARAÇÃO DE DIREITOS NA ESFERA ADMINISTRATIVA

*PUBLIC SERVANTS AND THE GAY MARRIAGE THE
EQUAL RIGHTS AT THE ADMINISTRATIVE LEVEL*

Renato Souza Oliveira Junior
Advogado da União, Coordenador-Geral de Direito Administrativo no MRE
e mestre em Direito pelo UniCEUB

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Conceito Constitucional de Família; 2 A Posição dos Tribunais Brasileiros; 3 A Posição Firmada no Âmbito da Advocacia-Geral da União; 4 Alguns requisitos para reconhecimento de União Estável Homoafetiva; 5 Exemplo: Direito de Transporte; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem o escopo de discutir o reconhecimento da união estável homoafetiva no âmbito da Administração Pública. A noção de família vem mudando rapidamente. O casamento e a união estável entre pessoas de sexos diferentes já não refletem a realidade. O art. 226, §3º, da Constituição deve ser interpretado como norma inclusiva e não-discriminatória, de modo a comportar as famílias decorrentes de união estável homoafetiva. Nesse passo, resta à Administração Pública reconhecer ex officio os direitos decorrentes dessas relações, sobretudo aqueles previstos na legislação estatutária e demais disposições concernentes aos servidores públicos.

PALAVRAS-CHAVES: Família. União Estável Homoafetiva. Igualdade. Reconhecimento Administrativo.

ABSTRACT: The present article's scope is to discuss the recognize of the gay marriage under the Public Administration. The notion of family has been changing quickly. The marriage and the stable union between straight people do not reflect reality. The article 226, §3º, of the Constitution must be interpreted as non-discriminatory law, in order to include families originated from non-married couples. Rather, the Public Administration has no alternative but recognize ex officio the rights arisen of these relationships, particularly those establishments in statutory law and others applicable to public servants.

KEY-WORDS: Family. Gay Marriage. Equality. Official Recognition.

INTRODUÇÃO

A questão da homoafetividade ainda gera inúmeras discussões no Direito. O assunto, contudo, não é apenas jurídico. Sua polêmica repercute na sociedade civil, adquirindo conotações culturais e, sobretudo, religiosas. Mesmo assim, o intérprete e o aplicador do Direito devem ter a coragem de reconhecer a união estável homoafetiva para o fim de conferir aos servidores públicos nessa situação os mesmos direitos previstos aos servidores em união estável heteroafetiva.

Para isso, em muitos casos previstos na legislação infraconstitucional concernentes aos direitos dos servidores públicos, não é sequer necessária lei ou regulamento. Quer-se dizer que muitos desses direitos passam diretamente pelo conceito de família. Ou seja, ao se definir “família” estaremos definindo aqueles direitos dos servidores, dos seus cônjuges, companheiros, companheiras e dependentes. E adiantamos: o § 3º do art. 226 da Constituição Federal será entendido como regra de inclusão e não de exclusão.

O presente artigo está dividido cinco tópicos: (1) o conceito constitucional de família; (2) a posição dos Tribunais brasileiros; (3) a posição firmada no âmbito da Advocacia-Geral da União; (4) os requisitos para o reconhecimento administrativo da união estável homoafetiva; e (5) exemplo: direito de transporte. Essa sistemática permite uma visão resumida do assunto e, por isso, pode ser utilizada no âmbito administrativo para análise de alguns casos concretos.

Desse modo, ainda que sucintamente, devemos firmar um conceito constitucional de família. Veremos que, a partir do conceito obtido, diversos direitos previstos para servidores casados ou em união estável heteroafetiva poderão ser estendidos aos servidores em união estável homoafetiva.

1 O CONCEITO CONSTITUCIONAL DE FAMÍLIA

A questão se mostra tormentosa, dividindo a doutrina, a jurisprudência e a sociedade. Na Constituição de 1988 (art. 226, caput, da CF/88), a família é a unidade política básica da organização social. “Compreendida como um fato natural, inexistiu a preocupação do parlamentar de definir sua estrutura, antes a naturalidade da noção de família”¹.

1 DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual*. O preconceito e a Justiça. 2. ed. rev e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 74, 2001.

A finalidade essencial da família era sua continuidade. A família tinha um perfil patriarcal e hierarquizado e só era legítima por meio do casamento; ou seja, aquela que era resultante da união informal, por convivência, era considerada ilegítima. Mas, as características da família moderna mudaram. “O seu principal papel é de suporte emocional do indivíduo, em que há flexibilidade e, indubitavelmente, mais intensidade no que diz respeito a laços afetivos”².

O maior preconceito contra o reconhecimento da família homoafetiva provém das religiões. Na obstante, o abrandamento da relação entre Estado e Igreja acarretou substancial “evolução social e mutação do próprio conceito de família, que se transformou em verdadeiro caleidoscópio de relações que muda no tempo de sua constituição e se consolida a cada geração”³. Por isso, hoje, o conceito de família não pode estar circunscrito ao critério religioso ou ainda puramente biológico. Leciona Barroso que o “mais relevante não é a *occasio legis*, a conjuntura em que editada a norma, mas a *ratio legis*, o fundamento racional que a acompanha ao longo de toda sua vigência. Este é o fundamento da interpretação evolutiva”⁴.

Antes da Constituição de 1988, a discussão que pairava na doutrina, na jurisprudência e na sociedade em geral atinha-se ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher como entidade familiar. Com a atual Constituição prevaleceu a tese que reconhecia a união estável como entidade familiar, conforme se depreende do art. 226, §3^o. Este é o mesmo preceito que vem justificar a inclusão da união estável homoafetiva entre os exemplos de entidades familiares. Sobre isso, Barroso ensina:

A regra do art. 226, § 3^o da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia anteriormente entre o casamento e as relações de companheirismo. Trata-se de norma inclusiva, de inspiração anti-discriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória,

2 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006. p. 38.

3 *Ibidem*.

4 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 145.

5 Art. 226 [...]. § 3^o - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas.⁶

O reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar é decorrência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, §3º, CF/88). E como “mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais”⁷, a dignidade da pessoa humana deve ser observada pelo intérprete na análise do art. 226, §3º, da CF/88. Daí, Barroso acrescenta:

[...] a Constituição não comporta uma leitura homofóbica, deslegitimadora das relações de afeto e de compromisso que se estabelecem entre indivíduos do mesmo sexo. A exclusão dos homossexuais do regime de união estável significaria declarar que eles não são merecedores de igual respeito, que seu universo afetivo e jurídico é de “menos-valia”: menos importante, menos correto, menos digno.⁸

Outro princípio constitucional que merece especial atenção na interpretação do art. 226, §3º, da CF/88 é o princípio da igualdade (art. 5º, caput, da CF/88). Este é um dos princípios basilares do nosso ordenamento jurídico, voltado tanto para o legislador quanto para o aplicador do Direito. Trata-se de proibir discriminações e diferenciações arbitrárias entre as pessoas. Podemos encontrar no Supremo Tribunal Federal importante julgado sobre o assunto:

O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é – 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

6 BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas Iguais: O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil*. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>>. Acesso em 7.1.2011.

7 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. atualizada até a EC n.º 53/06. São Paulo: Atlas, 2007. p. 16.

8 BARROSO, op. cit.

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.⁹

Como dito neste decisum, o princípio da igualdade é autoaplicável e de observância vinculada e incondicional em todas as manifestações do Poder Público. Ao avaliar os direitos dos servidores, sobretudo nos casos de união estável homoafetiva, a Administração Pública deverá assegurar a “igualdade perante a lei”, pela qual não poderá subordinar a norma a critérios que ensejem tratamentos discriminatórios. Wolfgang Sarlet interpreta o art. 5º, §1º, da CF/88 como norma de otimização de eficácia dos direitos fundamentais. Assim, o direito fundamental à igualdade deve ser autoaplicável no âmbito da Administração Pública, de modo a reconhecer a existência de família às uniões estáveis homoafetivas. Segundo o autor:

[...] em nosso direito constitucional, o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5º, §1º, da CF) pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível.¹⁰

Por isso, não se pode dizer que tal preceito está adstrito ao legislador, estando a Administração Pública desvinculada do teor do art. 5º, §1º, da CF/88. Os direitos fundamentais “vinculam os órgãos administrativos em todas as suas formas de manifestação e atividades, na medida em que atuam no interesse público, no sentido de um guardião e gestor da coletividade”¹¹.

Comparato, ao tratar do teor do princípio da igualdade insculpido na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, ressalta: “O pecado capital contra a dignidade humana consiste, justamente, em considerar e tratar o outro inferior, sob pretexto da diferença de etnia,

9 STF. **MI 58**, Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-12-1990, Plenário, *DJ* de 19-4-1991.

10 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 366.

11 *Ibidem*, p. 369.

gênero, costumes ou fortuna patrimonial”¹². Violar a igualdade em razão da opção sexual consiste, nesse passo, em ofensa à dignidade da pessoa humana. Comparato ainda acrescenta que assegurar a igualdade de direitos às minorias (e os casos de uniões estáveis homoafetivas é, em tese, minoritária) é uma tendência mundial, o que se pode notar com a redação do artigo I-2º da Constituição da União Européia, verbis:

A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de Direito e do respeito dos direitos, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre mulheres e homens.¹³

Não há como interpretar normas sem possibilitar a maior eficácia possível dos direitos fundamentais. Não adotar os mesmos parâmetros de reconhecimento e de defesa aplicável às uniões estáveis heteroafetivas nos casos de uniões estáveis homoafetivas é conduta contrária aos vetores mais básicos de nosso constitucionalismo. Então, o conceito de família demanda interpretação conforme a dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade, não se admitindo distinções em razão da orientação sexual das pessoas.

A Lei Maria da Penha é um exemplo de importante conquista nacional em defesa das mulheres e, desse modo, da própria família. Seguindo a tendência mundial, o novel conceito de entidade familiar dado pela Lei nº 11.340/2006, constante no inciso II do art. 5º c/c o parágrafo único, é clara ao enunciar que a proteção estatal independe da orientação sexual das pessoas. Conforme dispõe:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

12 COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 229.

13 *Ibidem*.

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (grifo nosso)

Ora, a Lei Maria da Penha é clara ao firmar um conceito de família (“comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”), assim como de enfatizar que a proteção conferida por ela “independe da orientação sexual”. Ou seja, todas as espécies de família, inclusive a homoafetiva, estão protegidas pela Lei Maria da Penha. Implica reconhecer que já há em nível legal definição de entidade familiar que comporte as uniões estáveis homoafetivas.

Outras normas infralegais têm apontado na mesma direção. A Instrução Normativa n.º 25 de 07/06/2000, não obstante ser fruto de determinação judicial, regulamenta os procedimentos com vista à concessão de benefício ao companheiro ou companheira homossexual. A Resolução n.º 5 de 2009, do Conselho de Educação dispõe sobre a inclusão do nome social de travestis e transexuais nos registros. A Portaria n.º 1.707/2008 do Ministério da Saúde institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, o processo transexualizador, a ser implantado nas unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão etc.

No âmbito da Administração Pública, o aplicador da Constituição, diante de requerimentos administrativos de reconhecimento de direitos àqueles em união estável homoafetiva, ao construir soluções para as questões jurídicas, deve buscar sua eficácia integradora. Ou seja, deve preferir “àqueles critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração social e a unidade política”, pois, a produção e a manutenção da coesão sociopolítica é condição de viabilidade de qualquer sistema jurídico¹⁴.

Portanto, o conceito constitucional de família deve superar as barreiras biológicas e religiosas. O entendimento mais acertado demanda o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como

14 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 178.

família, para todos os fins de direitos. Disso decorrerá incontestemente integração social. E mais, parece-nos fora de dúvidas a possibilidade de aplicação direta das normas constitucionais, v.g., o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) e da igualdade (art. 5º, caput), bem como de outros também relevantes, como da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, IV), da liberdade (art. 5º, caput) e da segurança jurídica de modo a fundamentar o reconhecimento de direitos nos casos de homoafetividade.

2 A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

A polêmica do tema repercute ainda nos tribunais brasileiros. Há diversas decisões sobre o assunto num e noutro sentido. Contudo, a maioria delas tem acatado a tese de que a união estável homoafetiva é entidade familiar e deve ser tratada sob os mesmos critérios da união estável entre homem e mulher.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região reconheceu legitimidade do Ministério Público para ação civil pública cujo conteúdo principal foi possibilitar a inscrição de companheiros homossexuais como dependentes no Regime Geral de Previdência Social. Para isso, o TRF da 4ª região assentou que em sua jurisprudência que:

Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (art. 16, I, da Lei n.º 8.213/91), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão.¹⁵

No mesmo sentido, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região afirmou haver o “direito fundamental da relação homoafetiva”, fundado no Estado Democrático, bem como no princípio da cidadania e da dignidade da pessoa humana, “tendo como objetivo fundamental construir uma sociedade justa, livre e solidária, bem como promover

15 TRF 4ª Região. APELAÇÃO CÍVEL N.º 2000.71.00.009347-0/RS; Rel. Des. Federal JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA CONSTITUCIONAL.

o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”¹⁶.

No Tribunal Regional Federal da 2ª Região podemos encontrar decisões no mesmo sentido das anteriores¹⁷. O Tribunal Regional da 3ª Região já decidiu que

Embora a Constituição da República impeça o reconhecimento de casamento ou união estável *stricto sensu* entre pessoas do mesmo sexo, e portanto sociedade conjugal, incorre em grande salto indutivo quem dessa premissa conclui que da união homoafetiva não pode resultar família que mereça a proteção do Estado (CF, art. 226).¹⁸

No âmbito dos Tribunais Superiores há diversas decisões ratificando aquelas postas nos Tribunais Regionais Federais. O Superior Tribunal de Justiça vem firmando sua jurisprudência no sentido de que a união estável homoafetiva se equipara à união estável entre homem e mulher. Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, haverá, por consequência, o reconhecimento de tal união como entidade familiar, com a respectiva atribuição dos efeitos jurídicos dela advindos. Com base na analogia, o STJ entende que:

*[...] legitimada está juridicamente a união de afeto entre pessoas do mesmo sexo, para que sejam colhidos no mundo jurídico os relevantes efeitos de situações consolidadas e há tempos à espera do olhar atento do Poder Judiciário. - Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente de receber benefícios previdenciários decorrentes do plano de previdência privada no qual o falecido era participante, com os idênticos efeitos operados pela união estável.*¹⁹ (grifos do original)

16 TRF 1ª Região. APELAÇÃO CÍVEL N.º 0014218-70.2007.4.01.3800/MG; Rel. Des. Federal ÂNGELA MARIA CATÃO ALVES.

17 Vide TRF 2ª Região. APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO N.º 2008.51.01.009157-6/RJ; Rel. Juíza Federal Convocada MARIA ALICE PAIM LYARD.

18 TRF 3ª Região. PELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO N.º 1480312/SP. Rel. Des. HENRIQUE HERKENHOFF.

19 STJ. REsp n.º 1026981/RJ; Rel. Min. NANCY ANDRIGHI; DJ 4.2.2010.

Em julgado anterior, o STJ já havia assentado: “a relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica²⁰”.

Se não bastasse, inclusive no Tribunal Superior Eleitoral podemos encontrar decisões reconhecendo a relação estável homossexual como entidade familiar para efeitos da legislação eleitoral. Desse Tribunal Superior, destacamos o seguinte decisum:

EMENTA DO JULGADO: REGISTRO DE CANDIDATO. CANDIDATA AO CARGO DE PREFEITO. RELAÇÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL COM A PREFEITA REELEITA DO MUNICÍPIO. INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal.²¹

Já no Supremo Tribunal Federal não há, ainda, decisão expondo sua orientação final quanto ao alcance do art. 226, §3º, da CF/88. Contudo, na ADI N° 3300, o relator Min. Celso de Mello, reconhecendo a necessidade de discutir o tema – reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar – registrou:

Concluo a minha decisão. E, ao fazê-lo, não posso deixar de considerar que a ocorrência de insuperável razão de ordem formal (esta ADIN impugna norma legal já revogada) torna inviável a presente ação direta, o que me leva a declarar extinto este processo (RTJ 139/53 – RTJ 168/174-175), ainda que se trate, como na espécie, de processo de fiscalização normativa abstrata (RTJ 139/67), sem prejuízo, no entanto, da utilização de meio processual adequado à discussão, “in abstracto” – considerado o que dispõe o art. 1.723 do Código Civil –, da relevantíssima tese pertinente ao reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis homoafetivas.

A tese de que a união estável homoafetiva é entidade familiar para todos os fins de direito, sendo equiparada à união estável entre pessoas de sexos diferentes será a posição a ser ratificada no âmbito de todos os Tribunais brasileiros. Mas, para isso, deve ser exigida da união homoafetiva os mesmos requisitos exigidos à união estável entre homem e mulher.

20 STJ. REsp n.º 238.715, RS; Relator Ministro Humberto Gomes de Barros; DJ 2.10.06.

21 TSE. REE N.º 24.564/PA; Relator Min. GILMAR FERREIRA MENDES; DJ 1/10/2004.

3 A POSIÇÃO FIRMADA NO ÂMBITO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

A Advocacia-Geral da União, enquanto instituição de representação judicial e extrajudicial da União, cabendo-lhe ainda as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo (art. 131 da CF/88) tem importante papel na definição dos direitos dos servidores públicos.

No âmbito judicial, em todas as manifestações endereçadas ao Supremo Tribunal Federal (ADPF nº 132, ADIn nº 3.300 e ADIn nº 4.277), a AGU tem se pronunciado a favor do entendimento que permite, sob o atual quadro jurídico-constitucional a proteção legal, com os efeitos daí decorrentes, da união estável entre pessoas do mesmo sexo. A premissa adotada aduz que a Constituição não proíbe que se estendam às pessoas homossexuais, os mesmos direitos deferidos às pessoas com orientação heterossexual.

No âmbito do consultivo, o Advogado-Geral da União, ministro Luís Inácio Lucena Adams, aprovou, mediante despacho de 1º de junho de 2010, o Parecer nº 38/2009/RM/DENOR/CGU/AGU, que reconhece a união estável homoafetiva para o pagamento de benefícios previdenciários²².

Esse parecer considerou que a Constituição Federal de 1988 não impede a união estável de pessoas do mesmo sexo, por não ser discriminatória. O Texto Maior caminhou no sentido contrário, garante a dignidade da pessoa humana, a privacidade, a intimidade e proíbe qualquer discriminação, seja de sexo, raça e orientação sexual. Assim, não podem normas infraconstitucionais violarem direitos fundamentais expressos em seu texto. Contudo, em face da complexidade do tema, essa posição limitou-se ao reconhecimento da união estável homoafetiva aos casos de benefícios previdenciários.

Mesmo diante dessa limitação de efeitos, as premissas permaneçam válidas e aplicáveis. Isto é, a AGU, através de seu dirigente maior, também no âmbito extrajudicial, ratificou a posição de que a união estável homoafetiva é espécie de entidade familiar.

Isso é particularmente importante porque, conforme dispõe a Lei Complementar n.º 73/1993 nos arts. 4º, X, e 11, III, compete ao Advogado-

²² Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=145288&id_site=3>. Acesso em: 18 jan. 2011.

Geral da União e às Consultorias Jurídicas “fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos”.

Assim, caso o membro da AGU, no âmbito do consultivo, se depare com requerimento administrativo de servidor público em união homoafetiva pretendendo obter os mesmos direitos conferidos aos servidores públicos em união estável com pessoa de sexo diferente, a resposta poderá ser positiva. Tal orientação em nada contraria o ordenamento jurídico. Em verdade, ela está vinculada à missão constitucional de assessoria extrajudicial da Administração Pública, ao fixar a interpretação da Constituição, das leis e dos demais atos normativos.

Mas isso não é tudo. O interprete deve ter em mente que se reconhece a união estável homoafetiva. Dessa forma, ainda é necessário apresentarmos alguns requisitos que podem qualificar uma relação homoafetiva como união estável.

4 ALGUNS REQUISITOS PARA RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

O Código Civil de 2002, corrigindo a omissão do Código Civil de Beviláqua (1916), regula a união estável nos arts. 1.723 a 1.726. As características da união estável, como entidade familiar, são: convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família. O elemento objetivo, externo, é a convivência, a vida em comum, de forma notória e durante um tempo mais ou menos longo (variará conforme o caso concreto). O elemento subjetivo, interior, é o conteúdo finalístico do relacionamento: a constituição de uma família.

Para que seja reconhecido direito estatutário ou qualquer outro previsto na legislação específica ao companheiro ou dependente homoafetivo de servidor público, a exemplo de pensão por morte, direito de despesas com transporte nos casos de remoção de ofício, seguro de saúde etc., ele deverá demonstrar a existência de união estável, da mesma forma que nos casos de união estável entre pessoas de sexos diferentes. Para isso, alguns documentos podem ser exigidos, como:

- a) declaração registrada em cartório de união estável;
- b) prova de mesmo domicílio, prova de encargos domésticos evidentes e existência de sociedade ou comunhão dos atos da vida civil;

- c) procuração ou fiança reciprocamente outorgada;
- d) conta bancária conjunta;
- e) registro em associação de qualquer natureza, onde conste o interessado como dependente do servidor; etc.

Assim, é importante salientarmos que os tribunais têm reconhecido à união homoafetiva nos casos em que demonstrada a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família. Fora dessas hipóteses, não há que se falar em extensão ou reconhecimento de direitos na homoafetividade.

5 EXEMPLO: DIREITO DE TRANSPORTE

Como o tema pensão por morte de servidor público vem sendo reconhecido regularmente na seara administrativa, optamos por tomar como exemplo o direito de transporte de servidor público nas remoções *ex officio*. O servidor designado para missão em local diverso da sua sede tem direito ao seu transporte e, quando couber, ao de seus dependentes e empregado doméstico, aos custos da União, providenciado pelo Ministério ou órgão responsável pelo deslocamento (art. 26 do Decreto n.º 71.733/73). Tal entendimento decorre do teor do art. 28 da Lei n.º 5.809/1972 e do §1º do artigo 53 da Lei n.º 8.112/90. Este último dispositivo assinala que “correm por conta da administração as despesas de transporte do servidor e de sua família, compreendendo passagem, bagagem e bens pessoais”.

Temos, assim, que a regra é o custeio direto do transporte do servidor e de sua família pela Administração. Das Leis n.ºs 5.809/1972 e 8.112/1990 não identificamos qualquer norma que exclua, expressamente, os companheiros ou companheiras membros de união estável homoafetiva daqueles que podem ser tidos como “dependentes” ou “família”, para fins do custeio de transporte pela Administração Pública. Nessa medida, o benefício decorre diretamente do conceito de família esposado linhas atrás.

É nessa medida que defendemos que alguns dos direitos previstos na legislação estatutária ou em outros preceitos legais e normativos não demandam lei ou regulamento específico que inclua os casos de união estável homoafetiva. O reconhecimento do direito, como no caso do transporte, decorre exclusivamente na noção firmada sobre entidade familiar. Por

isso, nesse caso e noutros semelhantes, devemos entender a união estável homoafetiva como exemplo de família, para o fim de reconhecer direitos aos servidores públicos e seus respectivos familiares e dependentes.

6 CONCLUSÃO

Já é hora de deixarmos os preconceitos fora da interpretação jurídica e passarmos a encarar a nova realidade social, sobretudo aquela que perpassa pela nova dinâmica da família. A Constituição, norma suprema dos Estados contemporâneos, busca uma sociedade fraterna, plural e sem preconceitos. Democrática e cidadã, a Constituição de 1988 prima pela dignidade da pessoa humana e pelo princípio da igualdade. Nesse passo, não há que se falar em uma Lei preconceituosa, que retire de sua guarida as pessoas que unidas por laços de afeto, reconheçam-se mutuamente como família, mas com única peculiaridade de serem pessoas do mesmo sexo.

O conceito união estável posto no art. 226, §3º, da CF/88 é inclusivo. Engloba tanto as uniões estáveis heteroafetivas como as homoafetivas. Contudo, para ambas as situações, devemos exigir a comprovação da convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família.

É nesse sentido que caminha a melhor posição doutrinária e jurisprudencial. No âmbito Administração, a interpretação da AGU, instituição incumbida constitucionalmente de assessorar o Poder Executivo e de fixar a interpretação da Constituição, leis e demais atos normativos também vem se posicionando em favor do reconhecimento da união estável homoafetiva.

Contudo, não pregamos que o interprete pode estender direitos aos servidores públicos e aos seus respectivos familiares e dependentes sem previsão legal. Não é isso. Nossa posição é de que esta previsão já existe, mas demanda uma leitura conglobada da legislação ordinária com o conceito constitucional de família. Isso porque muitas das situações postas à análise administrativa demandarão apenas a compreensão do que o Texto Maior engloba como entidade familiar e, nessa medida, restará ao interprete reconhecer que a Constituição não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória. A família é muito mais do que uma relação biológica, é base da sociedade, e como tal deve contar especial proteção do Estado.

Desse modo, reconhecer a união estável homoafetiva administrativamente para todos os fins de direito é posição que se coaduna com os princípios democrático, da dignidade da pessoa humana, da igualdade e com o insculpido no art. 226 da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS.

BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais* O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>>. Acesso em: 7. jan. 2011.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.

_____. *União Homossexual. O preconceito e a Justiça*. 2. ed. rev e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. atualizada até a EC n.º 53/06. São Paulo: Atlas, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

**MICROEMPRESAS/EMPRESAS DE PEQUENO
PORTE EM LICITAÇÕES: CONSEQUÊNCIAS
DA PARTICIPAÇÃO FRAUDULENTA À LUZ
DA ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL
DE CONTAS DA UNIÃO**

*MICRO / SMALL BUSINESSES IN BIDDING: THE
CONSEQUENCES OF FRAUDULENT PARTICIPATION
IN LIGHT OF THE CURRENT JURISPRUDENCE OF THE
COURT OF AUDIT*

Tiago Borré

*Procurador Federal em exercício na Procuradoria
Regional do INSS em Brasília/DF Advocacia Geral da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Benefícios concedidos às microempresas e empresas de pequeno porte em licitações; 2 Enquadramento/desenquadramento/reenquadramento:procedimentos; 3 Microempresas/empresas de pequeno porte em licitações: conseqüências da participação fraudulenta à luz da jurisprudência do TCU; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo científico tem por escopo apresentar as conseqüências decorrentes da participação fraudulenta de microempresas e empresas de pequeno porte em licitações públicas à luz da atual jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Para tanto, parte-se de uma análise dos benefícios concedidos às micro e pequenas empresas nas licitações públicas, consoante previsões da Lei Complementar 123/2006. Em seguida, o estudo cuida dos aspectos procedimentais necessários ao enquadramento, desenquadramento e reenquadramento das empresas na condição de microempresas ou empresas de pequeno porte, na esteira das regras previstas no Decreto nº. 6.204/2007 e na Instrução Normativa nº.103/2007 do Departamento Nacional de Registro de Comércio (DNRC. Por fim, constata-se que a jurisprudência do Plenário do Tribunal de Contas da União aponta no sentido de que a participação de falsas microempresas e empresas de pequeno porte em licitações configura fraude à licitação, ensejando a *aplicação de declaração de inidoneidade*.

PALAVRAS-CHAVE: Microempresas. Empresas de pequeno porte. Benefícios. Licitações. Tribunal de Contas da União. Fraude. Declaração de inidoneidade.

ABSTRACT: This research paper is to present the scope of the consequences of fraudulent participation of micro and small businesses in public tenders in the light of current jurisprudence of the Court of Audit For that, it starts with an analysis of the benefits granted to PC and small enterprises in public procurement, as forecasts of Complementary Law 123/2006. Then, the careful study of the procedural aspects required for the framing, and noncompliance reframing companies provided micro or small businesses in the stele of the rules contained in the Decree. 6.204/2007 and Instruction No.103/2007 National Registration Department of Commerce (DNRC), reaching the conclusion that summed up the issue of a declaration by its own interest before the Commercial Registry. Finally, it appears that the ruling of the Plenum of the Court of Audit points towards the involvement of false micro and small businesses in procurement fraud set to bid, allowing for the application for a declaration of unfitness.

KEYWORDS: Microenterprises. Small businesses. Benefits. Tenders. Court of Audit Fraud. Declaration of unfitness.

INTRODUÇÃO

Preocupado com o desenvolvimento nacional e objetivando fomentar o crescimento econômico, o constituinte consignou no texto constitucional a necessidade de ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte tratamento diferenciado.

O assento constitucional conferido ao assunto materializou-se no artigo 170¹, ali consignando-se que a ordem econômica deve guiar-se, entre outros, pelo tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

A previsão foi reforçada mais adiante, no artigo 179, prevendo-se que “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.”.

Essas disposições certamente refletem a proposta de que a ordem jurídica deve atribuir compensações aos economicamente hipossuficientes. Partindo-se da premissa de que as grandes empresas são dotadas de poder econômico muito mais elevado do que se passa no âmbito dos pequenos empreendimentos e objetivando recompor o equilíbrio entre os titulares dos diferentes empreendimentos, a Constituição previu explicitamente a adoção de providências destinadas a assegurar a sua proteção².

Noutro norte, evidentemente a proteção às pequenas empresas se faz não apenas no interesse individual dos seus titulares, mas sobretudo para ampliação da competição. Presume-se que a participação de pequenas empresas no mercado pode neutralizar os efeitos indesejáveis de monopólios e oligopólios e, sob esse prisma,

1 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

2 JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da Microempresa e as licitações públicas*: (comentários aos artigos da lei complementar nº 123 atinentes a licitações públicas). São Paulo: Dialética, 2007. p.20.

a tutela da pequena empresa reflete-se na promoção de interesses coletivos e difusos³.

Pois bem, em obediência ao comando constitucional, especialmente o contido no artigo 146, alínea “d”⁴, concretizou-se o tratamento diferenciado via Lei Complementar 123/2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte e criou normas gerais para o tratamento diferenciado e favorecido propugnado pela Constituição, especialmente no que se refere à apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão⁵.

De acordo com essa legislação, elegeu-se como critério de enquadramento como microempresa e empresa de pequeno porte, entre outros, o faturamento auferido.

3 JUSTEN FILHO, op. cit.

4 Art. 146. Cabe à lei complementar:

[...]

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

5 Sobre a Constitucionalidade do tratamento diferenciado disciplinado pela LC 123/2006, assim manifestou-se o Plenário do TCU quando da prolação do Acórdão 1.231/2008, Relator Ministro Guilherme Palmeira: “[...] Nada obstante a existência do preceito constitucional da realização de licitação para as contratações públicas com o objetivo de melhor atendimento ao interesse público, assegurado o tratamento isonômico entre os participantes, não há que se olvidar que é também princípio constitucional o tratamento favorecido às empresas de pequeno porte (CF/88, arts. 170, IX e 179), com o justo intuito de alçar à condição de iguais sujeitos desiguais.

Creio que esses princípios não se antagonizam, ao contrário. Formam um todo harmônico em busca, justamente, da almejada isonomia, da igualdade.

Penso, ainda, não ter sido outro o espírito com que o legislador ordinário promulgou a LC 123/2006, estabelecendo as normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e o Executivo baixou o Decreto 6204/2007, regulamentando o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado a ser aplicado aos entes em questão nas contratações públicas no âmbito da Administração Federal.

Além do mais, como bem assentou o representante do parquet, o atendimento ao interesse público visado pelo instituto da licitação, lato sensu, compreende não só a melhor proposta financeira, mas também fomentar a ampliação da oferta de bens e serviços, inibindo a formação de estruturas anômalas de mercado. Dessa forma, não vejo como prosperar a tese de inconstitucionalidade aventada [...]”.

Em breve síntese, qualificam-se como microempresas aquelas que auferem, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais). Já para qualificação como empresa de pequeno porte a receita bruta deve ser superior ao limite acima e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais)⁶.

Além de dispor predominantemente sobre temas de natureza previdenciária, a Lei Complementar também avançou sobre outras áreas do Direito, contendo regramentos que abrangem o Direito do Trabalho, o Direito Processual e o Direito Administrativo.

Quanto a este último ramo, especificamente em seus artigos 42 a 49, a norma complementar disciplinou a incidência do tratamento diferenciado e simplificado em sede de aquisições públicas e previu a sua aplicação em contratações promovidas pela União, Estados e Municípios, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente. Possibilitou-se, inclusive, a realização de processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (artigo 48, I).

No âmbito da Administração Pública Federal, a regulamentação dos dispositivos citados ficou a cargo do Decreto nº. 6.204, de 05 de setembro de 2007.

Em campo de licitações públicas, porém, a prática tem revelado abuso das facilidades legais por parte de empresas que, a despeito de não se enquadrarem na condição exigida pela legislação para fruição do tratamento diferenciado, concorrem em certames promovidos pela Administração Pública valendo-se dessa condição, sendo que as conseqüências daí advindas encerram o foco precípua deste artigo.

Antes de abordar o cerne da questão, porém, faz-se valiosa a abordagem de alguns tópicos preliminares que seguem.

6 Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - no caso das microempresas, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais);

II - no caso das empresas de pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

1 BENEFÍCIOS CONFERIDOS ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE EM LICITAÇÕES

Em linhas gerais, a norma complementar concebeu quatro instrumentos tendentes a ampliar as oportunidades de acesso das pequenas empresas aos contratos administrativos, a saber: a) prazo especial para comprovação de regularidade fiscal, na etapa de habilitação do procedimento licitatório; b) empate ficto com a proposta da empresa de maior porte, se o valor da proposta da pequena ou micro empresa for até 10% superior ao daquela, ou de até 5% na modalidade pregão; c) emissão de cédula de crédito microempresarial pela micro ou pequena empresa que, sendo titular de direito a crédito empenhado e liquidado, não o receba em pagamento pela Administração em até trinta dias, contados da data da liquidação e d) concessão de tratamento diferenciado e simplificado por meio do qual as pequenas e micro empresas podem disputar licitações destinadas exclusivamente a elas⁷.

Relativamente à emissão de cédula de crédito, em verdade, não diz respeito ao processo de licitação, mas uma etapa posterior a este, atinente à liquidação e pagamento da despesa.

No que concerne à comprovação postergada da regularidade fiscal e a preferência em caso de empate ficto de propostas, assim preceitua a LC 123/2006, *verbis*:

Art. 42. Nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato.

[...]

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

7 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres, RESTELLATO DOTTI, Marinês. *O tratamento diferenciado às microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas nas contratações públicas, segundo as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados acolhidos na Lei Complementar n.123/06 e no Decreto Federal n.6.204/07. In: BCL: Boletim de licitações e Contratos*, v.21, n.7, p.667, jul.2008.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Art.45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado:

II - não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do caput deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

§ 1º Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no caput deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.

§ 2º O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 3º No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.

Consoante doutrina de Marçal Juste Filho⁸, a regularização fiscal tardia significa que a ME ou EPP pode participar da licitação mesmo desprovida dos documentos comprobatórios de sua regularidade fiscal. Logrando êxito no certame, ser-lhe-á assegurada

8 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p.84.

oportunidade de ofertar a documentação necessária em momento anterior à contratação.

A lição nesse sentido, porém, pode conduzir ao equivocado entendimento de que, na fase de habilitação, deve ser apresentada somente a documentação referente à comprovação da regularidade jurídica, técnica e/ou econômica da microempresa ou empresa de pequeno porte, mas não à comprovação da regularidade fiscal, que seria postergada para momento anterior à assinatura do termo de contrato.

A bem da verdade, a microempresa ou empresa de pequeno porte participante do certame deve encaminhar toda a documentação exigida no edital com vista a sua habilitação, inclusive aquela pertinente a sua regularidade fiscal.

Não obstante, caso haja alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, o §1º do artigo 43 da LC 123/2006 assegura-lhes prazo para fins de regularização da documentação cujo termo inicial corresponderá ao momento em que forem declaradas vencedoras da licitação⁹.

Esse mesmo entendimento é perfilhado por Jessé Torres Pereira Júnior¹⁰, para quem esta última interpretação veio a prevalecer no disposto nos parágrafos 1º e 4º do artigo 4º do Decreto nº 6.204/2007, segundo os quais, na fase de habilitação, deve ser apresentada e conferida toda a documentação.

Já a preferência em empate ficto se dá naquelas ocasiões em que a proposta de uma microempresa ou empresa de pequeno porte superar em até 10% o valor daquela de menor valor (desde que tenha essa sido apresentada por um licitante que não se qualifique como MP ou EPP). Nessa hipótese, a legislação considera existir um empate e assegura à ME ou EPP a faculdade de formular um lance de desempate¹¹.

9 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 2. ed. rev.ampl.Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.248.

10 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres, RESTELLATO DOTTI, Marinês. *O tratamento diferenciado às microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas nas contratações públicas, segundo as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados acolhidos na Lei Complementar n.123/06 e no Decreto Federal n.6.204/07*. In: BCL: Boletim de Licitações e Contratos, v.21, n.7, p.679, jul.2008.

11 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed.São Paulo: Dialética, 2009. p.84.

Esses dois mecanismos de preferência incidem independentemente de previsão específica no ato convocatório. São, por assim dizer, auto-aplicáveis.

A Advocacia-Geral da União, a propósito, editou a Orientação Normativa Nº 07, de 1º de abril de 2009, sedimentando o entendimento de que “O tratamento favorecido de que tratam os arts. 43 a 45 da Lei Complementar Nº 123, de 2006, deverá ser concedido às microempresas e empresas de pequeno porte independentemente de previsão editalícia”.

De acordo com a AGU, o artigo 49 da Lei Complementar 123 apenas consignou que os critérios de tratamento diferenciado estipulados no nos artigos 47 e 48 não são auto-aplicáveis, dependendo de expressa previsão do ato convocatório, e, a contrario sensu, as disposições dos artigos 43, 44 e 45 são aplicáveis *ex vi legis*, independentemente de previsão específica no edital, entendimento este que, inclusive, já foi encampado pelo Plenário do Tribunal de Contas da União¹².

Não se pode olvidar, por fim, que a legislação complementar também trouxe outra especificidade relativamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte em licitações, dentre as quais destaca-se, exemplificativamente, a previsão de licitações diferenciadas.

Conforme doutrina de Marçal Justen Filho¹³, a LC 123/2006 faculta a realização de licitações diferenciadas em três categorias, nas quais se consagra o tratamento discriminatório favorável à ME ou EPP. A primeira consiste na licitação destinada à participação exclusiva de ME ou EPP, quando o objeto apresentar valor de até R\$ 80.000,00. A segunda envolve o fracionamento do objeto da licitação, assegurando-se que uma parcela do objeto seja disputada exclusivamente por ME ou EPP. A terceira refere-se à subcontratação compulsória de parte do objeto licitado, de modo que os licitantes sejam constrangidos a recorrer a ME ou EPP para executar parte da prestação objeto do contrato.

12 Acórdão 2.144/2007-Plenário. Ministro Relator Aroldo Cedraz. DOU de 15/10/2007.

[...] 4. A existência da regra restringido a aplicação dos arts. 47 e 48 e ausência de restrição no mesmo sentido em relação aos arts. 44 e 45 conduzem à conclusão inequívoca de que esses últimos são aplicáveis em qualquer situação, independentemente de se encontrarem previstos nos editais de convocação.

5. Vê-se, portanto, que não houve mera omissão involuntária da lei. Ao contrário, caracterizou-se o silêncio eloqüente definido pela doutrina. [...].

13 JUSTEN FILHO, op. cit., p.85, 2009.

2 ENQUADRAMENTO/DESENQUADRAMENTO/REENQUADRAMENTO: PROCEDIMENTOS

Evidentemente que o gozo dos benefícios legais retro referidos exige o regular enquadramento da empresa interessada como microempresa ou empresa de pequeno porte.

Nos termos do Decreto nº 6.204/2007, que regulamentou o tratamento favorecido no âmbito da Administração Pública Federal, o enquadramento na condição merecedora dos privilégios legais opera-se mediante declaração da parte interessada, sob as penas da lei, de que cumpre os requisitos legais para qualificar-se como microempresa ou empresa de pequeno porte¹⁴.

Esmiuçando a questão, a Instrução Normativa nº 103/2007, do Departamento Nacional de Registro de Comércio (DNRC)¹⁵, dispõe que

Art. 1º O enquadramento, reenquadramento e desenquadramento de microempresa e

empresa de pequeno porte pelas Juntas Comerciais será efetuado, conforme o caso, mediante arquivamento de declaração procedida pelo empresário ou sociedade em instrumento específico para essa finalidade.

Extrai-se da leitura do dispositivo que o enquadramento, o desenquadramento e o reenquadramento da empresa estão estritamente vinculados à emissão de declaração específica para esta finalidade que deverá conter, entre outros, requerimento dirigido ao Presidente da Junta Comercial da unidade da federação em que se localiza, no sentido de que seja ela arquivada, bem como dados específicos da parte interessada, tais como nome empresarial, endereço, data de registro de ato constitutivo, etc.

14 Art. 11. Para fins do disposto neste Decreto, o enquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte dar-se-á nas condições do Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, em especial quanto ao seu art. 3º, devendo ser exigido dessas empresas a declaração, sob as penas da lei, de que cumprem os requisitos legais para a qualificação como microempresa ou empresa de pequeno porte, estando aptas a usufruir do tratamento favorecido estabelecido nos arts. 42 a 49 daquela Lei Complementar.

15 Dispõe sobre o enquadramento, reenquadramento e desenquadramento de microempresa e empresa de pequeno porte, constantes da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, nas Juntas Comerciais.

Em razão disso é que Marçal Justen Filho¹⁶ defende que o ônus da prova do preenchimento dos requisitos para fruição do benefício é do interessado. Aquele que pretende valer-se das preferências contempladas na LC nº 123 deverá comprovar a titularidade dos requisitos necessários, ao passo que o ônus da prova dos fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do terceiro fruir os benefícios recairá sobre quem argüir a existência de tais fatos.

Reitere-se que assim como o enquadramento, o desenquadramento, seja por ato voluntário, seja por configura-se uma das situações impeditivas previstas no §4º do artigo 3º da LC 123/2006¹⁷, será levado a efeito mediante declaração da empresa interessada¹⁸.

16 JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da Microempresa e as licitações públicas*: (comentários aos artigos da lei complementar nº 123 atinentes a licitações públicas). São Paulo: Dialética, 2007. p.37-38.

17 Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

[...]

§ 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

I - de cujo capital participe outra pessoa jurídica;

II - que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior;

III - de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

IV - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

V - cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

VI - constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo;

VII - que participe do capital de outra pessoa jurídica;

VIII - que exerça atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar;

IX - resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores;

X - constituída sob a forma de sociedade por ações.

18 Decreto 6.204/2007:

Art. 4º Após o enquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte, ocorrendo uma das situações impeditivas para enquadramento previstas nos incisos do § 4º do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 2006, a sociedade empresária e o empresário deverão arquivar declaração de desenquadramento na Junta Comercial.

Portanto, vê-se que inexistem maiores entraves burocráticos à obtenção da qualificação/desqualificação como microempresa ou empresa de pequeno porte, que se resume, como visto, a simples declaração do empresário ou sociedade empresária interessados.

Daí mostra-se legítima a afirmação de que se trata de ato de natureza eminentemente declaratória, de iniciativa de quem pretende se beneficiar da situação.

3 MICROEMPRESAS/EMPRESAS DE PEQUENO PORTE EM LICITAÇÕES: CONSEQUÊNCIAS DA PARTICIPAÇÃO FRAUDULETA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TCU

Assentadas as premissas, mostra-se viável o enfrentamento do assunto a que se propõe esse artigo.

Como registrado por ocasião da introdução, não é rara a participação em certames licitatórios de empresas que, apesar de não se qualificarem como microempresas e empresas de pequeno porte, valem-se indevidamente dessa condição, obtendo, a partir daí, benefícios indevidos em flagrante detrimento dos demais concorrentes.

Obviamente as situações aqui tratadas não dizem respeito àquelas em que a licitante que se sagrou vencedora do certame vem, em momento posterior à contratação, desenquadrar-se da situação de microempresa ou empresa de pequeno porte, até porque, nessas específicas situações, a própria LC 123/2006 ressalva a regularidade das contratações anteriormente firmadas, conforme artigo 3º, §§ 3º e 9º¹⁹.

Feita a ressalva, tem-se que a questão assume relevância diante dos objetivos legislativos que nortearam a previsão das benesses direcionadas às microempresas e empresas de pequeno porte (promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal

Art. 5º A Junta Comercial, verificando que a sociedade empresária ou o empresário enquadrado na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte incorreu em alguma das situações impeditivas para enquadramento previstas nos incisos do § 4º do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 2006, promoverá o seu desenquadramento.

Art. 6º Quando a sociedade empresária ou o empresário não tiver interesse em continuar enquadrado na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, promoverá o arquivamento, pela Junta Comercial, de declaração de desenquadramento.

19 Instrução Normativa nº 103/2007/DNRC: Art. 8º A comprovação da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte pelo empresário ou sociedade será efetuada mediante certidão expedida pela Junta Comercial.

e regional, ampliação da eficiência das políticas públicas e incentivo à inovação tecnológica, entre outros), não se podendo admitir sejam elas direcionadas a empresas que não detêm efetivamente a condição exigida pela lei, sob pena de violar-se frontalmente o espírito da legislação e desvirtuar-se, inclusive, a norma constitucional incidente.

De tal forma, a situação assim desenhada demanda enquadramento legal rigoroso.

É bem verdade que a situação fraudulenta pode configurar-se em variadas situações, seja quando, valendo-se da condição de microempresas ou empresas de pequeno porte, a licitante é destinatária dos benefícios de comprovação tardia da regularidade fiscal ou de desempate ficto de propostas, seja quando concorre em certame destinado exclusivamente às microempresas e empresas de pequeno porte sem ostentar efetivamente essa condição.

E assim ocorre porque a disciplina legal atualmente vigente, sem sombra de dúvidas, é propícia à atuação fraudulenta, que encontra brecha, entre outros, na forma como se comprova o enquadramento, mediante certidão expedida pela Junta Comercial²⁰, documento este que, por sua vez, funda-se na declaração prestada pela própria parte interessada, conforme anotado acima.

Nesse sentido, ao não atualizar a sua situação perante a Junta Comercial competente, vale dizer, ao não requerer o desenquadramento, e lançar-se em licitação ostentando a condição indevida, a empresa comete fraude, nos termos em que prevista criminalmente pelo artigo 90 da Lei n.º 8.666/93:

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Nessa linha de raciocínio, lastreado no entendimento de que a responsabilidade pela exatidão, atualização e veracidade dessas declarações é exclusivamente das empresas licitantes que as fornecem à Administração, em recente julgado o Tribunal de Contas da União houve

20 Acórdão n.º 3.381/2010-Plenário, Relator Walton Alencar Rodrigues, D.O.U. de 16/12/2010.

por julgar fraudulenta a participação de empresa cujo faturamento no ano anterior ao da realização do certame havia ultrapassado os limites estabelecidos pelo artigo 3º da LC 123/2006²¹. Confira-se o seguinte trecho da manifestação da unidade técnica da Corte:

[...] 26. No caso em tela, constatou-se, com base nas pesquisas realizadas nos sistemas informatizados da Administração Pública (Siafi, Siasg, ComprasNet), que a empresa Vencini, apesar de ter faturamento bruto superior ao limite estabelecido pela Lei Complementar 123/2006 (R\$ 2.400.000,00), venceu licitações na qualidade de EPP (item 20 desta instrução), tendo, portanto, se beneficiado indevidamente dessa condição, desvirtuando, com isso, o espírito da citada lei. Tal fato é fundamentado na apuração feita com base no somatório de Ordens Bancárias (OBs) recebidas pela empresa no ano anterior ao das licitações em que se sagrou vencedora (R\$ 3.519.524,08 em 2007 - ver quadro nas fls. 68/83).

27. Essa constatação indica fraude à licitação, conforme previsão do art. 90 da Lei 8.666/93: [...]

Posição idêntica foi acolhida pelo Tribunal ao prolatar o Acórdão 3217/2010-Plenário, em que constatou-se que a empresa CEFA 3 Comércio e Prestação de Serviços Ltda. (CNPJ 05.575.863/0001-00), além de ter recebido de órgãos federais, no ano de 2007, a quantia equivalente a R\$6.242.705,97, no ano seguinte, além de não formular, perante a Junta Comercial competente, o devido pedido de desenquadramento da situação de empresa de pequeno porte, logrou êxito em inúmeras licitações, restritas à participação de ME e EPP.

Diante dessa situação, o Tribunal julgou que:

[...] 37. Essa constatação indica fraude à licitação, conforme previsto no art. 90 da Lei 8.666/93:

[...]”Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.”

21 Acórdão nº 3.381/2010-Plenário, Relator Walton Alencar Rodrigues, D.O.U. de 16/12/2010.

38. Assim, considerando a preocupação manifestada por esta Corte de Contas no sentido de que os objetivos do Estatuto possam estar sendo maculados por possíveis fraudes e levando em conta que o responsável não apresentou alegações no sentido de infirmar os fatos expostos anteriormente, propõe-se, com fundamento no art. 46 da Lei nº 8.443/1992, c/c os arts. 87 e 88 da Lei nº 8.666/1993, a declaração de inidoneidade da mencionada empresa para participar, por até 5 anos, de licitações na Administração Pública Federal.[...]

Igual postura foi adotada pelo Plenário da Corte de Contas Federal em diversos outros julgamentos²², sinalizando consolidação de entendimento nesse sentido.

E, uma vez configurada a fraude ao certame, a sanção que tem sido aplicada reiteradamente pelo Plenário do TCU tem sido a declaração de inidoneidade prevista no artigo 87, inciso IV, da Lei nº. 8.666/93, como se colhe dos trechos de recentes julgamentos:

[...] A informação da perda da condição de ME ou EPP, por ser ato declaratório, era responsabilidade da empresa Sanda que, por não a ter feito e por ter auferido indevidamente dos benefícios da LC 123/2006, ação que caracteriza fraude à licitação, ato grave que enseja declaração de inidoneidade para participar de licitações da administração pública federal, cujo prazo fixo em um ano, com fulcro no art. 46 da Lei nº 8.443/1992.[...] Acórdão 1.972/2010, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, D.O.U. de 19/08/2010.

[...] 36. Diante do exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

declarar, com fundamento no art. 46 da Lei nº 8.443/1992 e no inciso IV do art. 87, c/c o inciso III do art. 88 da Lei nº 8.666/1993, a inidoneidade da empresa Rub Car Comércio de Autopeças e Fundação Ltda. (CNPJ 59.350.124/0001-40) para licitar e contratar com a Administração Pública, por período de até cinco anos, por ter vencido licitações destinadas exclusivamente à participação de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, sendo que seu faturamento bruto no ano anterior ao dos certames era superior ao limite previsto no art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006 (item 33 desta instrução);

²² Nesse sentido: Acórdão nº 1.972/2010-Plenário/ Acórdão nº 2.846/2010-Plenário/Acórdão 2.578/2010-Plenário.

com fundamento nos arts. 33 e 34 da Resolução-TCU nº 191/2006, apensar definitivamente o presente processo à representação que lhe deu origem (TC 027.230/2009-3); [...] Acórdão 2.578/2010-Plenário, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, D.O.U. de 04/10/2010.

[...] 9.2 declarar, com fundamento no art. 46 da Lei nº 8.443/1992 e no inciso III do art. 88 da Lei nº 8.666/1993, a inidoneidade da empresa Premier Produtos Alimentícios Ltda. (CNPJ 01.392.601/0001-50), para licitar e contratar com a Administração Pública, pelo período de seis meses, por ter vencido licitações destinadas exclusivamente à participação de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, não obstante ostentar faturamento bruto superior ao limite previsto no art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006; [...] Acórdão 2.846/2010-Plenário, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, D.O.U. de 01/11/2010.

Como visto, a Corte fundamenta a aplicação de sanção desse porte na disposição contida no artigo 46 da Lei nº. 8.443/92²³, segundo o qual “Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal”.

O Supremo Tribunal Federal, a propósito, já manifestou-se no sentido de que a previsão contida no artigo 46 citado não se confunde com aquela do artigo 87 da Lei nº. 8.666/93, conforme se vê da ementa do seguinte julgado²⁴:

EMENTA: Conflito de atribuição inexistente: Ministro de Estado dos Transportes e Tribunal de Contas da União: áreas de atuação diversas e inconfundíveis. 1. A atuação do Tribunal de Contas da União no exercício da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades administrativas não se confunde com aquela atividade fiscalizatória realizada pelo próprio órgão administrativo, uma vez que esta atribuição decorre da de controle interno insito a cada Poder e aquela, do controle externo a cargo do Congresso Nacional (CF, art. 70). 2. O poder outorgado pelo legislador ao TCU, de declarar, verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública

23 Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União.

24 AgRg na Pet. nº 3.606, Plenário, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 27/10/2006.

Federal (art. 46 da L. 8.443/92), não se confunde com o dispositivo da Lei das Licitações (art. 87), que - dirigido apenas aos altos cargos do Poder Executivo dos entes federativos (§ 3º) - é restrito ao controle interno da Administração Pública e de aplicação mais abrangente. 3. Não se exime, sob essa perspectiva, a autoridade administrativa sujeita ao controle externo de cumprir as determinações do Tribunal de Contas, sob pena de submeter-se às sanções cabíveis. 4. Indiferente para a solução do caso a discussão sobre a possibilidade de aplicação de sanção - genericamente considerada - pelo Tribunal de Contas, no exercício do seu poder de fiscalização, é passível de questionamento por outros meios processuais

A posição seguida pela Corte é alvo de críticas na doutrina de Marçal Justen Filho²⁵, para quem:

A orientação consagrada pelo STF não se afigura como a mais correta, com todo o respeito. Os pressupostos de aplicação do dispositivo são necessariamente os mesmos. A decisão do STF poderia conduzir ao resultado despropositado de dupla punição imposta a um mesmo sujeito, em virtude da prática do mesmo ato. Basta considerar que a aplicação da sanção por parte do TCU apenas pode ser cogitada se o referido sancionamento não foi aplicado no âmbito da Administração contratante. O máximo que se poderia cogitar seria uma interpretação integrativa, que reconhecesse que a competência para impor a sanção em questão é atribuída não apenas às autoridades referidas na Lei nº 8.666, mas também ao TCU - tornando a competência sancionatória exercitável quando a apuração da conduta reprovável ocorrer no curso da atividade desempenhada pelo dito Tribunal.

Discussão à parte, certo é que o entendimento do TCU, no que se refere ao porte da sanção aplicada em casos que tais, encontra abrigo também no artigo 88, inciso III, da Lei nº 8.666/93, que reza ser possível a aplicação da declaração de inidoneidade às empresas que demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados²⁶.

²⁵ JUSTEN FILHO, *op.cit.*, p.859, 2007.

²⁶ Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

E, não bastasse a existência das previsões legais elencadas, a aplicação da declaração de inidoneidade às falsas microempresas ou empresas de pequeno porte coaduna-se certamente com o escopo dessa penalidade, direcionada àqueles que cometem infrações dotadas de maior reprovabilidade.

Com efeito, evidentemente o rol das penalidades descritas no artigo 87 da Lei de Licitações e Contratos está organizado em ordem crescente de gravidade, de modo que²⁷

[...] para as pequenas infrações que não tenham causado qualquer dano, a Administração deve aplicar a pena de advertência. Para a eventualidade de reincidência no cometimento de pequenas infrações mais rigorosas, mas que não justifiquem a rescisão do contrato, a pena indicada é a multa. Sempre que houver violação de cláusula do contrato que justifique sua rescisão, deve ser aplicada a pena de suspensão temporária. *Em hipótese de fraude praticada pelo contratado*, de que seria exemplo a juntada ao processo de declarações falsas com o propósito de receber pagamento por serviços não executados, deve ser aplicada a pena mais rigorosa, a declaração de inidoneidade. (grifos nossos).

Porém, as conseqüências da participação fraudulenta em licitações não se resumem à aplicação da declaração de inidoneidade. Do ato ilícito praticado também decorre o envio de comunicação ao Ministério Público Federal para apuração de eventuais responsabilidades e à Secretaria da Receita Federal do Brasil/MF para as providências cabíveis, medidas estas que igualmente vêm sendo adotadas pelo TCU em seus julgados.

4 CONCLUSÃO

Em síntese, a atual jurisprudência do Plenário do Tribunal de Contas da União aponta no sentido de que a participação de falsas microempresas e empresas de pequeno porte em licitações levadas a efeito pelo Poder Público configura fraude ao certame, na forma como prevista pelo artigo 90 da Lei nº. 8.666/93, ensejando a aplicação de declaração de inidoneidade.

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

27 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 2.ed. rev e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.460.

REFERÊNCIAS

BIANCHI, Lucimara. Reflexões sobre as alterações promovidas pela Lei Complementar nº 123/2006 nas licitações públicas. In: *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, v.8, n.87, p.7-45, mar.2009.

BITTENCOURT, Sidney. O Tratamento diferenciado dado às microempresas e empresas de pequeno porte no pregão (Lei Complementar nº 123/2006). In: *Fórum de Contratação e Gestão Pública*. Editora Fórum, ano 9, n. 97, p.51/54, jan.2010.

BRASIL. Constituição Federal de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15/032011.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed. rev. e atual. Malheiros, 2006.

FERNANDES, Jacoby. *Vade-mécum de licitações e contratos: legislação selecionada e organizada com jurisprudência, notas e índices*. 3. ed. rev., atual., e ampl. 5. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 2.ed. rev e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da Microempresa e as licitações públicas*. (comentários aos artigos da lei complementar nº 123 atinentes a licitações públicas). São Paulo: Dialética, 2007.

JUSTEM FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres, RESTELLATO DOTTI, Marinês. *O tratamento diferenciado às microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas nas contratações públicas, segundo as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados acolhidos na Lei Complementar n.123/06 e no Decreto Federal n.6.204/07*. In: BCL: Boletim de licitações e Contratos, v.21, n.7, p.667-682, jul.2008.

**PARECER N° /2010-AGU/CONJUR-MS/
LFGF-HRP**

**IMPORTÂNCIA DOS PROTOCOLOS
CLÍNICOS E DIRETRIZES TERAPÊUTICAS
– PCDT’S - NA POLÍTICA PÚBLICA DE
ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA DO
SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS**

*Higor Rezende Pessoa
Advogado da União*

*Luis Felipe Galeazzi Franco
Advogado da União*

PARECER Nº /2010-AGU/CONJUR-MS/LFGF-HRP

ASSUNTO: IMPORTÂNCIA DOS PROTOCOLOS CLÍNICOS E DIRETRIZES TERAPÊUTICAS – PCDT'S - NA POLÍTICA PÚBLICA DE ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS, SOBRETUDO NO ÂMBITO DO COMPONENTE ESPECIALIZADO DA ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA REGULADO PELA PORTARIA 2.981 DE 26 DE NOVEMBRO DE 2009.

EMENTA: PROTOCOLO CLÍNICO E DIRETRIZES TERAPÊUTICAS – PCDT. CONCEITO. REGULAÇÃO JURÍDICO-ADMINISTRATIVA DO INSTITUTO. ANÁLISE EM FACE DA JUDICIALIZAÇÃO DO SUS. FUNÇÕES DO PCDT NA ÓRBITA JURÍDICA. CONSTITUCIONAL. LEGAL E INFRALEGAL. DEFESA DA UNIÃO EM JUÍZO. PRINCÍPIOS NORTEADORES.

RELATÓRIO

O Poder Judiciário e o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas do Sistema Único de Saúde

1 Tem-se observado, no Brasil, uma crescente judicialização do direito à saúde, implicando, na imensa maioria dos processos judiciais em que a discussão jurídica é travada, obrigações impostas aos entes públicos de todas as esferas da República.

2 Essas obrigações são de todas as espécies e vão desde o fornecimento de medicamentos de alto custo pelo poder público até o custeio, às expensas dos recursos públicos, de tratamento experimental no exterior, não obstante as políticas de saúde já existentes e implementadas pelo Sistema Único de Saúde brasileiro.

3 Nesse contexto, o Poder Judiciário tem recebido inúmeras demandas que envolvem discussões jurídicas, cujos temas apresentam-se complexos e concernem às políticas públicas desenvolvidas pelos Entes da Federação brasileira.

4 Nessas ações, não raro, narram-se ao juízo situações clínicas dramáticas, que trazem a conotação de urgência, como, por exemplo, a necessidade de um medicamento de custo muito acima dos recursos financeiros do doente.

5 Ademais, os argumentos apresentados, na maioria dos casos, são baseados em evidências tecnicamente questionáveis, em que se solicitam medicamentos sem a devida comprovação de sua segurança biológica, eficiência, eficácia, custo/efetividade e sem registro no Brasil.

6 Nesse cenário, não é de se estranhar que o Judiciário, sem a segurança técnica para decidir sobre a questão que lhe é apresentada, conceda, indiscriminadamente, por meio de liminares, o acesso a medicamentos/tratamentos de alto custo, pagos com recursos públicos, sem previsão orçamentária.

7 Em tais decisões, percebe-se, não raro, que o Poder judiciário apenas analisa o ápice da pirâmide jurídica regulatória do Sistema Único de Saúde – SUS, limitando-se a interpretar os comandos constitucionais, quando muito, legislação infraconstitucional, que tutelam o direito fundamental à saúde.

8 Ademais, em tais demandas, presencia-se o aspecto emocional que subjaz à discussão jurídica, consistente na percepção do juiz que um cidadão jurisdicionado venha a morrer “em suas mãos” por falta de um medicamento, mesmo sabendo que eventual decisão a favor do autor pode acarretar um impacto no orçamento que venha a prejudicar centenas/milhares/milhões de usuários do SUS.

9 Ao analisar o perfil das decisões dos Tribunais pátrios, conclui-se que a mera alegação de ilegitimidade passiva no tocante à execução de programas de saúde e da distribuição de medicamentos não tem sido fundamento suficiente para a obtenção de decisões favoráveis à União, razão pela qual outras estratégias defesas devem ser adotadas.

10 Não se pretende, por meio da defesa em tais ações, negar o direito ao acesso a medicamentos por parte de quem ingressa em juízo com tal objetivo, mas subsidiar a tomada de decisão pelo juiz, de modo a fornecer fundamentos à sua decisão.

11 No meio desse quadro, insere-se a discussão jurídica da importância dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas elaborados pelo Sistema Único de Saúde brasileiro, instituto que será abordado pelo presente parecer.

12 Assim, no que concerne ao tema – PCDT e demandas judiciais de saúde - a defesa da União, nesses casos, não deve se limitar a informar

ao Judiciário que o paciente não se encaixa nos critérios estabelecidos no protocolo, conforme se explicará.

13 Devem ser também esclarecidos ao juízo os objetivos de um Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas e, quando for o caso, a não indicação para o uso do medicamento, seja por falta de eficácia, seja por ausência de evidências científicas que respaldem sua utilização.

14 Frise-se que para tanto é essencial que as Procuradorias enviem à Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde todos os documentos dos autos que versem sobre o estado clínico do paciente.

15 Para se ter uma idéia como o presente tema é relevante, até mesmo a Corte Suprema, em julgamento realizado em 17/03/2010 (STA 175 - Min. Gilmar Mendes) pronunciou-se a respeito do PCDT:

[...] Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o *Protocolo* deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente. Ademais, não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só torna-se viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. *Dessa forma, podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. Ministro Gilmar Mendes – STF/Plenário*

16 Mesmo sendo louvável a conscientização sobre o papel dos PCDT pelo Supremo Tribunal Federal, que conclui expressamente que deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS, torna-se necessário que o Poder Judiciário atente para a regulação jurídico-administrativo desse instituto, analisando todas as suas funções para o Sistema Único

de Saúde brasileiro ao deferir tutela jurisdicional em desacordo com o que estabelecido na política pública em que se insere determinado Protocolo Clínico.

FUNDAMENTAÇÃO

Conceito

17 Os PCDT's são recomendações desenvolvidas por meio da revisão sistemática da literatura científica existente e visa apoiar a decisão do profissional de saúde e do paciente a respeito do cuidado médico mais apropriado para um determinado agravo em saúde ou situação clínica.

18 A revisão sistemática é a apreciação de maiores amostras de pesquisas para se obter uma melhor análise de dados estatísticos, revelando uma maior consistência científica dos resultados obtidos por tal meio.

19 Os PCDT's buscam sistematizar os conhecimentos prático e teórico disponíveis, oferecendo um padrão de manejo clínico mais seguro e consistente do ponto de vista científico para determinado problema de saúde, estipulando, para tanto, condutas médicas preventivas, diagnósticas e terapêuticas direcionadas ao agravo em saúde ou situação clínica.

20 O PCDT se fundamenta no conceito da Medicina Baseada em Evidências (MBE), a qual se caracteriza por uma abordagem que utiliza ferramentas da epidemiologia clínica, da estatística, da metodologia científica e da informática para trabalhar a pesquisa, o conhecimento e a atuação em saúde, com o objetivo de oferecer a melhor informação disponível para a tomada de decisão nesse campo.

21 Na prática, a MBE busca promover a integração da experiência clínica às melhores evidências disponíveis, considerando a segurança nas intervenções e a ética na totalidade das ações.

22 Nesse sentido, em última análise, a MBE é o fio condutor para a elaboração dos PCDT's.

23 No campo do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica, o PCDT tem por objetivos primordiais: a) disciplinar o acesso dos usuários aos medicamentos incluídos nesse programa; b) ser um valioso instrumento de trabalho a serviço dos profissionais de saúde, uma vez que se fundamenta, em sua formulação, nos conceitos

utilizados pela MBE de segurança, eficácia, efetividade e custo-efetividade da medicação a seguir conceituados.

24 *Medicamentos seguros* são aqueles cujos efeitos terapêuticos advindos de sua utilização superam, com grande vantagem, os efeitos colaterais.

25 *Eficácia* é a investigação realizada sobre os efeitos da medicação para o manejo da enfermidade que se propõe tratar em um ambiente ideal.

26 *Efetividade* é a análise dos resultados efetivamente obtidos com a utilização de um determinado insumo em ambiente real.

27 *Custo-efetividade* é o estudo que busca analisar se houve ganho de saúde adicional com a utilização do insumo, ou seja, no caso da assistência farmacêutica do SUS, se o medicamento que se pretende utilizar traz maiores benefícios do que aqueles já disponíveis no sistema e, se caso afirmativo, se o benefício advindo justifica o gasto financeiro a ser realizado.

28 Nesse ponto, saliente-se que à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) cabe a análise a respeito da segurança e a eficácia da medicação, concluindo se o uso do medicamento traz mais malefícios do que benefícios para o paciente (segurança biológica), assim como se o medicamento utilizado traz efetivamente combate a doença a que se propõe (eficácia) – Art. 7º, IX, da Lei nº 9.782/1999 c/c Art. 3º, IX, do Decreto 3.029/1999.

Art. 7º Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo:

I a VII – omissos;

IX - conceder registros de produtos, segundo as normas de sua área de atuação;

Art. 3º Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º da Lei nº 9.782, de 1999, devendo:

I a VIII – omissos;

IX - conceder registros de produtos, segundo as normas de sua área de atuação;

29 Logo, a ANVISA analisa os medicamentos considerando apenas a pesquisa feita em ambiente controlado, isto é, em um ambiente ideal – o de laboratório.

30 Por sua vez, o Ministério da Saúde, no processo de incorporação de um novo fármaco à rede de assistência farmacêutica do SUS, faz o estudo do mesmo em ambiente real e geograficamente situado, fazendo uma análise bem mais ampla do que aquela realizada pela ANVISA, isto é, enquanto essa agência estuda apenas a segurança e a eficácia dos medicamentos, o SUS, por outro lado, promove a análise não só da segurança e eficácia, como também da efetividade (uso real da medicação) e custo-efetividade, buscando obter os efeitos do fármaco na população residente nas diversas partes do país (ambiente real).

31 Nesse ponto, vale dizer que o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas – PCDT - é um valioso instrumento que poderá ser utilizado desde a assistência básica até a alta complexidade no âmbito do SUS.

32 Todavia, hoje, o PCDT é, sobretudo, utilizado como disciplinador de acesso dos usuários aos medicamentos disponibilizados à população por meio do Componente Especializado do Bloco da Assistência Farmacêutica, regulado pela Portaria 2.981/2009.

33 Segundo o art. 8º da Portaria 2.981/2009, o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica é uma estratégia de acesso a medicamentos no âmbito do Sistema Único de Saúde, caracterizado pela busca da garantia da integralidade do tratamento medicamentoso, em nível ambulatorial, *cujas linhas de cuidado estão definidas em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas publicados pelo Ministério da Saúde.*

34 Esse programa é representado, principalmente, por um grupo de medicamentos destinados ao tratamento de patologias específicas que atingem um número limitado de usuários, os quais, na maioria das vezes, utilizam-nos por períodos prolongados. Abrange aqueles medicamentos de elevado valor unitário ou que, pela duração do tratamento, tornam-se excessivamente onerosos para o orçamento público.

35 Atualmente, o financiamento do Componente Especializado do Bloco da Assistência Farmacêutica, é feito por todos os entes da Federação: União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme art. 9º da Portaria 2.981/2009, em epígrafe:

Art. 9º - Os medicamentos que fazem parte das linhas de cuidado para as doenças contempladas neste Componente estão divididos em três grupos com características, responsabilidades e formas de organização distintas.

Grupo 1 - Medicamentos sob *responsabilidade da União*

Grupo 2 - Medicamentos sob responsabilidade dos *Estados e Distrito Federal*

Grupo 3 - Medicamentos sob responsabilidade dos *Municípios e Distrito Federal*

Art. 14. O elenco de medicamentos em cada grupo está descrito nos *Anexos I, II e III* desta Portaria.

Art. 19. A incorporação efetiva de um medicamento nos Grupos 1, 2 e 3 deste Componente ocorrerá somente após a publicação na versão final do Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas específico pelo Ministério da Saúde, observadas as pactuações na CIT.

Art. 58. Os medicamentos do Grupo 3 serão financiados de acordo com a regulamentação do Componente Básico da Assistência Farmacêutica, em ato normativo específico.

Art. 59. Os medicamentos pertencentes ao Grupo 2 serão financiados integralmente pelos Estados e Distrito Federal, observando o disposto no art. 48 deste Componente. (PMVG da CEMED).

36 Nesse sentido, percebe-se que o disciplinamento do acesso dos usuários aos medicamentos disponibilizados por meio do Componente Especializado é feito pelos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT).

37 Isso porque, no âmbito da saúde pública, pelas suas próprias peculiaridades, não é possível trabalhar com um acesso ilimitado a qualquer medicamento. Não se pode, jamais, executar uma política pública eficiente (ART. 37, CRFB), sem antes parametrizá-la.

38 A definição de parâmetros, por sua vez, requer a exclusão dos medicamentos experimentais; sem registro no Brasil; sem comprovação científica de segurança biológica, eficácia, efetividade

e custo/benefício, dentre outros aspectos analisados em face de critérios de saúde pública.

39 Trata-se, portanto, de promover o acesso aos medicamentos garantindo a segurança, a qualidade, a eficácia, a efetividade e a promoção de seu uso racional, nos termos da Política Nacional de Medicamentos, regida pela Portaria 3.916/1998, por meio do que se assegurará o acesso universal, integral e igualitário de toda a população brasileira aos fármacos disponibilizados pelo SUS (Art. 196, CRFB).

40 Uso racional de medicamentos dá-se “quando pacientes recebem medicamentos apropriados para suas condições clínicas, em doses adequadas as suas necessidades individuais, por um período adequado e ao menor custo para si e para a comunidade” (OMS – Nairobi, Quênia – 1985)

41 Em maio de 2007, os Estados membros da OMS, participando da Assembléia Mundial de Saúde, com o apoio do Brasil, adotaram a Resolução 60.16 sobre o progresso no Uso Racional de Medicamentos. Essa Resolução solicita a todos os países do mundo a renovação de seu compromisso em favor do uso racional de medicamentos, inspirado nos princípios da medicina baseada em evidências, na ética profissional de atenção à saúde, e na objetividade e transparência nos processos institucionais orientadas na padronização do acesso e do Uso Racional de Medicamentos.¹

42 Percebe-se, portanto, que o uso racional de medicamentos faz parte de uma agenda internacional de saúde pública, sendo matéria discutida em foro mundial da Organização Mundial de Saúde – OMS.

43 Portanto, o PCDT vem para implementar uma agenda nacional e internacional de saúde pública, devendo ser considerado em suas funções essenciais para a execução da política pública de assistência farmacêutica do SUS, mormente no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica.

Funções

44 Pode-se dizer que o PCDT tem, basicamente, três funções: gerencial, educacional e normativa.

1 Carta de Florianópolis – Segundo Congresso Brasileiro de Uso Racional de Medicamentos – Disponível em: <<http://www.urm.ufsc.br/carta.php>>.

45 *Gerencial*: ao criar padrões de assistência, reduzir a variabilidade da prática clínica, permitir certa previsibilidade da prescrição médica frente a uma dada situação clínica, o PCDT se constitui em importante ferramenta para o planejamento da assistência farmacêutica nos diversos programas existentes, orçamentação, execução e aquisição de medicamentos.

46 Isso porque, na medida em que se estabelecem os padrões assistenciais, com base nos quais se possa prever o medicamento que será prescrito, o gestor, com base em dados epidemiológicos existentes, poderá detectar a prevalência das doenças a serem tratadas, série histórica dos casos atendidos, realizar a programação de necessidade dos medicamentos envolvidos e, conseqüentemente, dos recursos orçamentários e financeiros requeridos para a cobertura dessa necessidade e da quantidade e periodicidade de aquisição dos medicamentos.

47 Essa função gerencial dos PCDT é de extrema relevância para a prestação de uma assistência farmacêutica pública eficiente, uma vez que a prestação de tal ação/serviço de saúde requer a análise da seleção, programação, aquisição, armazenamento e dispensação dos medicamentos (ciclo de assistência farmacêutica).

48 *Educacional*: como já se expôs, os PCDT's são laborados com fundamento na MBE, a partir de criteriosa seleção das melhores evidências científicas disponíveis adaptadas à realidade nacional, o que se constitui em um importante processo de disseminação do conhecimento médico direcionada aos profissionais de saúde, contribuindo para a ampliação do espírito crítico dos médicos em relação à própria literatura médica e aos ensaios clínicos publicados.

49 Servem, sobretudo, para reduzir o período que decorre da publicação da boa literatura médica e suas evidências e aplicação na prática clínica.

50 O PCDT também representa um significativo incremento na qualidade da informação repassada ao paciente por meio dos Termos de Consentimento Informado e das Guias de Orientação ao Paciente.

51 *Normativa*: o PCDT, onde usado, serve como importante diretriz para a tomada de decisão clínica direcionada ao paciente no âmbito da saúde pública. Isso não quer dizer que o referido instituto seja irrefutável, e nem que o médico não possa contestá-lo, mas sim que deve ser levado como opção prioritária para o tratamento de determinado agravo em saúde, devendo a sua não utilização ser justificada robustamente, uma vez que o processo

de criação do Protocolo envolve um sério trabalho que está fundamentado em profícua, séria e qualificada literatura científica, além de o seu processo de elaboração perfazer-se, por si só, em uma demonstração inequívoca de democratização do SUS, visto que o próprio PCDT é submetido a consulta pública, sendo esta uma das diversas fases de sua criação.

52 Isso porque a adoção de determinada tecnologia em saúde por um protocolo tem um significado de uma prescrição pública para o uso do medicamento adotado pelo poder público.

53 Dessa forma, o Estado passa a assumir não apenas o uso da tecnologia, mas todos os riscos decorrentes de sua utilização, inclusive efeitos adversos não considerados quando da incorporação do fármaco na rede pública de saúde.

54 Suponha-se que o poder público decidisse incorporar à rede pública de saúde toda medicação considerada nova e promissora, sem, contudo, analisá-la em ambiente real.

55 Inequivocamente, todas as reações adversas derivadas do uso da medicação em pacientes da rede pública de saúde poderiam fundamentar ações judiciais de indenização em face da Administração, sem contar nas eventuais responsabilidades criminais dos gestores públicos.

56 Combinando a função normativa do PCDT com dever ético-jurídico do médico em assumir sua responsabilidade em relação à saúde pública e à legislação referente à saúde, deveres derivados de um dos princípios fundamentais da ética médica, conforme Capítulo I, inciso XIV, do novo Código de Ética Médica, lançado pela Resolução CFM 1.931/2009, percebe-se que o Protocolo ganha mais relevância:

XIV - O médico empenhar-se-á em melhorar os padrões dos serviços médicos e em assumir sua responsabilidade em relação à saúde pública, à educação sanitária e à legislação referente à saúde.

57 O dever médico, considerado o princípio fundamental de ética médica acima transcrito, consiste na obrigatoriedade desse profissional em conhecer a legislação referente à saúde pública, incluída aí a normatização do PCDT, dando cumprimento à mesma.

58 Outrossim, também deve o médico ser comprometido com a saúde pública, o que implica na responsabilidade de levar em consideração

as políticas públicas de assistência farmacêutica vigentes, inclusive a regulada por meio do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica, regulado pela Portaria 2.981/2009.

59 Tal dever não constitui violação da autonomia no exercício da profissão do médico, uma vez que o mesmo não precisará adotar, de forma obrigatória, o PCDT.

60 De outro lado, terá o médico a obrigação de justificar, com base em evidências científicas claras e bem fundamentadas, o porquê de o paciente não se enquadrar a um determinado PCDT, ocasião em que a questão será submetida ao Comitê de Especialistas da Secretaria Estadual de Saúde ou ao Ministério da Saúde, para análise, inclusive, de eventual conflito de interesses.

61 Ademais, frise-se que o mero surgimento de um tratamento “inovador” não retira a eficácia ou adequação de um tratamento vigente, indicado por meio de um PCDT, o que deve ser levado em consideração pelo próprio médico e Juízo da causa.

CONCLUSÃO

62 Verifica-se que existência de um PCDT devidamente implantado, por si só, não resolve o problema do aumento crescente de demandas judiciais relacionadas ao acesso a medicamentos/tratamentos.

63 Assim, a demonstração da seriedade da metodologia empregada para a construção dos PCDT, sua importância para a qualificação da assistência a ser prestada, sua relação com a prescrição segura e eficaz, a adequada relação custo/benefício que sua implantação representa, são pontos, entre outros, que devem ser abordados na defesa da União para melhorar a compreensão do Judiciário sobre os processos relacionados à Assistência Farmacêutica no âmbito do SUS.

64 Deve ser destacado também que as ações que compõem a política de saúde, além de terem de se traduzir em atos normativos, também exigem a participação popular, sendo que o PCDT garante tal participação por meio da consulta pública realizada em seu processo de criação.

65 Nesse contexto, é de ser frisar que a elaboração de um PCDT não se constitui em um procedimento unilateral da Administração, ou seja,

impositivo. Isso porque, além da existência de um grupo de trabalho e um grupo de consultores para sua elaboração, há, anteriormente à elaboração de seu texto final e publicação, uma fase de consulta pública, destinada ao recebimento de críticas, sugestões, propostas de alteração, preferencialmente em literatura médica, de modo a ampliar a discussão em torno do tema.

66 Saliente-se ainda que o próprio PCDT não se traduz em uma recomendação estática, razão pela qual deverá obedecer à dinâmica da própria evolução do conhecimento médico e da prática clínica, considerados os princípios Constitucionais, Legais e Infralegais do Sistema Único de Saúde – SUS.

67 Por fim, os PCDT's são importantes instrumentos de gestão do SUS, ou seja, se constituem em políticas públicas que visam a repartir os recursos financeiros, naturalmente contingenciados, da maneira mais eficiente possível, mediante o uso racional dos medicamentos.

68 Portanto, o PCDT deve ser respeitado pelas seguintes razões:

69 É fundamentado na MBE, sob pilares de robusto, qualificado e sério conhecimento científico prático e teórico, gozando, por isso mesmo, de presunção de validade científica até que se prove o contrário;

70 É instrumento indispensável à prestação de uma assistência farmacêutica de qualidade e eficiente, em face de sua função gerencial, considerado todo o ciclo de assistência farmacêutica executado pelos Estados e Municípios;

71 Por isso mesmo, é instrumento indispensável à orçamentação do Ciclo da Assistência Farmacêutica;

72 Quando utilizado, significa também prescrição médica segura, eficaz e efetiva, com o melhor custo-benefício para o paciente e para o Sistema Único de Saúde – SUS;

73 Racionaliza a variabilidade da prática clínica, estabelecendo parâmetros seguros, eficazes e efetivos para o manejo clínico dos agravos de saúde;

74 É um instrumento garantidor de acesso aos medicamentos de forma universal, igualitária, com tratamento integral do agravo protocolado;

75 Tem um processo de elaboração democrático, com previsão de consulta pública para sugestões de toda a comunidade médica, o que garante sua legitimidade social.

76 Considerando o que foi exposto, a estratégia da União para a defesa dos PCDT'S deve ser fundamentada nos seguintes pontos principais:

77 Repassar a idéia de que o objetivo do SUS e da atuação da União em ações judiciais não é negar o direito de acesso do usuário à saúde pública, e sim integrá-lo ao Sistema, desde que respeitadas as normas Constitucionais, Legais e Infralegais que estruturam o Sistema Únicos de Saúde – SUS, relevando a vontade do Estado em assumir seu dever constitucional de garantir a saúde de todos os brasileiros (art. 196, CRFB)

78 Sustentar que o PCDT, por se fundamentar na MBE, que trabalha com o conceito de custo-efetividade da medicação, cumpre o dever de eficiência imposto à Administração por meio do art. 37, da CRFB – atender o maior número de pessoas com o menor gasto público;

79 Ao utilizar-se da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática da assistência farmacêutica, o PCDT cumpre uma das diretrizes do SUS, esculpida no art. 7º, VII, da Lei 8.080/1990, constituindo-se em importante ferramenta para o planejamento da assistência farmacêutica pela Administração nos diversos programas existentes, bem como na execução e aquisição de medicamentos.

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I a VI – omissos;

VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;

80 Também, é essencial instrumento de execução de Política Econômica de Saúde (art. 196, CRFB), por meio do qual se garantirá: previsibilidade nas ações de assistência farmacêutica (dever de eficiência da Administração, art. 37, CRFB); estruturação do orçamento para

atender as demandas identificadas por meio dos PCDT – (importante para a elaboração da LOA);

81 Garante o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a proteção, promoção e recuperação da saúde previsto no art. 196 da CRFB c/c art. 2º, § 1º e art. 7º, I, IV, da Lei 8.080/1990;

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II a III – omissos;

IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

82 Procura compatibilizar o princípio da reserva do possível com o dever constitucional do Estado em promover e garantir a saúde de todos os brasileiros (art. 196, CRFB);

83 Por meio dos PCDT's a Administração cumpre o dever de atendimento integral do agravo em saúde protocolado, diretriz do SUS previstas no art. 198 CRFB e art. 7º, II da Lei 8.080/1990:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I – omissos;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I – omissos;

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

84 O PCDT também cumpre a diretriz de garantir a participação da comunidade em sua elaboração por meio da consulta pública, mostrando que tal processo não se constitui em um procedimento unilateral da Administração Pública, conforme 7º, VIII da Lei 8.080/1990, decorrendo daí sua legitimidade social:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I a VII – omissos;

VIII - participação da comunidade;

85 A consulta pública, destinada ao recebimento de críticas, sugestões, propostas de alteração, preferencialmente em literatura médica, de modo a ampliar a discussão em torno do tema, também representa o cumprimento do dever de publicidade previsto no art. 37, CRFB, bem como garante o

divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário, o que se constitui uma das diretrizes do SUS, nos termos do art. 7º, VI da Lei 8.080/1990;

VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;

86 Nas ações judiciais onde se busque a condenação do Poder Público a custear medicamentos em desconformidade com os PCDT's, deve-se defender, em primeiro plano, a validade e aplicação deste, caso o paciente se enquadre nos critérios de inclusão/exclusão, face sua robusta técnica científica de criação.

87 Em casos em que seja determinada perícia técnica pelo Juízo, é imprescindível que se solicite declaração de conflitos de interesse do perito designado, visando a evitar que eventuais interesses particulares dos médicos venham a influir no resultado da perícia.

HIGOR REZENDE PESSOA

Advogado da União

LUIS FELIPE GALEAZZI FRANCO

Advogado da União

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

**DO IDÊNTICO TRATAMENTO CONFERIDO
PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL AOS
PROCURADORES AUTÁRQUICOS E AOS
DEMAIS ADVOGADOS PÚBLICOS NO QUE
SE REFERE AO TETO REMUNERATÓRIO**

Tiago Bacelar Aguiar Carvalho
Advogado da União em exercício na Controladoria-Geral da União, especialista em
Direito Público

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Subteto Remuneratório dos “Procuradores” na Cf/88; 2 Procuradores Autárquicos como Integrantes das funções Essenciais à Justiça; 3 A Autonomia da Advocacia Pública e a Independência de seus Membros; 4 Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Ultimamente, o Judiciário, através de seus julgados, vem dando os contornos da advocacia pública. Isso se deve, sobretudo, à confusão decorrente ao fato de as constituições pretéritas atribuírem ao Ministério Público os papéis de Advogado do Estado e Advogado da Sociedade¹. Sendo assim, a jurisprudência não tratava da Advocacia Pública de forma pura, dissociada da figura do *parquet*. Até mesmo as procuradorias dos estados, que são mais antigas que a AGU, não receberam tratamento constitucional até a Cata Republicana de 1988. Sendo assim, após o advento da nova ordem jurídica, é que esse tema passou a ser mais debatido no meio jurídico de forma específica, desvinculado da figura ministerial.

Observa-se que, nos últimos anos, as mais altas cortes do país se debruçaram sobre temas como os limites da responsabilidade do advogado público parecerista², implicações decorrentes das greves dos advogados públicos³, possibilidade de exercício da advocacia privada⁴, exclusividade das atribuições⁵, dentre outros. Assim os sodalícios vão dando os contornos das carreiras da advocacia pública. É fundamental que muitas outras questões sejam levadas à apreciação do Poder Judiciário. Isso porque é preciso ter respaldo não só do Executivo (maior cliente da Advocacia Pública) e do Legislativo (que vota as leis, objeto de trabalho do advogado público), mas dos três poderes da República.

Esse enfrentamento dessas questões jurídicas nos tribunais é importante inclusive para promover a advocacia pública, por vezes tão desconhecida do povo (a mais importante força do Estado Democrático).

1 GUEDES, Jefferson Carús e HAUSCHILD, Mauro Luciano (Coord.). *Nos limites da história: a construção da Advocacia-Geral da União*: livro comemorativo aos 15 anos – Brasília: UNIP: UNAFE, p. 14, 2009.

2 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 1183504/DF. Min. HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 17/06/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 11/04/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24584/DF. Min. MARCO AURÉLIO, TRIBUNAL PLENO, DJe 20/06/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11/04/2011.

3 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGA 873114/RJ, Relator Min. CELSO LIMONGI, SEXTA TURMA, DJe 21/06/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 11/04/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 618914 AgR-ED / SC. Relator . Min. RICARDO LEWANDOWSKI, PRIMEIRA TURMA, DJe 26/05/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11/04/2011.

4 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RMS 31660 / RS, Relator Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 02/02/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 11/04/2011.

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4261 / RO. Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, DJe 20/08/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11/04/2011.

Veicular em decisões tais assuntos, também instiga os doutrinadores a se manifestarem acerca dos julgados, forçando a expansão da crescente bibliografia sobre os Advogados do Estado⁶.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal foi desafiado a julgar a constitucionalidade da criação de subteto remuneratório para os procuradores autárquicos. É importante informar que esse limite de remuneração foi plasmado em Decreto do Governador do Estado de São Paulo. Nesse julgado, a Corte Suprema decidiu pela aplicação do art. 37, IX da Constituição Federal como se depreende da ementa, a seguir, transcrita:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. SUBTETO REMUNERATÓRIO. ART. 37, XI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ABRANGÊNCIA DO TERMO “PROCURADORES”. PROCURADORES AUTÁRQUICOS ABRANGIDOS PELO TETO REMUNERATÓRIO. ALTERAÇÃO QUE, ADEMAIS, EXIGE LEI EM SENTIDO FORMAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO. I – A referência ao termo “Procuradores”, na parte final do inciso IX do art. 37 da Constituição, deve ser interpretada de forma a alcançar os Procuradores Autárquicos, uma vez que estes se inserem no conceito de Advocacia Pública trazido pela Carta de 1988. II – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de resto, é firme no sentido de que somente por meio de lei em sentido formal é possível a estipulação de teto remuneratório. III - Recurso extraordinário conhecido parcialmente e, nessa parte, improvido.⁷

A partir de idéias lançadas no decorrer desse julgamento, se fará um análise de várias questões pertinentes à Advocacia Pública.

1 O SUBTETO REMUNERATÓRIO DOS “PROCURADORES” NA CF/88

Originariamente, o texto do art 37, XI da Constituição Federal estabeleceu que a lei seria o único instrumento hábil para instituir os

6 Houve muita dificuldade de se coletar material para a elaboração desse estudo devido ao pequeno número de títulos editados que diziam respeito a essa matéria e raras reedições de obras já consagradas. A maioria dos textos está em obras coletivas de matérias diversificadas organizadas pelos próprios advogados públicos. Foi de muita valia os esforços do colega Advogado da União Jefferson Guedes em catalogar as obras no trabalho: Bibliografia (provisória) sobre Advocacia de Estado, Advocacia Pública, orientação legal e defesa do Estado. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=148504&id_site=1105&aberto=&fechado=>. Acesso em: 11/04/2011.

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 558.258/SP. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, PRIMEIRA TURMA, DJe 18/03/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11/04/2011.

tetos remuneratórios da Administração Pública. Com o advento da Emenda Constitucional nº 19/1998, a nova redação dada a esse dispositivo estabeleceu como limite das remunerações pagas pelos entes da República o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Pela atividade do constituinte derivado, o referido comando foi novamente alterado pela Emenda Constitucional nº 41/2003. A redação vigente do art. 37, IX da Constituição da República ficou vazada nos seguintes termos:

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como li-mite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o *sub-sídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos*; (original não grifado)

Na análise desse inciso, em busca de uma razão que justificasse a distinção quanto ao teto remuneratório de alguns agentes públicos (como os procuradores), o Ministro Ricardo Lewandowski (relator) asseverou que motivo dessa diferenciação se funda na natureza de tais carreiras: funções essenciais à justiça. Adiante, observa que o constituinte faz um tratamento isonômico de tais carreiras. Certamente, o Legislador Constitucional observou, ao estabelecer o mesmo teto remuneratório e incluí-las no mesmo capítulo⁸, que tais funções são igualmente essenciais à justiça. Esse vocábulo não pode ser confundido com o Poder Judiciário, deve ser entendido como a busca em atingir a “finalidade última do Estado Democrático de Direito”⁹.

8 TÍTULO IV - Da Organização dos Poderes, CAPÍTULO IV - DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA.

9 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais, *Revista de Direito da Procuradoria do Estado de São Paulo*, n. 36, dez. 1991.

Diante do idêntico tratamento remuneratório, observa-se “a inexistência de hierarquia entre as funções essenciais à justiça, gozando todas elas do mesmo *status* constitucional, dada à igual importância conferida à defesa dos interesses”¹⁰ defendidos por cada uma. Há na doutrina quem ainda vai mais longe e sustenta, inclusive, que não só as funções essenciais à justiça, mas “as carreiras jurídicas (e os respectivos cargos), a teor do art. 135 da CF 188, para os efeitos da paridade e da isonomia de vencimentos, são declaradas assemelhadas.”¹¹ Essa realidade que se poderia pensar utópica e desarrazoada é experimentada, por exemplo, na Itália¹² (um país de respeitável tradição jurídica).

Todavia a Corte Excelsa, no julgamento em estudo, rechaça qualquer entendimento no sentido de equiparação de vencimentos de qualquer das carreiras jurídicas¹³, inclusive entre os procuradores autárquicos e procuradores do estado. Por força de argumento, foi trazido o precedente da ADI 1.434-MC¹⁴, em que se concedeu medida cautelar para suspender dispositivos que concediam equiparação salarial. Alegou-se que tal medida é vedada pelo art. 37, XIII da Carta Magna.

Seguindo o julgamento, o Supremo Tribunal Federal, na esteira de vastos precedentes, sedimentou que a estipulação de subtetos remuneratórios é possível para carreiras diversas. Contudo, tal intento deve ser veiculado por lei formal. Como argumento, foi analisada a primeira redação do art. 37, XI da Carta da República que previa a instituição de limites máximos de remuneração de servidores públicos com reserva de lei em sentido estrito. No caso em comento, o Governador do Estado de São Paulo editou o Decreto nº 48.407/2004 para estipulação de subteto, o que deveria ter feito por lei. Todavia a Corte Constitucional se furtou de apreciar demais argumentos que foram mencionados no decorrer do julgamento. Infelizmente, a Ministra Cármen Lúcia (ex-

10 CARPES, Marcus Ronald. Advocacia da União e Estado de Justiça. In: GUEDES, Jefferson Carús e SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antônio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, p. 219, 2009.

11 SESTA, Mário Bernardo. Isonomia remuneratória das carreiras jurídicas. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 20, n. 48, p. 14, 1993.

12 BORGES, Julio César Melo. O martírio da Advocacia-Geral da União. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1526, 5 set. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10368>>. Acesso em: 11 abr. 2011

13 Apesar de não ter sido esse o objeto da demanda.

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1434 MC/SP. Min. CELSO DE MELLO, TRIBUNAL PLENO, DJ 22/11/1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11/04/2011.

procuradora do estado de Minas Gerais)¹⁵, mesmo tendo atuado como advogada pública, em seu voto-vista, cingiu-se a analisar a validade da estipulação do limite remuneratório dos procuradores autárquicos somente do ponto de vista formal. A julgadora poderia ter dado uma maior contribuição para a Advocacia Pública, de onde é egressa, mas deixou escapar essa relevante oportunidade. A seguir, se analisará os demais temas que foram suscitados no julgamento em análise.

2 PROCURADORES AUTÁRQUICOS COMO INTEGRANTES DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

Outra questão debatida no julgado diz respeito à pertença dos procuradores da Administração Indireta às funções essenciais à justiça. A Constituição da República é expressa ao falar que a AGU “é a instituição que, diretamente ou *através de órgão vinculado*, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo”¹⁶ (Art. 131). No plano estadual, a Carta Magna assevera que os “*Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas*”¹⁷ (Art. 132).

A União é pessoa política distinta das demais pessoas jurídicas por ela criadas. As unidades federadas também não se confundem com os respectivos órgãos da Administração Indireta. A técnica utilizada pelo Estado de transferir a outras pessoas jurídicas suas atribuições dá-se o nome de descentralização. No âmbito federal, por exemplo, observa-se que União criou o Instituto Nacional do Seguro Social para gerir os benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Em certas situações como no caso transcrito, tais pessoas jurídicas devem seguir o regime dos mesmos entes que as criaram: o regime jurídico administrativo e personalidade de direito público.¹⁸ Inclusive, Diogo de Figueiredo Moreira Neto questiona a inclusão das autarquias dentro do

15 Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoComposicaoPlenariaApresentacao/anexo/cv_carmen_lucia_2009nov04.pdf

16 Original não negrito.

17 Original não evidenciado.

18 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. rev., ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 509, 2010.

conceito de administração indireta feita pelo Decreto-Lei nº 200/1968¹⁹. O renomado administrativista defende que as entidades de natureza autárquica são “entidades estatais que atuam com outorga legislativa, portanto, por direito próprio e não por delegação”²⁰.

Tomando uma interpretação fria da norma instituidora da República não se poderia considerar que as procuraturas das autarquias e fundações pertencem às funções essenciais à justiça. Todavia, essa não pode ser a exegese que se deve dar à questão. As autarquias são pessoas de direito público que gozando das mesmas prerrogativas das pessoas que as criaram²¹. Assim, pode se afirmar que os procuradores desses entes estatais também devem seguir o mesmo regime dos advogados das pessoas políticas que os criaram. Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que a inclusão dos procuradores autárquicos nas funções essenciais à justiça se deu “implicitamente”²².

No caso em análise, o relator do acórdão citou doutrina que corrobora a questão de que no termo “procurador” estão incluídos os causídicos das pessoas de direito público, aplicando-lhes o mesmo regime, inclusive remuneratório, dos procuradores do estado²³. A ilustre professora Fides Angélica²⁴ nesse diapasão assevera que:

Quando se fala em *defesa do Estado*, há que se esclarecer que Estado tem, nesse caso, sentido bem amplo, para, em modelo federativo como o nosso, *abranger as pessoas políticas*, bem assim, alguns órgãos em situações de, não personalizados, estarem em Juízo, e, ainda, *as pessoas públicas de natureza administrativa, quais as autarquias e as fundações de direito público*. A conotação que se dá a Estado, em geral, e que ora será dado, em particular no âmbito desta exposição, é a de interesses públicos indisponíveis, geridos por pessoas de natureza pública, submetidas a regime jurídico de direito público. (grifo nosso).

19 Não se falará nesse trabalho especificamente sobre as fundações públicas, posto que o STF asseverou no julgado RE 215741 / SE que fundação de direito público é espécie do gênero autarquia.

20 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. – Rio de Janeiro: Ed. Forense, p. 273, 2009.

21 *Ibidem*, pág. 286.

22 *Ibidem*, pág. 31.

23 BLOES, Antonio Carlos. Advocacia Pública do Estado de São Paulo. Procurador de Estado e Procurador de autarquia. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1596, 14 nov. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10650>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

24 OMMATI, Fides Angélica. Advocacia pública - algumas reflexões. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://www.meujus.com.br/revista/texto/2111>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

Ricardo Antônio Lucas Camargo endossa essa idéia ao afirmar que a qualificação de uma atividade como Advocacia Pública se deve ao título em que é exercida, independente da pessoa jurídica a que é vinculada²⁵. Assevera ainda que tal regime jurídico não é aplicável “ao corpo jurídico das entidades da Administração indireta nas quais se imponha a adoção do regime próprio da iniciativa privada”²⁶.

Recente trabalho publicado na revista da AGU observa que o regime constitucional aplicável aos advogados das empresas públicas e sociedades de economia mista é o do art. 173 da Carta da República (próprio das pessoas que exploram diretamente atividade econômica)²⁷. Sendo assim, ainda que houvesse dúvida quanto ao regime jurídico aplicável aos procuradores das autarquias, não se pode querer enquadrá-los no regime dos advogados empregados dos demais entes da administração indireta²⁸.

Outros autores²⁹ reconhecem que as procuradorias das autarquias são funções essenciais à justiça por expressa determinação do texto constitucional quando se afirma que “A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou *através de órgão vinculado*, representa a União[...]”. Como esse é o modelo no plano federal, essa mesma norma, por simetria, se aplicaria aos procuradores autárquicos no plano estadual.

Parte da doutrina ainda assinala que as procuradorias autárquicas não estão previstas no texto constitucional por expressa determinação do constituinte originário. Roberto Luís Luchi Demo observa que no projeto do Relator, de setembro de 1987, previa-se que os Procuradores ou advogados das autarquias federais passariam a integrar, em caráter efetivo, a carreira de Procurador da União. Todavia, esse preceito, foi rejeitado

25 CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Advocacia Pública mito e realidade*. São Paulo: Memória Jurídica, p. 83, 2005.

26 *Ibidem*, p. 83.

27 GONÇALVES JÚNIOR, Paulo Roberto. *Do regime jurídico do advogado empregado da administração pública no estado democrático de direito*: uma interpretação constitucional à partir do princípio da igualdade. In: GUEDES, Jefferson Carús e NEIVA, Juliana Sahione Mayrink (Coord.). Publicações da escola da AGU: pós-graduação em direito publico – UNB. Brasília: Advocacia-Geral da União, p. 300 e 301, 2010.

28 CAMARGO, op. cit. p. 94

29 FREITAS, Marcelo de Siqueria. *A Procuradoria-Geral Federal e a defesa das políticas e dos interesses públicos a cargo da Administração indireta*. In: GUEDES, Jefferson Carús e SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antônio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, p. 536, 2009.

ainda na Comissão de Sistematização³⁰. Esse mesmo autor assinala que a Constituição Federal não proíbe que lei crie um único órgão para unificar os serviços jurídicos da administração direta e das respectivas autarquias³¹. Se a unificação, em tese, é possível (como ocorre em alguns estados da federação³²); observa-se que esse é mais um argumento para se afirmar que o regime aplicável a tais órgãos jurídicos é semelhante; posto que não se pode agregar em uma mesma carreira funções muito distintas.

Dessa forma, conclui-se que o regime jurídico aplicável aos procuradores autárquicos é o mesmo dos órgãos jurídicos da administração direta. Tais advogados também desempenham função essencial à justiça.

3 A AUTONOMIA DA ADVOCACIA PÚBLICA E A INDEPENDÊNCIA DE SEUS MEMBROS

Apesar de não ter sido acompanhado pelos demais ministros e não constar na ementa do julgado, o Ministro Dias Toffoli fez uma afirmação ainda tem pouco eco nos tribunais. Tal frase, pela sua força ideológica em prol da advocacia pública, merece ser esquadrinhada. O citado julgador assinalou que: “[...] tanto o Ministério Público, quanto a Advocacia Pública³³, quanto a Defensoria Pública são instituições que não integram nenhum dos três poderes.” O argumento utilizado pelo juiz da Corte Suprema se funda na localização das disposições referentes à advocacia pública. Quis o poder constituinte originário colocar os artigos afetos a essa categoria de advogados fora dos capítulos reservados ao Legislativo, Executivo e Judiciário.

Esse dado informado pelo Ministro Dias Toffoli é bastante relevante para entender a vontade do constituinte. Em 1969, o poder constituinte reformador tratou do Ministério Público numa seção do capítulo “Do Poder Executivo”. À época, os procuradores da república acumulavam as atribuições de defesa da sociedade e do estado. Na Carta Republicana de 1988, o poder constituinte desmembrou essas duas funções e tratou ambas em um capítulo à parte. Ora, se era para vincular a Advocacia Pública ao Executivo, porque não tratou desse mister dentro do capítulo do referido poder? Diante dessa situação, traz-se

30 DEMO, Roberto Luís Luchi. *Advocacia Pública. Revista da Procuradoria Federal Especializada – INSS*. Brasília : MPS : INSS, 2003. Vol. 9, no. 3 (Out./Dez. 2002) p. 37.

31 *Ibidem*, p. 38.

32 Só a título de exemplo, é o que ocorre em Minas Gerais e no Piauí.

33 O Ministro Dias Toffoli, adiante em seu voto, rechaça inclusive a possibilidade de se dizer que procurador é da autarquia.

o brocardo jurídico de que no direito não existem palavras inúteis. Se o poder constituinte quisesse vincular a Advocacia Pública ao Poder Executivo, teria tratado dessa função no mesmo capítulo.

Esse argumento vem sendo defendido pelo professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto há muito tempo^{34 35}. Além disso, o ilustre doutrinador se escora na nomenclatura que foi dada ao capítulo que trata do Ministério Público, da Advocacia Pública e da Defensoria Pública. Como são funções essenciais à justiça, estariam incumbidas de promover esse valor previsto nos objetivos da República³⁶. Mais uma vez, a doutrina desvincula a idéia de Judiciário da palavra “justiça” empregada nessa locução³⁷.

Estranho nessa discussão, é que o Ministério Público (que também pertencente às funções essenciais à justiça) já tem reconhecida sua independência em relação ao Poder Executivo pela maioria da doutrina³⁸; e pouco se fala, nesse aspecto, sobre a Defensoria e Advocacia Públicas. Contudo vale ressaltar que o *parquet* defende os interesses da sociedade, os defensores públicos protegem as ambições dos hipossuficientes, enquanto que o advogado público defende as necessidades estatais³⁹. No seu mister, a advocacia pública não defende os interesses do Poder Executivo, mas um bem maior que se refere ao ente federado a que pertence⁴⁰. Se estaria vinculada ao Poder Executivo, como a AGU defenderia os interesses dos outros poderes da União?

A tentativa de vincular a advocacia pública ao Poder Executivo dá azo alguns desvios jurídicos. O Supremo Tribunal Federal teve que esgarçar o tecido constitucional para dar a alguns órgãos capacidade postulatória para a defesa de sua autonomia e independência frente

34 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais a justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v.29, nº 116, p. 79-102, out./dez. de 1992, p. 81.

35 Em que pese a existência de autores, em número cada vez mais reduzido, que defendem a vinculação Advocacia Pública e Defensoria Pública ao Poder Executivo. In: CAMARGO, op. cit. p. 94.

36 MOREIRA NETO, op. cit., p. 80.

37 Durante o julgamento, o relator trouxe essa idéia e foi acompanhado expressamente pelo Ministro Ayres Britto.

38 PAES, José Eduardo Sabo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 40 n. 159 jul./set. 2003, p. 211.

39 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 15. ed. – Rio de Janeiro: Forense, p. 31, 2009.

40 GUEDES, Jefferson Carús e HAUSCHILD, Mauro Luciano (Coord.). *Nos limites da história: a construção da Advocacia-Geral da União*: livro comemorativo aos 15 anos – Brasília: UNIP: UNAFE, p. 85, 2009.

aos demais Poderes⁴¹. No plano federal, essa pretensão poderia ser defendida pela AGU, que é incumbida de representar judicialmente o ente federativo (todos os seus órgãos e poderes). Se a advocacia pública não fosse vinculada, por força de lei, ao Executivo; certamente não precisaria o STF fazer um esforço exegético para conceder esse atributo processual não ofertado expressamente pela Constituição Federal vigente.

A independência da instituição, até aqui defendida, reforçaria a autonomia técnica que o advogado público deve conservar ao realizar suas atribuições constitucionais. A doutrina adverte que o advogado público conserva as prerrogativas inerentes à atividade advocatícia⁴². Há quem ainda agregue outros direitos: como inamovibilidade, distribuição de trabalho segundo critérios equitativos e objetivos e a objeção de consciência⁴³. Todas essas prerrogativas consistiriam em garantias não só para os advogados públicos, mas também para os administrados⁴⁴.

Nesse diapasão, o Ministro Dias Toffoli ainda afirma que o único órgão da AGU que integra o Poder Executivo é o Advogado-Geral da União. Asseverou ainda que apesar da presença física dos advogados públicos nos órgãos assessorados e representados judicialmente, com eles não se confundem ou existe relação de pertença. Observa-se que é importante o estabelecimento de uma parceria e não de hierarquia entre a AGU (no plano federal) e o Poder Executivo para o êxito das atribuições constitucionais de ambos⁴⁵. Sem prerrogativas, o advogado público corre sérios riscos de ser cooptado⁴⁶ e transformado

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1557 MC / DF. Min. OCTAVIO GALLOTTI. Tribunal Pleno. DJ 20-06-1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11/04/2011.

42 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito*. In: GUEDES, Jefferson Carús e SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antônio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, p. 46, 2009.

43 SOUZA, Luciane Moessa de. *Autonomia institucional da advocacia pública e funcional de seus membros: instrumentos necessários para a concretização do Estado Democrático de Direito*. In: GUEDES, Jefferson Carús e SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antônio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 115.

44 FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FARIA, Ana Paula Andrade Borges de. *A independência e a autonomia funcional do Procurador do Estado*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2527>>. Acesso em: 11 abr. 2011.

45 KIRSH, César do Valle. *Advocacia-Geral da União e Poder Executivo: parceria indispensável para o sucesso das políticas públicas*. *Revista de Direito da Associação dos procuradores do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro*. V. 16, 2006

46 Apesar de não querer acreditar nessa realidade, é possível que com os advogados ocorram o que já se observou nas agências reguladoras: “o risco da captura”. IN: VIOLIN, Tarso Cabral. *Aspectos gerais*

em capanga jurídico ou rábula bajulador daqueles a quem deveria fiscalizar o cumprimento da legalidade⁴⁷.

4 CONCLUSÃO

A jurisprudência pátria segue cada vez mais na trilha de colmatar o arcabouço constitucional afeto à advocacia pública. Na mesma senda do julgamento estudado, os tribunais vêm reconhecendo similitudes no tratamento e regime jurídico afetos às funções essenciais à justiça. No caso em exame, se reafirmou que o Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia Pública têm o mesmo teto remuneratório. Se o Executivo pretender criar subtetos de remuneração, deverá fazê-lo por meio de lei formal na esteira da jurisprudência remansosa da Corte Constitucional.

O Supremo Tribunal Federal, na ementa esquadrihada, também entendeu que a expressão "procurador" engloba os advogados públicos da administração direta e das autarquias, e que lhes é aplicável o mesmo regime jurídico constitucional. Nessa trilha, a Corte Suprema assentou ainda que os procuradores autárquicos, assim como os procuradores dos entes federativos, também exercem função essencial à justiça.

Em que pese não ter sido decidido no caso julgado, já se observa uma voz ainda solitária no Supremo Tribunal Federal que defende a desvinculação hierárquica entre a AGU e o Poder Executivo. Talvez esse seja um prenúncio de uma maior independência da Advocacia Pública, prerrogativa necessária para o fiel desempenho de suas funções constitucionais. A crescente bibliografia sobre o regime jurídico da Advocacia de Estado certamente terá papel fundamental para demonstrar a importância de uma instituição forte em defesa dos interesses da República. O que se pode antever é que a AGU (no plano federal) se aproximará cada vez mais do prestígio e prerrogativas atingidas pela função essencial à justiça mais antiga (o Ministério Público), obtendo tratamento não idêntico, mas semelhante naquilo que, por sua natureza, for aplicável.

das agências reguladoras no direito brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 844, 25 out. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7423>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

47 MOURÃO, Carlos Figueiredo. *A advocacia pública como instituição de controle interno da Administração*. In: GUEDES, Jefferson Carús e SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antônio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, p. 129 a 137, 2009.

REFERÊNCIAS

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23 ed. rev., ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.
- BORGES, Julio César Melo. O martírio da Advocacia-Geral da União. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1526, 5 set. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10368>>. Acesso em: 11 abr. 2011.
- CAMARGO, Ricardo Antônio. *Lucas. Advocacia Pública mito e realidade*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005.
- DEMO, Roberto Luís Luchi. Advocacia Pública. *Revista da Procuradoria Federal Especializada – INSS*. Brasília : MPS : INSS, 2003. Vol. 9, no. 3 (Out./Dez. 2002).
- FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FARIA, Ana Paula Andrade Borges de. A independência e a autonomia funcional do Procurador do Estado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2527>>. Acesso em: 11 abr. 2011.
- GUEDES, Jefferson Carús e SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antônio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009
- GUEDES, Jefferson Carús e HAUSCHILD, Mauro Luciano (Coord.). *Nos limites da história: a construção da Advocacia-Geral da União: livro comemorativo aos 15 anos* - Brasília: UNIP: UNAFE, 2009.
- KIRSH, César do Valle. *Advocacia-Geral da União e Poder Executivo: parceria indispensável para o sucesso das políticas públicas*. Revista de Direito da Associação dos procuradores do Estado do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro. V. 16, 2006.
- MARINELA, Fernanda e BOLZAN, Fabrício (Org.). *Leituras complementares de Direito Administrativo: Advocacia Pública*. 2. ed - Salvador: Editora Jus Podivum, 2010.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais a justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v.29, nº 116, p. 79-102, out./dez. de 1992.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed. - Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

OMMATI, Fides Angélica. Advocacia pública - algumas reflexões. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://www.meujus.com.br/revista/texto/2111>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

PAES. José Eduardo Sabo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 40 n. 159 jul./set. 2003.

SESTA, Mário Bernardo. Isonomia remuneratória das carreiras jurídicas. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 20, n. 48, p. 14, 1993.

