

REVISTA DA AGU

Colaboradores:

Institucional

- Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

Artigos

- Allan Luiz Oliveira Barros
- Danilo cruz Madeira
- Éder Maurício Pezzi López
- Fábio Campelo conrado de Holanda
- Igor Fonseca Rodrigues
- Lucas dos Santos Pavione
- Luiz eduardo Diniz Araujo
- Marcio Felipe Lacombe da Cunha
- Marcos César Botelho
- Raphael Ramalho Dubeux
- Raimundo Evandro Ximenes Martins
- Renata Elisandra de Araujo
- Thulio Caminhoto Nassa

Parecer

- Rafael Peixoto de Paula Marques

26

REVISTA DA
AGU

ANO IX n° 26 - Brasília-DF, out./dez. 2010

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; Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy ; Clarissa Sampaio Silva; Claudia Aparecida de Souza Trindade; Denise Lucena Cavalcante; Fabiano André de Souza Mendonça; Fernando Netto Boiteux; Francisco Humberto Cunha Filho; José Tadeu Neves Xavier; Luciana Barbosa Musse; Otávio Luiz Rodrigues Junior; Regina Linden Ruaro; Sérgio Augusto Zampol Pavani.

Membros Eletivos: Alexandre Bernardino Costa; André Lopes de Sousa; Carlos José de Souza Guimarães; Cássio Andrade Cavalcante; Clóvis Juarez Kemmerich; Daniela Ferreira Marques; Fábio Campelo Conrado de Holanda; Fábio Guimarães Bensoussan; 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/Niuzza Gomes Barbosa de Lima
ABNT(ADAPTAÇÃO)/Diagramação Niuzza Gomes Barbosa de Lima
Capa Fabiana Marangoni Costa do Amaral

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

Revista da AGU – Advocacia-Geral da União

Ano IX – Número 26 - Brasília-DF, out./dez. 2010

Periodicidade: Trimestral - ISSN 1981-2035

1 – Direito Público – Brasil – periódico. Advocacia-Geral da União

CDD 341.05
CDU 342(05)

SUMÁRIO

Editorial..... 5

INSTITUCIONAL

Extradicação. República Italiana. Julgamento do Supremo Tribunal Federal. Requisitos de Caráter Puramente Subjetivos do Presidente da República
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy 7

ARTIGOS

Linhas Gerais Sobre O Processo Administrativo Previdenciário
Guidelines about administrative proceedings social security
Allan Luiz Oliveira Barros 83

O Papel da Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito
The Role of State Attorneys in the Democratic Rule of Law State
Danilo Cruz Madeira.....105

Aposentadoria especial policial: LC no 51/85 e parâmetros de sua recepção conforme a Constituição e a EC 20/98
Special police retirement: federal complementary law N. 51/85 and parameters of its reception according to the Constitution and the Amendment No. 20/98
Éder Maurício Pezzi López.....143

Interculturalidade e Políticas Públicas: desafios ao constitucionalismo fraternal no caso raposa serra do sol
Interculturality and Public Politics: Challenges to the Fraternal Constitutionalism in the Case Raposa Serra do Sol
Fábio Campelo Conrado de Holanda.....171

Análise Econômica da Conciliação Previdenciária
Economic Analysis of Conciliation Regarding Social Security Disputes
Igor Fonseca Rodrigues185

A Parassubordinação no Direito do Trabalho: perspectivas de uma releitura da subordinação no direito brasileiro
Parasubordination in Labor law: Panorama of a Rereading of the Subordination in the Brazilian law
Lucas dos Santos Pavione203

Substituição Tributária Lateral no Estado de São Paulo
Lateral Tax Substitution in the Brazilian State of São Paulo
Luiz Eduardo Diniz Araujo223

Termo de Ajustamento de Conduta e a Possibilidade de Conciliação na Seara da Improbidade Administrativa <i>Term of Behavior Adjustment and the Possibility of Conciliation on the Licks of Administrative Misconduct</i> Marcio Felipe Lacombe da Cunha	235
A Pessoa com Deficiência no Ordenamento Jurídico Brasileiro <i>The Person With Disability in the Brazilian Legal System</i> Marcos César Botelho	251
O Papel da Advocacia Pública Consultiva no Enfrentamento da Corrupção <i>The Role of Public Legal Advisory in Fighting Corruption</i> Rafael Ramalho Dubeux	273
Ações Autônomas de Impugnação no Juizado Especial Federal Cível <i>Autonomous Actions of Impugment in the Federal Small Claims Civil Courts</i> Raimundo Evandro Ximenes Martins	289
Os principais aspectos da Lei de Improbidade Administrativa <i>The main aspects of the law of administrative improbity</i> Renata Elisandra de Araujo	315
Registro de Preço – Considerações sobre o Instituto e seu Cabimento <i>Log Price - Considerations about the Institute and its place</i> Thulio Caminhoto Nassa	337
PARECER	
Consulta. Pensão por Morte. União Estável. Pessoas do mesmo Sexo. Possibilidade Rafael Peixoto de Paula Marques.....	357

EDITORIAL

A vigésima sexta edição da Revista da AGU traz temas relevantes à área jurídica e de interesse dos membros da Advocacia-Geral da União, tendo em consideração a qualidade dos textos e a pertinência dos assuntos abordados.

Na área institucional da revista, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, Consultor da União, trata do processo relacionado ao pedido de extradição de Cesare Battisti, de suas peculiaridades e desdobramentos, e do modelo extradicional brasileiro, incluindo o Tratado de Extradição Brasil/Itália e seus pormenores.

Nesta edição há também um estudo da recepção da Lei Complementar nº 51/85, em relação ao seu texto original e às emendas subseqüentes, discorrendo sobre os requisitos de aposentadoria do servidor público policial.

Na seção Parecer, o Procurador Federal Rafael Peixoto de Paula Marques analisa um tema extremamente polêmico e complexo, que é a possibilidade de se aceitar a união estável entre pessoas do mesmo sexo para fins de concessão de pensão. Sem dúvida, um assunto cada vez mais presente em nossa sociedade.

Esses artigos e outros mais estão à sua espera. Boa leitura!

Juliana Sahione Mayrink Neiva
Coordenadora-Geral da Escola da AGU

Jefferson Carús Guedes
Diretor da Escola da AGU

**EXTRADIÇÃO. REPÚBLICA ITALIANA.
JULGAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL. REQUISITOS DE CARÁTER
PURAMENTE SUBJETIVOS DO
PRESIDENTE DA REPÚBLICA**

*Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy
Consultor da União*

PARECER Nº AGU/AG-17/2010

PROCESSO Nº 08000.003071/2007-51

INTERESSADO: CESARE BATTISTI

ASSUNTO: Extradicação. República Italiana. Julgamento do Supremo Tribunal Federal. Requisitos de caráter puramente subjetivos do Presidente da República.

EMENTA: Extradicação 1.085- República Italiana. Supremo Tribunal Federal. Margem de discricionariedade do Presidente. Aplicação do tratado. Ponderáveis razões para suposição de que o extraditando poderia ser submetido a atos de discriminação, por motivo de situação pessoal.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO DE ESTADO
CHEFE DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO,**

1. Vossa Excelência encaminhou para análise, avaliação e investigação cópia do Processo nº 080000.003071/2007-51, de interesse do cidadão italiano Cesare Battisti. Há pedido de extradicação, por parte da República Italiana, matéria apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião da Extradicação nº 1.085. Cuida-se de assunto que se desdobra de mera questão de interesse particular do extraditando para referenciais de tratado internacional. No núcleo do desate do problema há margem de discricionariedade que o Presidente da República detém, no sentido da própria interpretação do tratado.

2. A presente manifestação principia por colocar objetivamente os contornos do problema. Segue com investigação a propósito do requerimento de extradicação encaminhado pelas autoridades italianas. Procura-se esquadriñar o conteúdo do decidido pelo Supremo Tribunal Federal no contexto da Extradicação nº 1085. Reproduz-se o tratado de extradicação firmado entre Brasil e Itália. Indicam-se peculiaridades, características, posições e divergências que se desdobram no aqui estudado Caso Battisti. Conclui-se que há ponderáveis razões para se supor que o extraditando possa ser submetido a agravamento de sua situação pessoal. E que, se plausível a premissa, deve-se aplicar o tratado, no sentido de se negar a extradicação, insista-se, por força de disposição do próprio tratado, que confere discricionariedade, ao Presidente da República, nos termos do já referido tratado.

1) INTRODUÇÃO E CONTORNOS DO PROBLEMA

3. O problema se insere no quadro geral de competências do Presidente da República, matizado em termos constitucionais e, no caso, temperado pelos contornos do Tratado de Extradicação que Brasil e Itália firmaram. Há discricionariedade, como consequência da aplicação do tratado, que conta com regra específica neste sentido. Preocupações para com eventual agravamento a ser sofrido pelo interessado, bem como o contexto que o espera, conformam-se nos dois planos interpretativos que a questão propõe.

4. Ao que parece, é da tradição de nosso direito dos tratados a fixação de cláusulas que conferem discricionariedade ao Chefe do Poder Executivo. Por exemplo, no tratado de extradicação que pactuamos com a Austrália, há previsão de recusa facultativa.

5. Isto é, pactuamos com a Austrália que a extradicação possa ser recusada quando, em circunstâncias excepcionais, a parte requerida, embora levando também em conta a gravidade do crime e os interesses da parte requerente, decidir que, devido às circunstâncias pessoais de pessoa reclamada, a extradicação seria incompatível com considerações humanitárias.

6. No tratado de extradicação que assinamos com a Coreia há disposição relativa a recusa de extradicação, do mesmo modo como pactuado com a Austrália, também, quando, em casos excepcionais, a parte requerida, embora levando em consideração a gravidade do crime e os interesses da parte requerente, julgar, em função das condições pessoais da pessoa procurada, que a extradicação seria incompatível com considerações humanitárias. No tratado de extradicação firmado com a Espanha tem-se, por exemplo, que a entrega da pessoa reclamada ficará adiada, em prejuízo da efetividade da extradicação quando circunstâncias excepcionais de caráter pessoal e suficientemente sérias a tornarem incompatível com razões humanitárias.

7. De modo muito parecido, no tratado firmado com a França, explicitou-se que o tratado não possa se constituir obstáculo a que um dos dois Estados recuse a extradicação por considerações humanitárias, quando a entrega da pessoa reclamada for suscetível de ter para ela consequências de excepcional gravidade, especialmente em razão da sua idade ou do seu estado de saúde.

8. Com Portugal firmamos que a parte requerida poderá sugerir à parte requerente que retire o seu pedido de extradicação, tendo em atenção

razões humanitárias que digam nomeadamente respeito à idade, saúde, ou outras circunstâncias particulares da pessoa reclamada.

9. Em todas estas circunstâncias é certa subjetividade do representante da parte requerida quem vai alcançar e definir conceitos vagos, amplos, a exemplo de *razões humanitárias, excepcional gravidade, estado de saúde, circunstâncias particulares, condições pessoais da pessoa reclamada*, entre outros. No caso presente, é este justamente o ponto que fixará uma linha de ação razoável e equilibrada. De fato, e para a Ministra Cármen Lúcia, [...] *a competência, a atribuição constitucional para decidir sobre a entrega, em última instância, é do Presidente da República, cumpridas não apenas as leis, mas também o tratado, aplicado especificamente às peculiaridades do caso*¹.

10. Ao longo das razões que seguem evidencia-se certa apreensão para com eventual tratamento a ser enfrentado pelo extraditando. Pelo que se apreende de acompanhamento da imprensa, pode haver motivos que justificariam pelo menos a mais absoluta cautela, no caso de eventual entrega do indivíduo reclamado pelas autoridades italianas. Isto é, há fundadas razões para suposição de que o extraditando possa ter agravada sua situação pessoal. E tal suposição não sugere, e nem suscita, e nem cogita, de qualquer ato de hostilidade para com as autoridades do Estado-requerente.

11. A questão exige que se proteja, do modo mais superlativo possível, a integridade de pessoa eventualmente exposta a perigo, em ambiente supostamente hostil. Há pano de fundo que se relaciona com pensamento criminológico humanitário, especialmente no sentido de que o direito penal consista também num conjunto de restrições que representa custo que deve ser justificado². Não se pode negar o clamor que o problema provoca, interna e externamente. Tem-se questão que divide opiniões, que remete o intérprete a inúmeras dúvidas.

II) O PEDIDO DE EXTRADIÇÃO DE CESARE BATTISTI

12. Do ponto de vista procedimental a questão decorre de *Nota Verbal* distribuída pela Embaixada da Itália junto ao Itamaraty em 21 de fevereiro de 2007. Com base no art. 13 do Tratado de Extradicação que assinamos com a requerente, esta solicitou a prisão preventiva, para

1 STF, Ext-1085, Ministra Cármen Lúcia, fls. 544.

2 Cf. Luigi Ferrajoli. *Direito e Razão- Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: RT, 2006, p. 195. Tradução de Ana Paulo Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luis Flávio Gomes.

fins de extradição, de Cesare Battisti, nascido em Cisterna di Latina, na Itália, em 18 de dezembro de 1954. Lê-se na aludida *nota verbal* que o extraditando era exigido pela justiça italiana, por força dos seguintes fatos, tais como narrados pelo Estado solicitante, verbalmente:

a) *Sentença de condenação com pena restritiva de liberdade pessoal emitida em 16/2/1990 pela Corte de Asise de Apelação de Milão, irrevogável a partir de 8/4/1991 pelos homicídios de Antonio Santoro, Lino Sabbadin e Andréa Campagna e outros crimes;*

b) *Sentença de condenação com pena restritiva da liberdade pessoal emitida pela Corte de Asise de Apelação de Milão, irrevogável a partir de 10/4/1993 pelo homicídio de Fierlugi Torregiani;*

13. Informou-se também que há *condenação a pena de prisão perpétua com a agravante de isolamento diurno por seis meses*, ordem emitida pela Procuradoria-Geral da República de Milão, em 29 de abril de 1997. Indica-se na referida *Nota* que seguiria requerimento formal de extradição. O pedido é instruído por outro documento produzido pelo Ministério da Justiça na Itália, que, em desfavor do extraditando descreve os fatos, nomeadamente, no sentido de que Cesare Battisti:

- a) Matou, com auxílio de outras pessoas, Antonio Santoro, marechal dos agentes penitenciários, da prisão de Udine, fato ocorrido em Udine, em 06.06.1978;
- b) Matou, com auxílio de outras pessoas, Lino Sabbadin, comerciante, fato ocorrido em Mestre (VE), em 16.02.1979;
- c) Matou, com auxílio de outras pessoas, Pierluigi Torregiani, comerciante, fato ocorrido em Milão, em 16.02.1979;
- d) Matou, com auxílio de outras pessoas, Andrea Campagna, agente da Polícia de Estado, fato ocorrido em Milão, em 19.04.1979.

14. Em 28 de fevereiro de 2007 o então Ministro de Estado da Justiça, Márcio Thomaz Bastos, encaminhou o Aviso nº 0445/MJ, endereçado à Ministra Ellen Gracie, do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de documento relativo à extradição de Cesare Battisti, especialmente confeccionado para os efeitos do art. 82 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, bem como do art. 13 do Tratado de Extradição firmado entre

Brasil e Itália em 17 de outubro de 1980, promulgado pelo Decreto nº 863, de 9 de julho de 1993.

15. Em 1º de março de 2007 o Ministro Celso de Mello, relator do processo de prisão preventiva de extraditando, tombado sob número 581, assinou mandado de prisão. Da ordem comunicou-se o Ministro da Justiça, por meio do Ofício nº 718/R. Expediu-se mandado de recolhimento compulsório. Nos autos do processo de prisão preventiva para extradição nº 581-4, o Ministro Celso de Mello, despachou da forma como segue:

DECISÃO: O Governo da República Italiana, mediante Nota Verbal regularmente apresentada por sua Missão Diplomática ao Governo brasileiro (fls. 04), requer a decretação da prisão preventiva, para efeitos extradicionais, de Cesare Battisti, condenado, definitivamente, naquele País, pela Corte de Apelações de Milão, à pena de prisão perpétua, com isolamento diurno inicial por seis meses (sentenças datadas de 08/04/1991 e de 10/04/1993), pela prática de delitos de homicídio (fls. 04). O suporte jurídico desse pedido de prisão preventiva repousa em tratado bilateral de extradição, celebrado, pelo Brasil e pela República Italiana, em 1989, e incorporado, ao nosso sistema de direito positivo interno, desde a sua promulgação pelo Decreto nº 863/93. Esse Tratado de Extradição autoriza, nos casos de urgência, que qualquer das Altas Partes Contratantes solicite, por meio do seu agente diplomático, a decretação da prisão preventiva da pessoa reclamada (Artigo XIII, n. 1). Os fatos delituosos pelos quais o súdito italiano em questão foi condenado satisfazem a exigência imposta pelo postulado da dupla tipicidade. Assinalo, no entanto, considerada a natureza da pena imposta a esse nacional italiano (prisão perpétua), que a jurisprudência hoje prevalecente no Supremo Tribunal Federal orienta-se em sentido assim exposto em decisão emanada do Plenário desta Corte Suprema: “[...] EXTRADIÇÃO E PRISÃO PERPÉTUA: NECESSIDADE DE PRÉVIA COMUTAÇÃO, EM PENA TEMPORÁRIA (MÁXIMO DE 30 ANOS), DA PENA DE PRISÃO PERPÉTUA - REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM OBEDIÊNCIA À DECLARAÇÃO CONSTITUCIONAL DE DIREITOS (CF, ART. 5º, XLVII, ‘b’). - A extradição somente será deferida pelo Supremo Tribunal Federal, tratando-se de fatos delituosos puníveis com prisão perpétua, se o Estado requerente assumir, formalmente, quanto a ela, perante o Governo brasileiro, o compromisso de

comutá-la em pena não superior à duração máxima admitida na lei penal do Brasil (CP, art. 75), eis que os pedidos extradicionais - considerado o que dispõe o art. 5º, XLVII, 'b' da Constituição da República, que veda as sanções penais de caráter perpétuo - estão necessariamente sujeitos à autoridade hierárquico-normativa da Lei Fundamental brasileira. Doutrina. Novo entendimento derivado da revisão, pelo Supremo Tribunal Federal, de sua jurisprudência em tema de extradição passiva." (Ext 855/República do Chile, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno, "in" Informativo/STF nº 358, de 1º/09/2004) Os ilícitos penais em causa, de outro lado, não parecem incidir nas restrições, que, estabelecidas pela lei brasileira (Lei nº 6.815/80, art. 77) e pelo tratado bilateral existente entre o Brasil e a República Italiana (Artigo III), impediriam, acaso ocorrentes, a efetivação da própria entrega extradiciona. Sendo assim, decreto a prisão preventiva de Cesare Battisti (fls. 04) e determino a expedição do respectivo mandado de prisão. A execução dessa ordem judicial, tão logo efetuada, deverá ser comunicada a esta Suprema Corte.

2. Comunique-se o teor deste ato decisório, com o encaminhamento da cópia respectiva, ao Senhor Ministro da Justiça, para efeito de cientificação formal da Missão Diplomática da República Italiana.
3. A presente decisão somente deverá ser publicada, depois de efetivada a prisão do súdito estrangeiro ora reclamado. Brasília, 1º de março de 2007.

16. Deve-se se insistir no fato de que o Ministro Celso de Mello chamou a atenção para a natureza da pena imposta, i.e., a pena de prisão perpétua. O Ministro relator lembrou que a jurisprudência do STF é no sentido de que não se defira a extradição em hipótese de pena de prisão perpétua, a menos que haja compromisso irretratável e efetivo de se comutar a penalidade, por pena de prisão que não seja superior a 30 anos, como previsto no modelo brasileiro.

17. Em 18 de março de 2007 a Polícia Federal cumpriu a ordem do Ministro Celso de Mello, prendendo Cesare Battisti no Rio de Janeiro. Em seguida o extraditando foi transferido para a carceragem da Superintendência da Polícia Federal em Brasília. Informou-se a Embaixada da Itália do cumprimento da ordem de prisão. Abriu-se prazo para que o pedido formal de extradição fosse protocolado pelas autoridades italianas.

18. Em 28 de março de 2007 por intermédio do Aviso nº 612-MJ o então Ministro de Estado da Justiça, Tarso Genro, comunicou ao

Ministro Celso de Mello da prisão preventiva efetivada, para fins de extradição, em desfavor de Cesare Battisti. Este último ficaria à disposição do STF. O Ministro da Justiça observava também que corria prazo para o recebimento do pedido formal de extradição.

19. Juntou-se no processo administrativo carta dirigida ao Presidente Luis Inácio Lula da Silva, assinada por Elizabeth Silveira e Silva, Presidente do Grupo Tortura Nunca Mais/RJ, em favor de Cesare Battisti. Há também juntada de carta de um cidadão de nome Antonio Battisti, então vereador na cidade de São José em Santa Catarina, também protestando para que se indeferisse extradição de Battisti.

20. Em 24 de abril de 2007 a Embaixada da Itália em Brasília apresentou nota verbal, na qual se assegurou, objetiva e explicitamente que:

O Governo da República Italiana assegura que, caso Cesare Battisti seja entregue para as autoridades italianas, não lhe serão aplicadas sentenças de condenação para as quais a extradição não foi requerida, de acordo com a decisão adota pelas Autoridades judiciárias brasileiras³.

21. Há também juntada de documento por parte das autoridades italianas, expondo os fatos criminais imputáveis a Cesare Battisti. As descrições são exuberantes em pormenor, e seguem, para esclarecimento, especialmente no que se refere às nítidas deficiências da tradução:

N.1982.20.150 Registro Extradicações

Objeto: exposição dos fatos criminais imputáveis à CESARE BATTISTI nascido em 18.12.1954 em Cisterna de Latina.

CESARE BATTISTI foi condenado com sentença em data 31.3.1993 pela Corte de Assise de Apelo de Milão, com adiamento da Corte di Cassazione, em seguida ao anulamento parcial da sentença Corte Assise de Apelo de Milão em data 16.2.1990, que confirmou a sentença da Corte Assise de Milão em data 13.12.1988, à prisão perpétua com isolamento diurno por seis meses em ordem aos seguintes fatos:

Homicídio de ANTONIO SANTORO, marechal dos agentes de custódia do cárcere de Udine, acontecido em Udine em 6.6.1978.

3 Processo Administrativo nº 080000.003071/2007-51, fls. 50.

Na manhã de 6.6.1978 o marechal Santoro percorre à pé a rua Spalato em Udine para recar-se da sua casa ao trabalho, isto é, ao cárcere.

Um jovem rapaz, que, finge estar namorando com uma moça dos cabelos ruivos, o espera no cruzamento entre aquela rua e via Albona e dispara dois tiros de pistola nas suas costas e o mata.

Depois do tiroteio entra num carro branco onde se encontram outros dois jovens de sexo masculino, que se distanciam a forte velocidade em direção à via Pola.

Duas testemunhas retêm de poder identificar o modelo do carro: um Simca 1300 ou um Fiat 124.

Lá pelas 13.00 horas do mesmo dia, uma patrulha dos carabinieri encontra abandonada em via Goito um carro marca Simca 1300 branco, que resulta roubado na noite do dia anterior.

O carro vem encontrado aberto e vem acertado que para fazê-lo funcionar, os ladrões tiveram que estrapar os fios de implante elétrico que eram coligados ao quadro com um grampo de cabelos.

Os investigadores acertaram também que o carro estava estacionado no lugar onde foi achado já das 7:50 horas daquele mesmo dia, e isto é, minutos imediatamente sucessivos ao momento no qual foi consumado o homicídio.

As sucessivas investigações, permeteram de estabelecer que o autor material do homicídio de Santoro, isto é, aquele que tinha disparado nas suas costas os dois tiros de pistola, se identificava no hodierno estradando CESARE BATTISTI, que, entre outras coisas, tinha já ficado preso no cárcere de Udine.

A modalidade exata de tal homicídio foi assim reconstruída: o BATTISTI e Enrica MIGLIORATI, ficaram abraçados por cerca 10 minutos à apenas alguns metros de distância do portão do prédio de Santoro, enquanto Pietro MUTTI e Claudio LAVAZZA, esperavam no carro a chegada da vítima.

BATTISTI se destacou imediatamente da MIGLIORATI, se aproximou correndo de Santoro, e o feriu primeiro com um tiro

nas costas e com outros dois tiros, quase à queima-roupa, quando o marechal era já a terra.

Súbito depois o BATTISTA e a MIGLIORATI correram em direção do Simca 1300 que apenas tinha se posicionado no meio da rua, e assim escaparam todos os quatro.

Chegaram então na avenida principal, trocaram de carro, se disfizeram dos travestimentos (bigode e barba postiça para o BATTISTI, peruca para a MIGLIORATI, peruca preta para o LAVAZZA) e chegaram à estação de Palmanova, onde o BATTISTI desceu, levando consigo a bolsa das armas e das maquiagens.

Foi acertado também que a decisão de matar o Santoro partiu do BATTISTI que conhecia pessoalmente a vítima.

Homicídio de LINO SABBADIN acontecido em Mestre em 16.2.1979

No dia 16.2.1979, lá pelas 16:50 horas, dois indivíduos de sexo masculino, com o rosto descoberto, mas com barba e bigode postiços, entram num açougue dirigido por LINO SABBADIN em Caltana di Santa Maria di Sala perto de Mestre, e um destes, depois de ter-se certificado que aquele homem que era diante dele era o próprio SABBADIN em pessoa, extraiu fulmineamente uma pistola da uma bolsa que trazia consigo, e explodiu contra este dois golpes de pistola, fazendo-o cair pesantemente sobre o estrado atrás do balcão onde naquele momento estava trabalhando; imediatamente depois dispara outros dois tiros sobre o alvo que no mais é já a terra, e tudo com a clara intenção de matar.

Depois disto os dois saem rapidamente da loja e entram num carro guiado por um terceiro cúmplice, que se afasta a forte velocidade em direção do centro habitado de Caltana, para depois prosseguir em direção de Pianga.

O SABBADIN vem carregado agonizante numa ambulância, mas chega morto no Hospital de Mirano.

Ficou acertado que a vítima, no curso de uma rapina que foi feita ao interno do seu negócio em dezembro de 1978, tinha usado uma arma da qual era legítimamente em possesso, ferindo a morte um dos assaltantes.

As investigações estabeleceram que os indivíduos de sexo masculino que entraram na loja do SABBADIN eram CESSARE BATTISTI e DIEGO GIACOMINI, este último tinha aberto fogo com uma pistola semi-automática calibre 7,65 depois de ter perguntado ao comerciante se era ele o SABBADIN e depois de ter recebido uma resposta positiva.

Homicídio de PIERLUIGI TORREGIANI, acontecido em Milão em 16.2.1979

Às 15;00 horas de 16.2.1979, enquanto se dirigia para a sua loja, à pé, em companhia de seus dois filhos menores, PIERLUIGI TORREGIANI cai vítima de uma emboscada.

Dois jovens que o precedem, se giram improvisamente e disparam dois tiros na sua direção: o escudo anti-projétil que trazia consigo, diminuiu o impacto consentindo a sua defesa.

Vem novamente ferido, mas desta vez ao fêmur, e cai a terra. Dispara em direção de seus agressores, mas um projétil atinge o seu filho, ferindo-o gravemente; o joalheiro vem finalmente atingido na cabeça.

Vem transportado ao hospital onde chega morto.

O filho restará paraplégico e será incapaz de caminhar.

Este homicídio foi cometido mais ou menos poucas horas antes daquele de LINO SABBADIN e, o TORREGIANI também, como o SABBADIN, em precedência tinha reagido com arma da fogo à uma rapina ao restaurante Transatlântico de Milão acontecido em 23.1.1979, no curso da qual um dos delinquentes morreu por causa dos tiros não de TORREGIANI, mas de um outro comensal que se encontrava no local.

A decisão de matar o TORREGIANI amadureceu juntamente com aquela de matar o SABBADIN: as duas ações homicidas foram decididas juntamente, executadas quase contemporaneamente e unitariamente reivindicadas.

Para decidirem sobre os dois homicídios foram feitas uma série de reuniões na casa de PIETRO MUTTI e LUIGI BERGAMIN, às quais o BATTISTI sempre participou e, todos foram de

acordo sobre a oportunidade de tais ações criminais. Portanto BATTISTI se assumiu a função de executor material do homicídio de LINO SABBADIN mas teve função decisiva no homicídio TORREGIANI, mesmo se não participou materialmente à execução de tal crime. Ao contrário, súbito depois do homicídio de SABBADIN, BATTISTI procurou, como da precedente acordo, de contactar telefonicamente os autores materiais do homicídio TORREGIANI e, se como não conseguiu localizá-los, fez o telefonema de reivindicação, depois de ter sentido a notícia do assassinato de TORREGIANI pelo rádio.

Além disto, no curso das reuniões acima citadas na casa de MUTTI e de BERGAMIN, BATTISTI reforçou muitas vezes a necessidade da inevitável ação homicida, deixando, na noite de 14.2.1979 a casa de BERGAMIN, onde estavam reunidos alguns tépidos discordantes deste projeto de duplo homicídio, que no mais era já de imediata realização, observando “que a operação à qual estavam trabalhando era já pronta e que teria partido para Pádova no dia seguinte”.

Dito isto se afastou súbito depois.

Se faz presente que Pádova é localizada nas proximidades de Caltana di Santa Maria di Sala onde dois dias depois BATTISTI participou materialmente ao homicídio de LINO SABBADIN.

Em definitivo, o BATTISTI, seja enquanto participante da decisão colegial que diz respeito à ambos homicídios, seja enquanto executor material do homicídio SABBADIN e autor da única reivindicação de ambas ações, foi condenado também por concurso no homicídio TORREGIANI.

Homicídio de ANDREA CAMPAGNA, acontecido em Milão 19.4.1979

Às 14:00 horas do dia 19.4.1979, o agente de Policia de Estado ANDREA CAMPAGNA, membro da DIGOS de Milão, com funções de motorista, depois de ter visitado a namorada junta à qual, como todos os dias, almoçava, se preparava em companhia de seu futuro sogro, para pegar o seu carro estacionado à via Modica, para depois acompanhá-lo na sua loja de sapatos de via Bari.

À este ponto, vinha improvisamente enfrentado por um jovem desconhecido, que, aparecendo de repente detrás de um carro

estacionado ao lado do carro do policial, explodia contra ele, em rápida sucessão 5 tiros de pistola.

LORENZO MANFREDI, pai da namorada do CAMPAGNA, tentava de intervir, mas o atirador lhe apontava a arma que ainda empunhava, apertando por duas vezes o grileto, sem que todavia partissem os tiros.

Súbito depois, o jovem desconhecido fugia em direção à cooperativa de via Modica, onde, em correspondência da curva que ali existe, entrava num carro Fiat 127 dirigido por um cúmplice; tal carro, depois de ter girado á esquerda em via Biella, se afastava em direção de via Ettore Ponti.

O CAMPAGNA vinham imediatamente socorrido, mas morria durante o transporte para o hospital.

Os accertamentos médico-legal dispostos sobre o cadáver do agente assassinado consentiram de esclarecer que a vítima foi atingida por cinco tiros, todos explodidos em rapidíssima sucessão da uma distância muito próxima, quando o CAMPAGNA ainda vivo girava verso o homicida a metade esquerda do corpo.

Como referido pelos familiares, o agente assassinado tinha aparecido de maneira muito nítida no curso de um serviço televisivo em ocasião da prisão de alguns dos autores do homicídio TORREGIANI, havendo o mesmo efetuado o transporte de tais presos da Questura ao cárcere de San Vittore.

A decisão de matar CAMPAGNA foi assumida, como emergiu do prosequimento das investigações, principalmente por BATTISTI, por CLAUDIO LAVAZZA, PIETRO MUTTI e BERGAMIN LUIGI, pois que o CAMPAGNA tinha participado à prisão de alguns presuntos autores do homicídio de TORREGIANI.

A iniciativa mais importante seja na escolha do objetivo, seja na fase successiva de preparação do atentado, foi assumta pelo mesmo BATTISTI, que controlou por um período os movimentos e hábitos do CAMPAGNA.

Além disto foi o próprio BATTISTI que cometeu materialmente o homicídio explodindo cinco tiros na direção do policial, enquanto

uma segunda pessoa o esperava à bordo de um Fiat 127 roubado e utilizado para a fuga.

Posição processual – exercício do direito de defesa

As investigações relativas aos quatro homicídios anteriormente descritos foram feitas pelas secções judiciárias territorialmente competentes; sucessivamente foi celebrado um único processo perante a Magistratura de Milão competente em relação à dois dos homicídios, entre os quais o último.

O BATTISTI sempre esteve foragido e foi réu revel, tendo sido atingido por ordem de captura emitido pela procuradoria de Udine em data 16.4.1982 pelo homicídio de SANTORO, e por mandato de captura emitido em 3.6.1982 pelo juiz instrutor do Tribunal de Milão pelos outros episódios.

Foi ativamente procurado em todo o território nacional em várias operações de polícia, através controles de hotéis, pensões, postos de bloco e controles de fronteiras, que deram êxito negativo.

O Público Ministério junto ao Tribunal de Udine, que tinha aviado primeiramente as investigações em relação ao homicídio SANTORO, em data 20.4.1982, nomeava para o BATTISTI qual defensor de ofício, o advogado ALBERTO PATRONE de Udine; todavia em data 21.5.1982 chegava à Autoridade Judiciária de Udine uma carta firmada por CESARE BATTISTI, expedida da Milão, com a qual o mesmo nomava como seus advogados de confiança os advogados GIUSEPPE PELAZZA E GABRIELE FUGA, do fórum de Milão, relação à todos os procedimento penais em curso contra el.

22. Juntou-se amplo conjunto de disposições do direito italiano. Trata-se de excertos legais em tema de delito tentado, de circunstâncias agravantes comuns, de atenuantes, de concurso formal, de delito continuado, de reincidência, de fixação de pena de morte, de definição de associação subversiva, de instigação ao crime, de definição de bando armado (com as respectivas percepções de formação e de participação), de violência ou ameaça a oficial público (sic), de resistência, de evasão, de associação para delinquir, de homicídio (com as respectivas agravantes), de fixação de prisão perpétua, de sequestro de pessoa, de violação a domicílio, lesão pessoal, violação de domicílio, furto, rapina, extorsão, entre outros. Encaminhou-se também a solução normativa que os italianos aplicam à prescrição penal.

23. Há também documento dando conta do regime penitenciário italiano, no que se refere, especialmente, à liberdade condicional com relação à pena de prisão perpétua. Trata-se, em princípio, da nuance mais substancial em torno da discussão. Assinalo alguns pontos, e copio-os do documento que instrui o processo administrativo de que se cuida, lembrando-se que os grifos são meus:

Em caso de condenação à prisão perpétua, o detento pode ser admitido às primeiras formas de atenuação da detenção com o trabalho fora e com a admissão a frequentar cursos de formação profissional no exterior do instituto penitenciário [...]. *É necessário que tenham sido cumpridos pelo menos 10 anos de pena.*

[...]

Semiliberdade: parte do dia é passada fora. Para os condenados à prisão perpétua, *pode ser concedido depois de 20 anos de detenção*, que se reduzem a 15, por efeito da liberação antecipada (desconto de 25 dias cada semestre: portanto, 3 meses ao ano).

[...]

Liberação antecipada: consiste num desconto de pena reconhecido aos detentos que demonstram que participam na sua reeducação durante o tratamento penitenciário. A estas pessoas são subtraídas 45 dias por cada semestre de pena cumprida. O benefício é aplicável também aos condenados à prisão perpétua, para fins de cálculo da medida de pena que é necessário ter cumprido para ser admitido aos benefícios de semiliberdade e das licenças-prêmio, e sobretudo para fins da liberação condicional.

[...]

Liberação condicional: o condenado à prisão perpétua pode gozar do benefício quando tiver cumprido efetivamente 26 anos de pena, que concretamente podem reduzir-se por efeito dos descontos de pena conexos ao instituto da liberação antecipada.

24. No processo administrativo de que se cuida juntou-se tradução de todo o procedimento que se desdobrou na justiça italiana, e que redundou na condenação (*in absentia*) de Cesare Battisti. Especialmente, há tradução da decisão irrecurável, datada de 31 de março de 1993. Do ponto de vista formal o requerimento de extradição protocolado

pelo governo italiano segue o conteúdo dos tratados internacionais, do pacto assinado entre Brasil e Itália, bem como os usos e costumes que se seguem em âmbito de direito extradicional.

25. Em 10 de maio de 2007 o Senhor Chefe Substituto da Divisão de Medidas Compulsórias do Departamento de Estrangeiros da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça solicitou a Delegado da Polícia Federal que então coordenava a Interpol que informasse se Cesare Battisti respondia a processo crime na justiça brasileira. Concomitantemente, em 17 de maio de 2007, o Ministro Celso de Mello indagou ao Ministro Tarso Genro, então à frente do Ministério da Justiça, se o extraditando teria formulado (ou não) perante o governo brasileiro, pedido de refúgio. Informou-se (Aviso 1060-MJ) que até 11 de junho de 2007 ainda não havia registro de pedido de refúgio, por parte de Cesare Battisti.

26. Em 5 de junho de 2007 o Ministro Celso de Mello determinou que Cesare Battisti fosse transferido para outras dependências da Polícia Federal. É que o extraditando teria sido agredido e sofrido maus tratos. A declaração de Battisti está circunstancializada em termo que prestou junto à Polícia Civil do Distrito Federal⁴. Mais tarde, em *apuratório preliminar*, consignou-se a partir de um delegado de polícia federal (que se encontrava detido) que Battisti supostamente teria sido agredido por policiais civis⁵. A negativa de Battisti esvaziou a acusação.

27. Ainda no contexto do referido *apuratório preliminar* Cesare Battisti teria se negado a depor sobre os fatos então ocorridos, bem como se negou também a retornar ao Complexo Penitenciário do DF. Em 28 de junho de 2007 noticiou-se que Cesare Battisti fora indiciado por uso de documento falso, quando usava passaporte de nacionalidade francesa, quando de sua prisão no Rio de Janeiro. Havia, assim, inquérito policial para apuração de suposto crime de uso de documento falso, por parte do extraditando.

28. Em 3 de agosto de 2007 a Defensoria Pública da União protocolou petição no Supremo Tribunal Federal noticiando ao Ministro Celso de Mello maus tratos supostamente sofridos por Battisti nas dependências da Polícia.

4 Ocorrência nº 3091/2007- 30ª DP- Processo Administrativo nº 080000.003071/2007-51, fls. 639-640.

5 Apuratório Preliminar nº 051/2007-SESIPE- Processo Administrativo nº 080000.003071/2007-51, fls. 653-656.

29. No processo administrativo há também carta que o filósofo francês Bernard-Henri Lévy endereçou a Tarso Genro, então Ministro de Estado da Justiça. No referido texto o pensador francês problematiza o destino de Battisti, manifestando angústia e preocupação para com a extradição, isto é, se deferida. Bernard-Henri Lévy notabiliza-se pela intransigente luta em prol da dignidade humana, linha de ação que se identifica com pensamento francês avançado e prospectivo, humanitário e solidário, a exemplo do que se alcança em Louis Althusser, Emmanuel Levinas, Jacques Derrida, Albert Camus, Roland Barthes, cujo antepassado comum seria Alexis de Tocqueville.

30. No processo administrativo sobre exame há também cópia de fax⁶ enviado por Agente de Polícia Federal de plantão na Interpol, dirigido ao Chefe de Divisão de Medidas Compulsórias do Ministério da Justiça, dando conta de que a Interpol, em Roma, teria informado que o Caso Battisti estaria promovendo muita repercussão naquele país.

31. As autoridades italianas teriam, por intermédio da Interpol, pedido informações referentes ao processo de extradição, bem como se esta estaria, efetivamente, condicionada a uma pena máxima de 30 anos, a ser cumprida na Itália. Por fim, questionava-se a propósito de uma *data/previsão* de entrega de Cesare Battisti. Há documento com idêntico conteúdo subscrito por Delegada da Polícia Federal, Chefe do Serviço de Difusões e de Procurados Internacionais⁷.

32. Em 16 de maio de 2008 advogados de Cesare Battisti peticionaram ao Ministro da Justiça, requerendo a transferência do extraditando para a Penitenciária da Papuda, no Distrito Federal, dado que o requerente necessitaria de *cuidados físicos que vão desde um melhor ambiente físico, até tratamento médico mais sistemático, somada à impossibilidade do mesmo vir gozar dos benefícios que lhe [são] assegurados constitucionalmente, por sua condição de preso político*⁸.

33. Informou-se que ao representante legal do extraditando que o requerimento de transferência de cárcere deveria ser formulado diretamente ao Supremo Tribunal Federal, porquanto o interessado se encontrava à disposição daquela Corte⁹. O pedido foi deferido em 18 de julho de 2008, pelo Ministro Cezar Peluso, então Vice-Presidente do

6 Processo Administrativo nº 080000.003071/2007-51, fls. 720.

7 Processo Administrativo nº 080000.003071/2007-51, fls. 721.

8 Processo Administrativo nº 080000.003071/2007-51, fls. 730-731.

9 Processo Administrativo nº 080000.003071/2007-51, fls. 735.

Supremo Tribunal Federal, mediante telegrama enviado ao Ministro da Justiça¹⁰. Segue o teor da decisão que justificou o envio do telegrama:

Na Petição nº 99448, de 15 de julho de 2008, o Superintendente Regional do DPF/DF requer a imediata remoção do extraditando CESARE BATTISTI das dependências da Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal no Distrito Federal – SR/DPF/DF, bem como sua transferência ao sistema prisional federal ou à penitenciária da Papuda, nos seguintes termos:

“É cediço que a permanência do referido extraditando vem causando constantes transtornos ao desempenho das atribuições constitucionais e legais desenvolvidas pela ST/DPF/DF. Inúmeras ocorrências envolvendo o custodiado CESARE BATTISTI foram devidamente registradas incluindo greve de fome, atendimentos médicos constantes e recusa ao recebimento de visitas inclusive de advogados, culminando em um dossiê elaborado pelo Núcleo de Operações desta descentralizada.

Independente dos contratempos relacionados diretamente à postura do custodiado, a custódia da SR/DPF/DF, após ter sido visitada pela CPI do Sistema Carcerário e membros da OAB/DF, além de membros do Ministério Público Federal, está sendo desativada, inclusive com recomendação do próprio MPF neste sentido.

[...]

Diante de todo o exposto e da impossibilidade de manutenção do detento CESARE BATTISTI nas dependências desta descentralizada, solicitamos junto ao Excelentíssimo Ministro-Relator, sua imediata remoção ao sistema prisional federal ou, s.m.j., à penitenciária da Papuda.

Visando uma maior agilidade no procedimento, após contatos, o Sistema Penitenciário Federal – DEPEN sinalizou positivamente à possibilidade de recebimento do referido custodiado, sendo que existem vagas tanto no Presídio Federal em CATANDUVAS no Paraná, quanto em CAMPO GRANDE no Mato Grosso do Sul.

Informamos que, consta solicitação do Sr. Luiz Eduardo Greenhalgh, advogado do custodiado solicitando sua transferência

10 Processo Administrativo nº 080000.003071/2007-51, fls. 743.

para a penitenciária da Papuda, protocolada sob o número 08200.008574/2008-47, com manifestação favorável deste signatário, sugerindo que o requerimento fosse encaminhado a Vossa Excelência.

Informamos ainda que, o próprio custodiado já demonstrou, em outras oportunidades, sua insatisfação em permanecer nesta descentralizada, por intermédio de cartas de próprio punho. [...]"

Diante o exposto, tendo em vista a informação de que a custódia da Superintendência Regional do DPF/DF está sendo desativada, e, ainda, a manifestação favorável do extraditando e de seu advogado sobre a transferência para outro estabelecimento prisional, *defiro* o pedido do Delegado de Polícia Federal Disney Rosseti e *autorizo a transferência do extraditando para o Complexo Penitenciário da Papuda em Brasília, no Distrito Federal*, para que lá permaneça à disposição desta Corte.

Comunique-se com urgência.

Publique-se.

34. Em 27 de junho de 2008 Cesare Battisti requereu concessão de refúgio, conforme noticiado no Mem. 051/CONARE¹¹. Por força do requerimento, e como resultado, o Supremo Tribunal Federal determinou a suspensão do processo de extradição, bem como autorização para que o Ministério da Justiça ouvisse Battisti, nos termos seguintes:

DECISÃO: 1. Trata-se de pedido de extradição executória do nacional italiano CESARE BATTISTI, formalizado pelo Governo da Itália, com fundamento em Tratado firmado em 17.10.1989 e promulgado pelo Decreto nº 863, de 09.07.1.993.

O pleito baseia-se em condenação definitiva do ora extraditando, por decisão da Corte de Apelações de Milão, à pena de prisão perpétua, com isolamento diurno inicial por seis meses, pela prática de “homicídio premeditado do agente penitenciário Antonio Santoro, fato que aconteceu em Udine em 6 de junho de 1977; homicídio de Pierluigi Trregiane, ocorrido em Milão em 16 de fevereiro de 1979; homicídio premeditado de Lino Sabbadin, ocorrido em Mestre em 16 de fevereiro de 1979; homicídio premeditado do agente de

11 Processo Administrativo nº 080000.003071/2007-51, fls. 740.

Polícia, Andréa Campagna, ocorrido em Milão em 19 de abril de 1979 (fls. 04).

2. O Secretário-Executivo do Ministério da Justiça, Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto, Presidente do CONARE, por meio do ofício de fl. 2797, informa a esta Corte:

“Dirijo-me a Vossa Excelência para comunicar-lhe, nos termos do art. 34 da Lei nº 9.474/97, que *Cesare Battisti*, cidadão italiano, detido na Polícia Federal de Brasília, em função do pedido de extradição requerido pela República Italiana, que tramita nessa Suprema Corte, solicitou o reconhecimento da condição de refugiado perante o Comitê Nacional para os Refugiados – CONARE.

Outrossim, solicito a Vossa Excelência seja autorizado o acesso do Comitê ao referido cidadão, objetivando a realização de entrevista para seguimento dos procedimentos previstos na Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997”

Dispõe a letra do art. 34 da Lei nº 9.474/97: A solicitação de refúgio suspenderá, até decisão definitiva, qualquer processo de extradição pendente, em fase administrativa ou judicial, baseado nos fatos que fundamentaram a concessão do refúgio.

Assim, o processo de reconhecimento do status de refugiado perante o CONARE, até julgamento definitivo, suspende o trâmite regular do pedido de extradição, conforme, aliás, decidiu o Plenário da Corte no julgamento do *HC nº 81.127* (Rel. Min. *SYDNEY SANCHES*, DJ de 26.09.2003):

“PRISÃO PARA FINS DE EXTRADIÇÃO. *PEDIDO DE REFÚGIO PERANTE O MINISTÉRIO DA JUSTIÇA: SUSPENSÃO DO PROCESSO EXTRADICIONAL*, SEM DIREITO, PORÉM, DO EXTRADITANDO, À PRISÃO DOMICILIAR. INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 34 E 22 DA LEI Nº 9.474, DE 22.07.1997, EM FACE DO ART. 84 DO ESTATUTO DO ESTRANGEIRO” (Grifei) (No mesmo sentido, decisão monocrática proferida na *EXT nº 1008*, Rel. Min. *GILMAR MENDES*, DJ de 17.10.2007).

3. Do exposto, *defiro* o pedido de fl. 2797, a fim de que o Comitê Nacional para os Refugiados entreviste o ora extraditando,

conforme procedimento adotado pela Lei nº 9.474/1997, e *determino* a suspensão do trâmite deste pedido extradicional, nos termos do art. 34 desta Lei.

Posto o pedido de reconhecimento da condição de refugiado, nos termos em que formulado pelo ora extraditando, tramite rigorosamente em sede administrativa, perante o CONARE, *determino* seja remetido àquele Comitê cópia (i) do relatório da instrução processual (fls. 180-386), (ii) das decisões proferidas pelo Primeiro Tribunal do Júri de Apelação de Milão (fls. 404-536) e pelo Supremo Tribunal de Justiça (fls. 538-620), (iii) da manifestação da defesa (fls. 1823-1936), (iv) do parecer do Procurador-Geral da República (fls. 2318-2331) e, por fim, (v) da manifestação do Estado requerente (fls. 2379-2437).

35. Juntou-se também no processo administrativo uma carta redigida por cidadã francesa, Hanna Deuria, da cidade de Bordeaux, endereçada ao Presidente Luís Inácio Lula da Silva¹². A missivista sugere *que o governo brasileiro não atenda pedido do governo italiano, pela extradição de Cesare Battisti*¹³.

36. Em reunião plenária de 28 de novembro de 2008 o CONARE indeferiu o pedido de refúgio formulado por Cesare Battisti. Do indeferimento o extraditando interpôs recurso, conhecido e provido pelo Ministro Tarso Genro, que concedeu refúgio ao interessado.

37. Em 14 de janeiro de 2009 o Deputado Marcos Pompeu de Toledo, na qualidade de presidente da Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados divulgou *nota oficial*, em apoio a concessão de refúgio político a Cesare Battisti.

III) A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA EXT-1.085-REPÚBLICA ITALIANA

38. A matéria foi intensamente debatida no Supremo Tribunal Federal. De tal modo, na Extradicação-1.085-República Italiana, relatada pelo Ministro César Peluso, o Supremo Tribunal Federal decidiu, sempre por maioria apertadíssima, e sem o voto de dois Ministros que se declararam impedidos (Celso de Mello e Dias Toffoli),

12 Com o mesmo texto e idêntico conteúdo há também várias outras cartas, todas oriundas da França, no processo administrativo aqui avaliado.

13 Processo Administrativo nº 080000.003071/2007-51, fls. 763.

- a) que concessão de refúgio por ato do CONARE ou por ato do Senhor Ministro de Estado da Justiça não impede deferimento de extradição;
- b) que, neste caso, Cesare Battisti, o requerimento de extradição encontra-se apto e adequado para deferimento (conquanto que o Estado requerente convole a pena perpétua para pena máxima de 30 anos, bem como considere o período de pena cumprido no Brasil- detração);
- c) e que, principalmente, a decisão não obriga ao Presidente da República que, no entanto, deve-se ater aos termos do Tratado assinado com a Itália e devidamente internalizado no direito brasileiro.

39. É o que se colhe também, e resumidamente, em documento que o Ministro Relator do caso no Supremo Tribunal Federal encaminhou ao Executivo, com ênfases minhas:

Senhor Ministro,

Comunico a Vossa Excelência que o Supremo Tribunal Federal, nas sessões plenárias realizadas em 9.9.2009, 12.11.2009, 18.11.2009, 19.11.2009 e 16.12.2009, decidiu:

I) – preliminarmente, homologar o pedido de desistência do recurso de agravo regimental na Extradicação n. 1085 e indeferir o pedido de sustentação oral em dobro, tendo em vista o julgamento conjunto;

II) – rejeitar questão de ordem suscitada pela Senhora Ministra Cármen Lúcia no sentido de julgar o Mandado de Segurança nº 27.875 antes do pedido de extradição;

III) – por maioria, julgar prejudicado o pedido de mandado de segurança, por reconhecer nos autos da extradição a ilegalidade do ato de concessão de status de refugiado concedido pelo Ministro de Estado da Justiça ao extraditando;

IV) – rejeitar as questões de ordem suscitadas pelo Senhor Ministro Marco Aurélio da necessidade de quorum constitucional e da conclusão do julgamento sobre a prejudicialidade do mandado de segurança;

V) – por maioria, deferir o pedido de extradição;

VI) – rejeitar a questão de ordem suscitada pelo advogado do extraditando, no sentido da aplicação do art. 146 do Regimento Interno, e reconhecer a necessidade do voto do Presidente, tendo em vista a matéria constitucional;

VII) – suscitada a questão de ordem pelo Relator, o Tribunal deliberou pela sua permanência na relatoria do acórdão; e

VIII) – por maioria, reconhecer que a decisão de deferimento da extradição não vincula o Presidente da República, nos termos dos votos proferidos pelos Senhores Ministros Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Ayres Britto, Marco Aurélio e Eros Grau.

Esclareço, por fim, que a referida decisão transitou em julgado no dia 23 de abril de 2010.

Atenciosamente,

40. Por cinco votos a quatro o Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu que a concessão de refúgio não impede o deferimento de extradição. Votaram pela higidez do refúgio deferido pelo Senhor Ministro de Estado da Justiça, no caso em tela, os Ministros Eros Grau, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio. Votaram contra a concessão do refúgio, neste caso específico - - bem entendido - - os Ministros César Peluso (relator), Gilmar Mendes (então Presidente da Corte), Ricardo Lewandovsky, Carlos Britto e Ellen Gracie.

41. O Supremo Tribunal Federal, por maioria apertada, entendeu o ato de concessão de refúgio como um ato administrativo vinculado, e não como ato político, sem constrangimentos estranhos à atividade política, e à condução dos assuntos internacionais por parte do Senhor Presidente da República, no caso implícita e explicitamente representado pelo Senhor Ministro de Estado da Justiça.

42. Nesse sentido, a discussão alcançou questão simultaneamente preliminar e prejudicial, deduzida em mandado de segurança proposta pelo Estado interessado na extradição.

43. E também por cinco votos a quatro a composição plena do Supremo Tribunal Federal entendeu que o pedido de extradição acomoda-se ao

tratado, à tradição constitucional brasileira e, principalmente, que a natureza dos delitos que fomentaram toda a movimentação escaparia de um conteúdo empírico de crime político.

44. Neste sentir, os homicídios de um agente penitenciário, de um agente de polícia, de um joalheiro e de um açougueiro, todos atribuídos ao extraditando, substancializariam, na percepção de cinco Ministros do Supremo Tribunal Federal, crimes comuns; *ipso facto*, procedente seria o pedido de extradição.

45. Votaram pela extradição os Ministros César Peluso, Carlos Britto, Ricardo Lewandovsky, Ellen Gracie e Gilmar Ferreira Mendes. Votaram contra a extradição todos os Ministros que compreenderam que o refúgio é ato político: Eros Grau, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio.

46. O Ministro Eros Grau havia insistido que *quem defere ou recusa a extradição é o Presidente da República, a quem incumbe manter relações com Estados estrangeiros*¹⁴. Para o Ministro Joaquim Barbosa, limita-se aquele Sodalício a *examinar alguns aspectos atinentes à legalidade do pedido formulado pelo Estado estrangeiro*¹⁵. Para a Ministra Cármen Lúcia, *quando o Supremo defere e, portanto, verifica as condições formais legalmente estabelecidas, compete ao Presidente da República, no exercício de sua competência constitucional prevista no art. 84, inciso VII, verificar se fará ou não a entrega do extraditando ou tomar as providências no sentido de não permitir a continuidade de uma prisão [...]*¹⁶. Para o Ministro Marco Aurélio, *se declarada a legitimidade do pleito, abre-se salutar oportunidade ao Presidente da República não de modificar o pronunciamento judicial, mas de, à frente da política brasileira no campo internacional, entregar, ou não, o estrangeiro, que poderá merecer o status de asilado*¹⁷. Para o Ministro Carlos Britto, ainda de forma mais peremptória, [...] *o Supremo Tribunal Federal, à medida que sai em defesa desse Tratado para agravar a situação do extraditando, está saindo em defesa do Estado requerente, e em desfavor da pessoa extraditanda [...]* Não pode¹⁸. Isto é, por cinco votos a quatro, entendeu-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal não obriga ao Presidente da República. Deve o Senhor Presidente, no entanto, no contexto dessa decisão, alcançar solução que conta com previsão

14 STF, Ext-1085, Ministro Eros Grau, fls. 537.

15 STF, Ext-1085, Ministro Joaquim Barbosa, fls. 224.

16 STF, Ext-1085, Ministra Cármen Lúcia, fls. 543.

17 STF, Ext-1085, Ministro Marco Aurélio, fls. 373.

18 STF, Ext-1085, Ministro Carlos Britto, fls. 559.

convencional. De tal modo, a decisão final é discricionária, devendo ser confeccionada nos exatos termos do que foi internacionalmente pactuado. Sigo com excertos desses votos vencedores, neste pormenor:

Ministro Eros Grau:

“Aqui se trata de requisitos de caráter puramente subjetivos da Parte requerida, de conteúdo indeterminado, que não se pode contestar. Exatamente o que a doutrina chama de ‘conceito indeterminado’”¹⁹

Ministro Joaquim Barbosa:

“Há que se ter em mente, por outro lado, o fato de que, embora a Constituição disponha no seu art. 102, inciso I, letra g que cabe ao Supremo Tribunal Federal ‘julgar’ a extradição, como todos sabemos, inscreve-se no rol dos atos e procedimentos que formam as relações internacionais de um dados país. Matéria, portanto, indiscutivelmente de alçada do Poder Executivo. Não é o Supremo Tribunal Federal quem concede a extradição, mas sim o Presidente da República, a quem cabe a palavra final em matéria de relações internacionais”²⁰

Ministra Cármen Lúcia:

“Apenas ratifico o meu voto. Citei, naquela ocasião, Celso Bastos, que é taxativo ao dizer que compete ao Presidente da República ‘a faculdade de consumir a extradição, isto é, mesmo que já aprovada pelo STF, a medida pode deixar de ter seguimento, se assim o entender’ o Chefe do Poder Executivo”²¹

Ministro Marco Aurélio:

“Presidente, foi formada uma maioria de cinco votos – é preciso que isso fique bem explícito – no sentido de que Sua Excelência o Senhor Presidente da República não está compelido pelo Supremo a implementar a extradição”²²

Ministro Carlos Britto:

19 STF, Ext-1085, Ministro Eros Grau, fls. 538.

20 STF, Ext-1085, Ministro Joaquim Barbosa, fls. 224.

21 STF, Ext-1085, Ministra Cármen Lúcia, fls. 543-544.

22 STF, Ext-1085, Ministro Marco Aurélio, fls. 603.

“Mas, parece-me, Ministra, que o Judiciário, assim como não desrespeita a soberania do País estrangeiro, não pode desrespeitar a soberania do Presidente da República, que é Chefe de Estado e representante privativo, protagonista privativo das relações internacionais do Brasil. Aí surge a pergunta: e para que serve o Poder Judiciário, por que o processo extradicional passa pelo crivo do Supremo Tribunal Federal? É porque o Supremo Tribunal Federal entra nesse processo, nesse circuito para efetivar um dos princípios do inciso II do artigo 4º: ‘prevalência dos direitos humanos’.

Só se justifica a presença do Poder Judiciário num processo extradicional, sabido que a extradição é um instituto de Direito Internacional, porque incide no círculo das relações internacionais do Brasil esse princípio do respeito aos direitos humanos”²³.

47. Votaram pela vinculação do Presidente da República à decisão do Supremo os Ministros César Peluso, Ricardo Lewandovsky, Ellen Gracie e Gilmar Ferreira Mendes.

48. Votaram pela não vinculação do Presidente da República à decisão do Supremo os Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Marco Aurélio e Carlos Britto. O Ministro Carlos Britto é o autor do *swinging vote*. Segue a ementa confeccionada a propósito da Extradição 1085/República Italiana, relatada pelo Ministro César Peluso, em julgamento de 16 de dezembro de 2009:

EMENTAS: 1. EXTRADIÇÃO. Passiva. Refúgio ao extraditando. Fato excludente do pedido. Concessão no curso do processo, pelo Ministro da Justiça, em recurso administrativo. Ato administrativo vinculado. Questão sobre sua existência jurídica, validade e eficácia. Cognição oficial ou provocada, no julgamento da causa, a título de preliminar de mérito. Admissibilidade. Desnecessidade de ajuizamento de mandado de segurança ou outro remédio jurídico, para esse fim, Questão conhecida. Votos vencidos. Alcance do art. 102, inc. I, alínea “g”, da CF. Aplicação do art. 3º do CPC. Questão sobre existência jurídica, validade e eficácia de ato administrativo que conceda refúgio ao extraditando é matéria preliminar inerente à cognição do mérito do processo de extradição e, como tal, deve ser conhecida de ofício ou mediante provocação de interessado jurídico na causa. 2. EXTRADIÇÃO. Passiva. Refúgio ao extraditando. Concessão no curso do processo, pelo Ministro da Justiça. Ato

23 STF, Ext-1085, Ministro Carlos Britto, fls. 552-553.

administrativo vinculado. Não correspondência entre os motivos declarados e o suporte fático da hipótese legal invocada como causa autorizadora da concessão de refúgio. Contraste, ademais, com norma legal proibitiva do reconhecimento dessa condição. Nulidade absoluta pronunciada. Ineficácia jurídica conseqüente. Preliminar acolhida. Votos vencidos. Inteligência dos arts. 1º, inc. I, e 3º, inc. III, da Lei nº 9.474/97, art. 1-F do Decreto nº 50.215/61 (Estatuto dos Refugiados), art. 1º, inc. I, da Lei nº 8.072/90, art. 168, § único, do CC, e art. 5º, inc. XL, da CF. Eventual nulidade absoluta do ato administrativo que concede refúgio ao extraditando deve ser pronunciada, mediante provocação ou de ofício, no processo de extradição. 3. EXTRADIÇÃO. Passiva. Crime político. Não caracterização. Quatro homicídios qualificados, cometidos por membro de organização revolucionária clandestina. Prática sob império e normalidade institucional de Estado Democrático de direito, sem conotação de reação legítima contra atos arbitrários ou tirânicos. Carência de motivação política. Crimes comuns configurados. Preliminar rejeitada. Voto vencido. Não configura crime político, para fim de obstar a acolhimento de pedido de extradição, homicídio praticado por membro de organização revolucionária clandestina, em plena normalidade institucional de Estado Democrático de direito, sem nenhum propósito político imediato ou conotação de reação legítima a regime opressivo. 4. EXTRADIÇÃO. Passiva. Executória. Pedido fundado em sentenças definitivas condenatórias por quatro homicídios. Crimes comuns. Refúgio concedido ao extraditando. Decisão administrativa baseada em motivação formal de justo receio de perseguição política. Inconsistência. Sentenças proferidas em processos que respeitaram todas as garantias constitucionais do réu. Ausência absoluta de prova de risco atual de perseguição. Mera resistência à necessidade de execução das penas. Preliminar repelida. Voto vencido. Interpretação do art. 1º, inc. I, da Lei nº 9.474/97. Aplicação do item 56 do Manual do Alto Comissariado das Nações Unidas - ACNUR. Não caracteriza a hipótese legal de concessão de refúgio, consistente em fundado receio de perseguição política, o pedido de extradição para regular execução de sentenças definitivas de condenação por crimes comuns, proferidas com observância do devido processo legal, quando não há prova de nenhum fato capaz de justificar receio atual de desrespeito às garantias constitucionais do condenado. 5. EXTRADIÇÃO. Pedido. Instrução. Documentos vazados em língua estrangeira. Autenticidade não contestada. Tradução algo deficiente. Possibilidade, porém, de ampla compreensão. Defesa

exercida em plenitude. Defeito irrelevante. Nulidade inexistente. Preliminar repelida. Precedentes. Inteligência do art. 80, § 1º, da Lei nº 6.815/80. Eventual deficiência na tradução dos documentos que, vazados em língua estrangeira, instruem o pedido de extradição, não o torna inepto, se não compromete a plena compreensão dos textos e o exercício do direito de defesa. 6. EXTRADIÇÃO. Passiva. Executória. Extensão da cognição do Supremo Tribunal Federal. Princípio legal da chamada contenciosidade limitada. Amplitude das questões oponíveis pela defesa. Restrição às matérias de identidade da pessoa reclamada, defeito formal da documentação apresentada e ilegalidade da extradição. Questões conexas sobre a natureza do delito, dupla tipicidade e duplo grau de punibilidade. Impossibilidade conseqüente de apreciação do valor das provas e de rejuízo da causa em que se deu a condenação. Interpretação dos arts. 77, 78 e 85, § 1º, da Lei nº 6.815/80. Não constitui objeto cognoscível de defesa, no processo de extradição passiva executória, alegação de insuficiência das provas ou injustiça da sentença cuja condenação é o fundamento do pedido. 7. EXTRADIÇÃO. Julgamento. Votação. Causa que envolve questões constitucionais por natureza. Voto necessário do Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal. Preliminar rejeitada. Precedentes. O Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal tem sempre voto no julgamento dos processos de extradição. 8. EXTRADIÇÃO. Passiva. Executória. Deferimento do pedido. Execução. Entrega do extraditando ao Estado requerente. Submissão absoluta ou discricionariedade do Presidente da República quanto à eficácia do acórdão do Supremo Tribunal Federal. Não reconhecimento. Obrigação apenas de agir nos termos do Tratado celebrado com o Estado requerente. Resultado proclamado à vista de quatro votos que declaravam obrigatória a entrega do extraditando e de um voto que se limitava a exigir observância do Tratado. Quatro votos vencidos que davam pelo caráter discricionário do ato do Presidente da República. Decretada a extradição pelo Supremo Tribunal Federal, deve o Presidente da República observar os termos do Tratado celebrado com o Estado requerente, quanto à entrega do extraditando.

49. O Supremo Tribunal Federal mantém tradição em nosso direito extradicional, que se filia ao modelo belga. Se a decisão do Supremo é pelo indeferimento da extradição, o Presidente da República não pode autorizar a entrega do extraditando. Na hipótese da decisão ser pelo deferimento da extradição, o Presidente da República pode acompanhar (ou não) a decisão do Supremo Tribunal Federal, conquanto que o faça nos limites do pactuado internacionalmente. É esse o quadro que se apresenta.

50. A questão que se põe limita-se ao contexto do controle do juízo de subjetividade do Presidente da República, que se desdobra também em miríade de outras circunstâncias. Transita-se no mundo da suposição, da elegibilidade de sendas, da determinação de elementos que não são pré-fixados por regramento objetivo, fechado, limitado. Trata-se de circunstância afeta à plasticidade, à maleabilidade, à intuição, ao exercício de um livre arbítrio que decorre da representatividade política consagrada nas urnas.

51. Embora em outro contexto, e à luz de discussão outra, bem entendido, no RMS 27.920/DF, relatado pelo Ministro Eros Grau, o ilustre Ministro César Peluso consignou que [...] *quando se trata de avaliações puramente subjetivas, os atos administrativos, sobretudo aqueles que consistem em votações – não as votações de julgamento jurisdicionais, mas outras votações – são sempre independente de motivação objetiva. A motivação é puramente subjetiva [...]* *Enfim, são situações que decorrem da natureza do próprio ato que não admite motivação, fundamentação objetiva, porque corresponde a uma decisão pessoal, de caráter subjetivo, insuscetível, como tal, de qualquer controle jurisdicional, de controle administrativo e, até, controle de outra ordem.*

52. O Supremo Tribunal Federal sufragou a linha adotada pela justiça italiana, no sentido de que os crimes atribuídos a Battisti seriam qualificados por natureza comum (e não política)²⁴. Tal percepção afastaria a alegação de que estrangeiro não possa ser extraditado por crime político, por força do fato de que não se poderia, em princípio, atribuir-se, no Brasil, natureza política para delito que no local de origem não fora compreendido como tal.

53. É o que se extrai, mudando-se o que deva ser mudado, do decidido na Ext 1149/República Italiana, relatada pelo Ministro Joaquim Barbosa, em julgamento de 3 de dezembro de 2009, quando se vedou a análise, por parte do Judiciário brasileiro, do mérito da ação penal corrida no estrangeiro, determinante do pedido de extradição:

EMENTA: EXTRADIÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REPÚBLICA ITALIANA. TRATADO DE EXTRADIÇÃO. REQUISITOS OBSERVADOS. EXTRADIÇÃO DEFERIDA.
1. Pedido de extradição requerido com base no Tratado Bilateral promulgado pelo Decreto n° 863/93. 2. Acusação da prática do

²⁴ Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que o entrelaçamento de crime comum com crime político obstaculizaria a extradição. Ext 994/Itália, relatada pelo Ministro Marco Aurélio, em julgamento de 14 de dezembro de 2005.

crime de tráfico de entorpecentes, em 2006, na Itália, com mandado de prisão preventiva expedido pela autoridade competente. 3. Razões atinentes ao mérito da ação penal em trâmite na Itália ou condições pessoais favoráveis ao Extraditando não são passíveis de análise no processo de extradição nem impedem seu deferimento. 4. Observados os requisitos impostos para a concessão da extradição. 5. Extradição deferida.

54. É cediço que o Supremo Tribunal Federal não aprecie o mérito, no que se refere ao pedido de extradição, a propósito do decidido na Ext 1126/ República Federal da Alemanha, processo relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa, em julgamento de 22 de outubro de 2010, cuja ementa segue:

EMENTA: Extradição. República Federal da Alemanha. Pedido formulado com promessa de reciprocidade. Condições de admissibilidade. Observância. Presença da dupla tipicidade. Inocorrência de extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva. Preenchimento dos requisitos formais. Negativa de autoria. Incidência dos arts. 89 e 90 c/c art. 67 da Lei nº 6.815/1980. Aplicação da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Brasil mediante o Decreto nº 5.015/04. Competência reconhecida ao Estado requerente. Preliminar rejeitada. Precedentes. Extraditando condenado no Brasil pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Cumprimento integral da pena imposta. Ausência de óbice. Deferimento da extradição. Precedentes da Suprema Corte. O pedido de extradição foi formalizado nos autos, com mandado de prisão que indica com suficiente precisão o local, a data, a natureza e as circunstâncias dos fatos delituosos atribuídos ao extraditando, transcrevendo os dispositivos legais da ordem jurídica alemã pertinentes ao caso. Observados os requisitos do art. 77 da Lei nº 6.815/80. Infere-se, dos documentos apresentados junto às Notas Verbais, que os crimes imputados ao extraditando atendem o requisito da dupla tipicidade e correspondem, no Brasil, aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e de associação para o tráfico, previstos, respectivamente, nos artigos 33 e 35 da Lei nº 11.343/06, satisfazendo, assim, ao requisito da dupla tipicidade, previsto no art. 77, inc. II, da Lei nº 6.815/80. A extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva não ocorreu nem à luz da legislação alemã, nem da brasileira. Todos os requisitos exigidos pelo art. 80 e parágrafos da Lei 6.815/1980 foram integralmente preenchidos. Não cabe, em processo de extradição, o exame do mérito da

pretensão penal deduzida em juízo no país solicitante, razão por que alegações concernentes à matéria de defesa própria da ação penal, tal como a negativa de autoria, não elidem o deferimento do pedido. Precedentes. O Estado requerente tem competência para processar e julgar extraditando, por crime de tráfico internacional de substâncias entorpecentes, na hipótese de a infração ter sido cometida por um de seus cidadãos. A pena imposta ao extraditando pela Justiça Federal de São Paulo, pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, foi integralmente cumprida, não subsistindo óbice para a execução imediata da presente extradição. O tempo de prisão do extraditando no Brasil, por força do presente pedido, deve ser contabilizado para efeito de detração, na eventualidade de condenação na Alemanha. A extradição só será executada após a conclusão de outro processo a que o extraditando eventualmente responde no Brasil, ou após o cumprimento da pena aplicada, podendo, no entanto, o Presidente da República dispor em contrário, nos termos do art. 67 da Lei nº 6.815/80. Pedido de extradição deferido com as ressalvas indicadas.

55. Isto é, não pode também o Supremo Tribunal Federal reenquadrar o extraditando por crime diverso, o que qualificaria - - inclusive - - atentado à soberania do Estado requerente, como decidido na Ext 987/ Itália, relatada pelo Ministro Carlos Britto, em julgamento de 23 de março de 2006:

EMENTA: EXTRADIÇÃO EXECUTÓRIA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE QUE O ESTRANGEIRO RECLAMADO ERA USUÁRIO, E NÃO TRAFICANTE. INVIABILIDADE DE ANÁLISES MERITÓRIAS NA ESFERA EXTRADICIONAL. IMPUGNAÇÃO VOLTADA À SUPOSTA MÁ INSTRUÇÃO DO PEDIDO. Pedido de extradição que atende às exigências formais constantes do Tratado Bilateral (Decreto nº 863/93) e do Estatuto do Estrangeiro. Não procede a alegada ausência de documento essencial à tramitação do pedido, se o Estado requerente fez juntar aos autos a sentença que, muito embora objeto de recurso, veio a transitar em julgado, constituindo, portanto, o título judicial a ser executado. Não pode o Supremo Tribunal Federal entrar no próprio mérito dos fatos imputados ao cidadão estrangeiro, em ordem a rever a condenação lá proferida, reenquadrando o extraditando em tipo diverso daquele constante da sentença penal a ser executada (de traficante para usuário). Este proceder se mostra absolutamente incompatível com o juízo de cognoscibilidade estrita que rege as

ações extradicionais (§ 1º do art. 85 da Lei nº 6.815/80), além de atentar contra a soberania do Estado requerente. Pedido deferido.

56. Deve-se lembrar também que o fato de que haja processo crime no Brasil contra Battisti, por outros delitos que não os que plasmam a extradição, também não se configuraria como óbice para o deferimento da extradição. É o que se decidiu na Ext 1051/Estados Unidos da América, relatada pelo Ministro Marco Aurélio, em julgamento de 21 de maio de 2009:

PROCESSO-CRIME - COMPETÊNCIA - EXTRADIÇÃO. Havendo notícia de prática delituosa voltada a introduzir tóxico no território do Governo requerente, incumbe ter como de boa origem o pedido de extradição. EXTRADIÇÃO - PROCESSO-CRIME EM CURSO NO BRASIL. A circunstância de o extraditando ter contra si processo-crime no Judiciário brasileiro não obstaculiza a extradição. EXTRADIÇÃO - DUPLICIDADE DE PEDIDO. Existindo duplicidade de pedido, sendo idênticas as penas previstas para os tipos, define-se a preferência na extradição pelas datas dos pedidos formulados, prevalecendo aquele formalizado em primeiro lugar. EXTRADIÇÃO - DUPLA TIPICIDADE - CONSPIRAÇÃO - CRIME DE QUADRILHA - LAVAGEM DE RECURSOS. Impõe-se a observância da dupla tipicidade e, assim, o fato de o artigo 288 do Código Penal exigir, para a configuração do crime de quadrilha ou bando, a associação de mais de três pessoas. EXTRADIÇÃO - PRISÃO PERPÉTUA. No deferimento da extradição, deve-se impor cláusula, presente a norma do artigo 75 do Código Penal e, portanto, a impossibilidade de o extraditando cumprir pena perpétua cerceadora da liberdade de ir e vir.

57. Porém, em outra ocasião, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que procedimento penal contra o extraditando no Brasil impediria a imediata ordem de extradição, a menos que o Presidente da República decidisse de outro modo. É este o conteúdo decisório da Ext 804/República Federal da Alemanha, relatada pelo Ministro Celso de Mello, em julgamento de 21 de agosto de 2002:

E M E N T A: EXTRADIÇÃO PASSIVA - ACUSAÇÃO POR SUPOSTA PRÁTICA DO CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA E DE DELITO CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - EXAME DO MÉRITO DA IMPUTAÇÃO PENAL - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 421/STF - RECEPÇÃO PELA VIGENTE CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

- EXISTÊNCIA, NO BRASIL, DE PROCEDIMENTO PENAL INSTAURADO CONTRA O EXTRADITANDO - SITUAÇÃO QUE IMPEDE A IMEDIATA EFETIVAÇÃO DA ORDEM EXTRADICIONAL, EXCETO SE EXERCIDA, PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA, A PRERROGATIVA QUE LHE CONFERE O ART. 89 DO ESTATUTO DO ESTRANGEIRO - EXTRADIÇÃO DEFERIDA. PROCESSO EXTRADICIONAL - EXAME DA PROVA PENAL PRODUZIDA PERANTE O ESTADO ESTRANGEIRO - INADMISSIBILIDADE. - O modelo extradicional vigente no Brasil - que consagra o sistema de contenciosidade limitada, fundado em norma legal (Estatuto do Estrangeiro, art. 85, § 1º) reputada compatível com o texto da Constituição da República (RTJ 105/4-5 - RTJ 160/433-434 - RTJ 161/409-411) - não autoriza que se renove, no âmbito da ação de extradição passiva promovida perante o Supremo Tribunal Federal, o litígio penal que lhe deu origem, nem que se efetive o reexame do quadro probatório ou a discussão sobre o mérito da acusação ou da condenação emanadas de órgão competente do Estado estrangeiro. Doutrina. Precedentes. COMPATIBILIDADE DO ENUNCIADO CONSTANTE DA SÚMULA 421/STF COM O TEXTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. - A existência de filhos brasileiros e/ou a comprovação de vínculo conjugal ou de convivência more uxorio do extraditando com pessoa de nacionalidade brasileira constituem fatos destituídos de relevância jurídica para efeitos extradicionais, não impedindo, em consequência, a efetivação da extradição do súdito estrangeiro. A superveniência da nova ordem constitucional não afetou a validade da formulação contida na Súmula 421/STF, que subsiste íntegra sob a égide da vigente Constituição republicana. Precedentes. A QUESTÃO DO ADIAMENTO DA ENTREGA EXTRADICIONAL - INTELIGÊNCIA DO ART. 89 DO ESTATUTO DO ESTRANGEIRO. A entrega do extraditando - que esteja sendo processado criminalmente no Brasil ou que haja sofrido condenação penal imposta pela Justiça brasileira - depende, em princípio, da conclusão do processo ou do cumprimento da pena privativa de liberdade, exceto se o Presidente da República, fundado em juízo discricionário, exercer a prerrogativa excepcional que lhe confere o art. 89, “caput”, “in fine”, do Estatuto do Estrangeiro, determinando a imediata efetivação da ordem extradicional. Precedentes.

58. Efetivamente, não impede à extradição a circunstância de o extraditando responder no Brasil a processo por fato diverso daquele pelo qual deva responder ou cumprir pena no Estado requerente. É

o que se colhe no decido na Ext 1048/Chile, relatada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, em julgamento de 23 de abril de 2007:

EMENTA: I. Extradicação: delito de seqüestro (C. Pen. Chileno, art. 141, incisos 1º e 3º): requisitos formais satisfeitos: inexistência de óbice legal: deferimento, condicionada a entrega do extraditando ao disposto no art. 89 c/c art. 67 da Lei 6.815/80. II. Extradicação: suficiente descrição do fato delituoso. “A exigência legal de descrição circunstanciada do fato criminoso deve ser entendida a partir de sua razão de ser claramente instrumental: ela há de reputar-se satisfeita se os termos em que deduzida a imputação permitem aferir com segurança a sua dúplice tipicidade, a natureza comum e não política da infração e a inexistência de prescrição consumada” (cf. Ext. 719, Pl., 4.3.98, Pertence, DJ 29.8.03) III. Extradicação passiva: no regime brasileiro, a concordância do extraditando não dispensa a aferição da legalidade do pedido pelo Supremo Tribunal. IV. Extradicação: não a impede o fato de o extraditando responder no Brasil a processo por fato diverso daquele pelo qual deva responder no Estado requerente: incide, nessa hipótese, o disposto nos arts. 67 e 89 da L. 6.815/80.

59. Também não impediria a extradicação o fato do extraditando responder no Brasil a inquérito policial por fato diverso da circunstância que fomentou o pedido de extradicação. Decidiu-se deste modo na Ext 797/Itália, relatada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, em julgamento de 8 de novembro de 2000:

EMENTA: I. Extradicação: instrução do pedido: autenticidade da documentação - nela incluída as traduções para o vernáculo feitas no Estado requerente - que decorre do trânsito diplomático dos papéis. II. Extradicação: não a impede o fato de o extraditando - condenado por dois homicídios e processado por um terceiro, no Estado requerente - responder ao Brasil a inquérito policial por fato diverso, qual a utilização de documentos falsos de identidade. III. Extradicação: gratuidade da alegação de perseguição política no Estado requerente, onde, processado por três homicídios de motivação comercial, o extraditando, embora revel, teve o zeloso patrocínio de defensores constituídos, que já levou a caso por duas vezes à Corte Suprema de Cassação, com resultados favoráveis à defesa. IV. Extradicação passiva: limitações legais à defesa que não são inconstitucionais, porque co-extensivos ao âmbito da jurisdição do Supremo Tribunal no processo de extradicação passiva, dada a admissão pela legislação brasileira do sistema belga.

60. Registre-se, por oportuno, que o direito brasileiro já enfrentou problema de extradição em caso de pena de prisão perpétua, como se lê na ementa do julgado na Ext 773/República Federal da Alemanha, relatada pelo Ministro Octavio Gallotti, em julgamento de 23 de fevereiro de 2000:

EMENTA: Inadmissibilidade da pretensão de trazer a prova documental produzida no Estado requerente ao conhecimento do Supremo Tribunal como se fora este, não apenas o Juízo de controle da legalidade da extradição, como de fato é, mas o próprio julgador da ação penal a que responde o paciente. Possibilidade de condenação à prisão perpétua admitida pela jurisprudência do Supremo Tribunal (v.g. EXT 711, DJ de 20-8-99), sendo assim, rejeitada, pela maioria, ressalva destinada a barrar essa eventualidade.

61. Especialmente, é o que se colhia em jurisprudência dominante no pretérito, isto é, o julgado na Ext 711/República Italiana, relatada pelo Ministro Octavio Gallotti, em julgamento de 18 de fevereiro de 1998:

EMENTA: Pleno exercício de defesa, por meio de advogado constituído. Desnecessidade de reprodução, nos autos, do texto do tratado de extradição, devidamente publicado no “Diário Oficial”. Não é motivo de restrição, ao deferimento do pedido, a possibilidade da condenação do paciente à pena de prisão perpétua. Extradição, em parte, concedida (crime de homicídio), excluindo-se a persecução pela posse e porte de arma de fogo, que não eram previstos como crime pela lei brasileira, à época do fato.

62. Ao Supremo Tribunal Federal, em tema de extradição, compete, tão somente, examinar a legalidade e a procedência do pedido. Não há previsão para invasão de competência do Presidente da República, a quem cabe, efetivamente, decidir pela extradição. É esta, ao que consta, a linha interpretativa que tem vingado ao longo dos anos. É a decisão final pela extradição (ou não) é do Presidente da República, sempre nos exatos termos e limites dos tratados pactuados, e da tradição que informa o direito internacional dos tratados.

63. É justamente no conjunto normativo e axiológico do direito extradicionário brasileiro, especialmente à luz do tratado que assinamos com a Itália, que se encontram os limites e orientações para uma decisão adequada. É do que se trata em seguida.

IV) O TRATADO DE EXTRADIÇÃO BRASIL/ITÁLIA

64. Brasil e Itália firmaram um tratado de extradição em 17 de outubro de 1989. Roberto de Abreu Sodré assinou pela República Federativa do Brasil e Gianni de Michelis pela Itália. O acordado vige por tempo indeterminado (art. 22, 3). Cada parte pode, a qualquer momento, denunciar o acertado. E a denúncia teria efeitos seis meses após a data em que a outra Parte tenha recebido a respectiva notificação, nos termos do próprio tratado (art. 22,4).

65. O referido tratado foi internalizado por intermédio do Decreto nº 863, de 9 de julho de 1993. Foram apostadas as assinaturas de Itamar Franco e de Luiz Felipe Palmeira Lampreia. Este último na qualidade de Ministro de Estado das Relações Exteriores, aquele primeiro na qualidade de Presidente da República.

66. No que se refere à obrigação de extraditar, acordou-se que *cada uma das Partes obriga-se a entregar a outra, mediante solicitação, segundo as normas e condições estabelecidas no [...] Tratado, as pessoas que se encontrem e seu território e que sejam procuradas pelas autoridades judiciárias da Parte requerente, para serem submetidas a processo penal ou para a execução de uma pena restritiva de liberdade pessoal* (art. 1).

67. Quanto à fixação dos casos que autorizam a extradição (art. 2) assentou-se, da forma seguinte:

1. Será concedida a extradição por fatos que, segundo a lei de ambas as Partes, constituírem crimes puníveis com uma pena privativa de liberdade pessoal cuja duração máxima prevista for superior a um ano, ou mais grave.

2. Ademais, se a extradição for solicitada para execução de uma pena, será necessário que o período da pena ainda por cumprir seja superior a nove meses.

3. Quando o pedido de extradição referir-se a mais de um crime, e algum ou alguns deles não atenderem às condições previstas no primeiro parágrafo, a extradição, se concedida por um crime que preencha tais condições, poderá se estendida também para os demais. Ademais, quando a extradição for solicitada para a execução de penas privativas de liberdade pessoal aplicadas por crimes diversos, será concedida se o total das penas ainda por cumprir for superior a 9 meses.

4. Em matéria de taxas, impostos, alfândega e câmbio, a extradição não poderá ser negada pelo fato da lei da Parte requerida não prever o mesmo tipo de tributo ou obrigação, ou não contemplar a mesma disciplina em matéria fiscal, alfandegária ou cambial que a lei da Parte requerente.

68. No que se refere a determinação de conjunto de casos de recusa de extradição, excerto de altíssima importância no caso presente (art. 3), definiu-se da forma seguinte:

1. A extradição não será concedida:

a) se, pelo mesmo fato, a pessoa reclamada estiver sendo submetida a processo penal, ou já tiver sido julgado pelas autoridades judiciárias da Parte requerida,

b) se, na ocasião do recebimento do pedido, segundo a lei de uma das Partes, houver ocorrido prescrição do crime ou da pena;

c) se a pessoa reclamada tiver sido ou vier a ser submetida a julgamento por um tribunal de exceção na Parte requerente;

e) se o fato pelo qual é pedida dor considerado, pela Parte requerida, crime político;

f) se a Parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição e discriminação por motivo de raça, religião, sexo, nacionalidade, língua, opinião política, condição social ou pessoal; ou que sua situação possa ser agravada por um dos elementos antes mencionados;

g) se o fato pelo qual é pedida constituir, segundo a lei da Parte requerida, crime exclusivamente militar. Para os fins deste Tratado, consideram-se exclusivamente militares os crimes previstos e puníveis pela lei militar, que não constituam crimes de direito comum.

69. Veda-se terminantemente a concessão de extradição para efeitos de cumprimento de pena de morte (art. 4), no sentido de que *a extradição tampouco será concedida quando a infração determinante do pedido de extradição for punível com pena de morte. A Parte requerida poderá condicionar a extradição à garantia prévia, dada pela Parte requerente, e tida como suficiente pela Parte requerida, de que tal pena não será imposta, e, caso já o tenha sido, não será executada.*

70. Fixou-se também artigo dando conta de que, em tema de direitos fundamentais (art. 5), a extradição não será concedida:

a) se, pelo fato pelo qual for solicitada, pessoa reclamada tiver sido ou vier a ser submetida a um procedimento que não assegure os direitos mínimos de defesa. A circunstância de que a condenação tenha ocorrido à revelia não constitui, por si só, motivo para recusa de extradição;

b) se houver fundado motivo para supor que a pessoa reclamada será submetida a pena ou tratamento que de qualquer forma configure uma violação dos seus direitos fundamentais.

71. O tratado supõe também recusa facultativa de extradição (art. 6), nas seguintes hipóteses:

1. Quando a pessoa reclamada, no momento do recebimento do pedido, for nacional do Estado requerido, este não será obrigado a entregá-la. Neste caso, não sendo concedida a extradição, a Parte requerida, a pedido da Parte requerente, submeterá o caso às suas autoridades competentes para eventual instauração de procedimento penal. Para tal finalidade, a Parte requerente deverá fornecer os elementos úteis. A Parte requerida comunicará sem demora o andamento dado à causa e, posteriormente, a decisão final.

2. A extradição poderá igualmente ser recusada:

a) se o fato pelo qual for pedida tiver sido cometido, no todo ou em parte, no território da Parte requerida ou em lugar considerado como tal pela sua legislação;

b) se o fato pela qual for pedida tiver sido cometido fora do território das Partes requerida não previr a punibilidade para o mesmo quando cometido fora do seu território.

72. Verifica-se também a fixação de um conjunto de circunstâncias limitativas da extradição (art. 7), nomeadamente:

1. A pessoa extraditada não poderá ser submetida a restrição da liberdade pessoal para execução de uma pena, nem sujeita a outras medidas restritivas, por um fato anterior à entrega, diferente daquele pelo qual a extradição tiver sido concedida, mesmo que:

a) a Parte requerida estiver de acordo, ou

b) a pessoa extraditada, tendo tido oportunidade de fazê-lo, não tiver deixado o território da Parte à qual foi entregue, transcorridos 45 dias da sua liberação definitiva, ou, tendo-o deixado, tenha voluntariamente regressado.

2. Para o fim do previsto na letra a) do parágrafo 1 acima, a Parte requerente deverá apresentar pedido instruído com a documentação prevista no Artigo XI, acompanhado das declarações da pessoa reclamada, prestadas perante autoridade judiciária da dita Parte, para instrução do pedido de extensão da extradição.

3. Quando a qualificação do fato imputado vier a modificar-se durante o processo, a pessoa extraditada somente será sujeita a restrições à sua liberdade pessoal na medida em que os elementos constitutivos do crime que correspondem à nova qualificação autorizarem a extradição.

4. A pessoa extraditada não poderá ser entregue a um terceiro Estado, por um fato anterior à sua entrega, a menos que a Parte requerida o permita, ou hipótese do parágrafo 1, letra b).

5. Para os fins previsto nos parágrafo precedente, a Parte à qual tiver sido entregue a pessoa extraditada deverá formalizar um pedido, ao qual juntará a solicitação de extradição do terceiro Estado e a documentação que o instruiu. Tal pedido deverá ser acompanhado de declaração prestada pela reclamada perante uma autoridade judiciária de dita Parte, com relação à sua entrega ao terceiro Estado.

73. No que se refere ao direito de defesa definiu-se que *à pessoa reclamada serão facultadas defesa, de acordo com a legislação da Parte requerida, a assistência de um defensor e, se necessário, de um intérprete* (art. 8).

74. Acertou-se também que o período de detenção imposto à pessoa extraditada na Parte requerida para fins do processo de extradição será computado na pena a ser cumprida na Parte requerente (art.9). O tratado determina a detração. Não se trata de condição ou de encargo. É efetivamente um compromisso.

75. O tratado é rico em pormenor no que se refere ao modo e línguas de comunicação (art. 10), nos termos que em seguida reproduzo:

1. Para os fins do presente Tratado, as comunicações serão efetuadas entre o Ministério da Justiça da República Federativa do Brasil e o “Ministério de Grazia e Giustizia” da Republica Italiana, ou por via diplomática.

2. Os pedidos de extradição e as outras comunicações serão apresentados na língua da Parte requerente, acompanhados de tradução na língua da Parte requerida.

3. Em caso de urgência, poderá ser dispensada a tradução do pedido de prisão preventiva e documentos correlatos.

4. Os Atos e documentos transmitidos por força da aplicação do presente Tratado serão isentos de qualquer forma de legalização.

76. O tratado também explicita o conjunto de documentos que deve instruir e fundamentar o pedido de extradição (art. 11), nomeadamente:

1. O pedido de extradição deverá ser acompanhado de original ou cópia autenticada da medida restritiva da liberdade pessoal ou, tratando-se de pessoa condenada, da sentença irrecorrível de condenação, com a especificação da pena ainda a se cumprida.

2. Os documentos apresentados deverão conter a descrição precisa do fato, a data e o lugar onde foi cometido, a sua qualificação jurídica, assim como os elementos necessários para determinar a identidade da pessoa reclamada e, se possível, sua fotografia e sinais particulares. A esses documentos deve ser anexada cópia das disposições legais da Parte requerente aplicáveis ao fato, bem como aquelas que se refiram a prescrição do crime e da pena.

3. A Parte requerente apresentará também indícios ou provas de que a pessoa reclamada se encontra no território da Parte requerida.

77. O tratado de extradição Brasil/Itália também dispõe sobre suplemento de informação (art. 12), no sentido de que *se os elementos oferecidos pela Parte requerente forem considerados insuficientes para permitir decisão sobre o pedido de extradição, a Parte requerida solicitará um suplemento de informação, fixando um prazo para este fim. Quando houver pedido fundamentado, o prazo poderá se prorrogado.*

78. Há também regra sobre prisão preventiva (art. 13), que especificamente alcança o caso aqui discutido, da forma que segue:

1. Antes que seja entregue o pedido de extradição, cada Parte poderá determinar, a pedido da outra, a prisão preventiva da pessoa, ou aplicar contra ela outras medidas coercitivas.

2. No pedido de prisão preventiva, a Parte requerente deverá declarar que, contra essa pessoa, foi imposta uma medida restritiva da liberdade pessoal, ou uma sentença definitiva de condenação a restritiva da liberdade, e que pretende apresentar pedido de extradição. Além disso, deverá fornecer a descrição dos fatos, a sua qualificação jurídica, a pena cominada, a pena ainda a ser cumprida e os elementos necessários para a identificação da pessoa, bem como indícios existentes sobre sua localização no território da Parte requerida. O pedido de prisão preventiva poderá ser apresentado à Parte requerida, também através da Organização Internacional de Polícia Criminal - INTERPOL.

3. A Parte requerida informará imediatamente à outra Parte sobre o seguimento dado ao pedido, comunicando a data da prisão ou da aplicação de outras medidas coercitivas.

4. Se o pedido de extradição e os documentos indicados no Artigo 11, parágrafo 1 não chegarem à Parte requerida até 40 dias a partir da data da comunicação prevista no parágrafo terceiro, a prisão preventiva ou as demais medidas coercitivas perderão eficácia. A revogação não impedirá uma nova prisão ou a nova aplicação de medidas coercitivas, nem a extradição, se o pedido de extradição chegar após o vencimento do prazo acima mencionado.

79. Quanto à decisão relativa ao deferimento (ou não) da extradição, bem como no que se refere à entrega do extraditando, o tratado dispõe da forma como em seguida reproduzo (art. 14):

1. A Parte requerida informará sem demora à Parte requerente sua decisão quando ao pedido de extradição. A recusa, mesmo parcial, deverá ser motivada.

2. Se a extradição for concedida, a Parte requerida informará à Parte requerente, especificando o lugar da entrega e a data a partir da qual esta poderá ter lugar, dando também informações precisas sobre as limitações da liberdade pessoal reclamada tiver sofrido em decorrência da extradição.

3. O prazo para a entrega será de 20 dias a partir da data mencionada no parágrafo anterior. Mediante solicitação fundamentada da Parte requerente, poderá ser prorrogado por mais 20 dias.

4. A decisão de concessão da extradição perderá a eficácia se, no prazo determinado, a Parte requerente não proceder à retirada do extraditando. Neste caso, este será posto em liberdade, e a Parte requerida poderá recusar-se a extraditá-lo pelo mesmo motivo.

80. Há previsão para adiamento da entrega do extraditando (art. 15), de modo pormenorizado, a da forma que segue:

1. Se a pessoa reclamada for submetida a processo penal, ou deva cumprir pena em território da Parte requerida por um crime que não aquele que motiva o pedido de extradição, a Parte requerida deverá igualmente decidir sem demora sobre o pedido de extradição e dar a conhecer sua decisão à outra Parte. Caso o pedido de extradição vier a ser acolhido, a entrega da pessoa extraditada poderá ser adiada até a conclusão do processo penal ou até o cumprimento da pena.

2. Todavia, a Parte requerida poderá, mediante pedido fundamentado, proceder à entrega temporária da pessoa extraditada que se encontre respondendo a processo penal em seu território, a fim de permitir o desenvolvimento de processo penal na Parte requerente, mediante acordo entre as duas Partes quando a prazos e procedimentos. A pessoa temporariamente entregue permanecerá detida durante sua estada no território da Parte requerente e será recambiada à Parte requerida, segundo os termos acordados. A duração dessa detenção, desde a data de saída do território da parte requerida até o regresso ao mesmo território, será computada na pena a ser imposta ou executada na Parte requerida.

3. A entrega da pessoa extraditada poderá ser igualmente adiada:

a) quando, devido a enfermidade grave, o transporte da pessoa reclamada ao território da Parte requerente puder causar-lhe perigo de vida;

b) quando razões humanitárias, determinadas por circunstâncias excepcionais de carácter pessoal, assim o exigirem, e se a Parte requerente estiver de acordo.

81. Dispõe-se também que a Parte requerente poderá enviar à Parte requerida, com prévia aquiescência desta, agentes devidamente autorizados, quer

para auxiliarem no reconhecimento da identidade do extraditando, quer para o conduzirem ao território da primeira. Esses agentes não poderão exercer atos de autoridade no território da Parte requerida e ficarão subordinados à legislação desta. Os gastos que fizerem correrão por conta da Parte requerente (art. 17).

82. Quanto ao procedimento a ser observado no que se refere à entrega de objetos há extensa previsão (art. 18), a saber:

1. Dentro dos limites impostos por sua própria lei, a Parte requerida sequestrará e, caso a extradição vier a ser concedida, entregará à Parte requerente, para fins de prova e a seu pedido, os objetos sobre os quais ou mediante os quais tiver sido cometido o crime, ou que constituírem seu preço, produto ou lucro.

2. Os objetos mencionados no parágrafo precedente também serão entregues se, apesar de ter sido concedida a extradição, esta não puder concretizar-se devido à morte ou à fuga da pessoa extraditada.

3. A Parte requerida poderá conservar os objetos mencionados no parágrafo 1 pelo tempo que for necessário a um procedimento penal em curso, ou poderá, pela mesma razão, entregá-los sob as condições de que sejam restituídos.

4. Serão resguardados os direitos da Parte requerida ou de terceiros sobre os objetos entregues. Se se configurar a existência de tais direitos, ao fim do processo os objetos serão devolvidos sem demora à Parte requerida.

83. No mesmo sentido, há previsão pormenorizada relativa ao trânsito do extraditado (art. 19), como segue:

1. O trânsito, pelo território de qualquer das Partes, de pessoa entregue por terceiro Estado a uma das Partes, será permitido, por decisão da autoridade competente, mediante simples solicitação, acompanhada da apresentação, em original ou cópia autenticada, da documentação completa referente à extradição, bem como da indicação dos agentes que acompanham a pessoa. Tais agentes ficarão sujeitos às condições do Artigo 17.

2. O trânsito poderá ser recusado quando o fato que determinou a extradição seja daqueles que, segundo este Tratado, não a justificariam, ou por graves razões de ordem pública.

3. No caso de transporte aéreo em que não seja prevista aterrissagem, não é necessária a autorização da Parte cujo território é sobrevoado. De qualquer modo, esta Parte deverá ser informada com antecedência, do trânsito, pela outra Parte, que fornecerá os dados relativos à identidade da pessoa, as indicações sobre o fato cometido, sobre sua qualificação jurídica a eventualmente sobre a pena a ser cumprida, e atestará a existência de uma medida restritiva da liberdade pessoal ou de uma sentença irrevogável com pena restritiva da liberdade pessoal. Se ocorrer a aterrissagem, esta comunicação produzirá os mesmos efeitos do pedido de prisão preventiva prevista pelo Artigo 13.

84. Acordou-se que as despesas relativas à extradição ficarão a cargo da Parte em cujo território tenham sido efetuadas; contudo, as referentes a transporte aéreo para a entrega da pessoa extraditada correrão por conta da Parte requerente, e que as despesas relativas ao trânsito ficarão a cargo da Parte requerente (art. 21).

V) O DIREITO PROCESSUAL PENAL EXTRADICIONAL ITALIANO

85. O art. 720 do Código Penal da Itália vincularia, em princípio, as condições determinantes da extradição à aceitação do Ministério da Justiça e ao fato de que não se contraponham aos princípios que marcam o direito italiano. A afirmação é colocada em termo de suposição, marcada pela dificuldade que o direito comparado enseja, e pela dificuldade que há em se alcançar um esperanto jurídico.

86. Ao que parece, no direito italiano a extradição é matéria disposta no Código de Processo Penal (*Codice di Procedura Penale*-artigos 697 a 722). É assunto do Livro XI daquele código, no excerto que trata das relações jurisdicionais com a autoridade estrangeira (*Rapporti giurisdizionali com autorità straniera*). O direito italiano divide a extradição em *extradição ativa* (*estradiçoine dall'estero*) e em extradição passiva (*estradiçoine per l'estero*). Do mesmo modo como fazemos.

87. Na primeira, ativa, as autoridades italianas pedem a cooperação internacional. Roga-se que se extradite italiano que se encontre no país para o qual se pede a extradição. Na segunda, passiva, a Itália coopera com autoridades estrangeiras, promovendo a extradição, nos limites do disposto no Código de Processo Penal, em estrutura que lembra o modelo brasileiro, em suas linhas gerais.

88. No modelo italiano a decisão final sobre extradição, ativa (quem e a quem pedir extradição) e passiva (deferir o pedido de extradição), pertence ao Ministro da Justiça (*Ministro di Grazia e Giustizia*). A competência do Ministro da Justiça em âmbito de extradição (*Estradizione e poteri del Ministro di Grazia e Giustizia*), no direito italiano, é definida no art. 697 do CPP daquele país.

89. Há restrições para a extradição relativa a delitos políticos (art. 698- *reati politici*), com fundamento na tutela dos direitos fundamentais da pessoa humana (*tutela dei diritti fondamentali della persona*). Faz-se deferência ao princípio da especialidade (art. 699- *principio di specialità*).

90. Há normas sobre reextradição (art. 711- *riestradizione*), sobre o trânsito do extraditado (art. 712- *transito*), sobre medidas de segurança aplicáveis (art. 713- *misure di sicurezza applicate all'estradata*), sobre medidas de coerção e sequestro (art. 714- *misure coercitive e sequestro*), sobre aplicação provisória de medidas cautelares (art. 715- *applicazione provvisoria di misure cautelari*).

91. No que se refere à extradição ativa propriamente dita, dispõe-se que ao Ministro da Justiça cabe o pedido de extradição a um Estado estrangeiro, de acusado ou condenado, a quem deva ser imposto procedimento restritivo de liberdade pessoal (art. 720- *domanda di estradizione- Il Ministro di Grazia e Giustizia competente a domandare a uno Stato estero l'extradizione di un imputato o di un condannato nei cui confronti debba essere eseguito un provvedimento restrittivo della libert personale*).

92. O Ministro da Justiça é provocado pelo Procurador que atua no tribunal do distrito no qual transitou sentença em desfavor do extraditando, cabendo ainda ao Procurador a instrução do pedido com todos os documentos necessários (art. 720- *A tal fine il procuratore generale presso la Corte di Appello nel cui distretto si procede o stata pronunciata la sentenza di condanna ne fa richiesta al ministro di grazia e giustizia, trasmettendogli gli atti e i documenti necessari*).

93. No entanto, a extradição pode também ser suscitada por iniciativa própria do Ministro da Justiça (art. 720- *L'extradizione può essere domandata di propria iniziativa dal Ministro di Grazia e Giustizia*), a quem cabe também decidir por não encaminhar o pedido de extradição (art. 720- *Il Ministro di Grazia e Giustizia può decidere di non presentare*

la domanda di estradizione o di differirne la presentazione dandone comunicazione all'autorità giudiziaria richiedente).

94. Na hipótese do Estado que extradita impor condições para a entrega do extraditando (comutação da pena -- de pena de prisão perpétua para pena de reclusão máxima de 30 anos -- ou detração -- redução da pena a ser cumprida do período já passado na prisão pelo extraditando) o Ministro da Justiça seria quem deteria competência para decidir sobre a aceitação das condições impostas.

95. Não se admitem condições que conflitem com os princípios fundamentais do ordenamento jurídico italiano (art. 730- *Il Ministro di Grazia e Giustizia é competente a decidere in ordine all'accettazione delle condizioni eventualmente poste dallo Stato estero per concedere l'extradizione, purché non contrastanti con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*). As autoridades judiciárias italianas vinculam-se às condições impostas pelo Estado estrangeiro, e aceitas pelo Ministro da Justiça (art. 730- *L'autorità giudiziaria é vincolata al rispetto delle condizioni accettate*).

96. Assim, é ao Ministro da Justiça a quem caberia, em princípio, decidir sobre as condições postas por Estado estrangeiro, podendo se recusar ao cumprimento do exigido na medida em que haja contraste entre a condição imposta e o ordenamento jurídico italiano. A situação poderia, em princípio, suscitar algumas indagações, a propósito, especialmente, do regime de penas. Insisto, do ponto de vista conceitual.

97. No direito italiano há as penas de restrição de liberdade e penas pecuniárias. Entre as penas de restrição de liberdade há a prisão perpétua, a reclusão e o arresto. Entre as penas pecuniárias há multa e outras imposições fixas e proporcionais.

98. A pena de prisão perpétua (*ergastolo*) é cumprida em estabelecimento especial, há isolamento noturno, com eventual possibilidade de trabalho aberto (*La pena dell'ergastolo è perpetua, ed è scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati, con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno. Il condannato all'ergastolo può essere ammesso al lavoro all'aperto*).

99. A pena de reclusão (*reclusione*) é fixada de 15 dias a 24 anos, também cumprida em estabelecimento especial, com obrigação de isolamento noturno, com possibilidade de trabalho aberto, cumprido um ano da pena (*La pena della reclusione si estende da quindici giorni a ventiquattro anni, ed è*

scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati, con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno. Il condannato alla reclusione, che ha scontato almeno un anno della pena, può essere ammesso al lavoro all'aperto).

100. A pena de arresto (*arresto*) é fixada entre 3 dias e 3 anos, com isolamento noturno; o condenado pode trabalhar em local outro que não o estabelecimento no qual cumpra a pena, levando-se em conta, especialmente, seu histórico de trabalho (*La pena dell'arresto si estende da cinque giorni a tre anni, ed è scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati o in sezioni speciali degli stabilimenti di reclusione, con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno. Il condannato all'arresto può essere addetto a lavori anche diversi da quelli organizzati nello stabilimento, avuto riguardo alle sue attitudini e alle sue precedenti occupazioni*).

101. É o Ministro da Justiça quem aprecia e defere (ou não) as condições impostas por Estado estrangeiro, para a entrega do extraditando. A questão deve ser inserida no contexto geral do ordenamento jurídico italiano, na expressão de tratadistas daquele país, em tradução livre minha:

[...] as condições que Estados estrangeiros impõem para a extradição são imprevisíveis; é por isso que, distanciando-se de generalizações abstratas, individualiza-se na pessoa do Ministro o órgão funcionalmente competente para operar uma valoração sobre a conveniência, para os interesses nacionais, de aceitar-se cláusula ulterior e específica colocada pelo Estado que dispõe sobre a transferência da pessoa demandada. Neste trabalho de seleção, além do 'bem comum', o Ministro conta com algum parâmetro de referência obrigatória de racionalidade e de ética; no sentido de que seja vedado à autoridade administrativa a aceitação de condições boomerang para a eficácia da justiça e que eventualmente sejam 'contrárias aos princípios fundamentais do ordenamento jurídico italiano'. Ainda que esta valoração e especificação do âmbito da especialidade deva encontrar expressão formal em um decreto, com todos os problemas que alcancem um ponto de controle²⁵.

²⁵ Gaito, Alfredo. Rapporti giurisdizionali com autorità stranieri, in Conso, Giovanni e Grevi, Vittorio, *Profili di Procedura Penale*, S.I.: CEDAM, p. 814. No original: [...] le condizioni che gli stati stranieri appongono all'extradizione sono imprevedibili: ecco perché, rifuggendo da generalizzazioni astratte, si è individuato nel Ministro l'organo funzionalmente competente ad operare un vaglio sulla convenienza, per gli interessi nazionali, di accettare le clausole ulteriori e specifiche aggiunte dallo Stato che dispone il trasferimento del soggetto richiesto. In questa opera di selezione, oltre al 'bene comune', il Ministro ha quale parâmetro di riferimento obrigatório la ragionevolezza e l'etica; nel senso che è inibita all'autorità amministrativa l'acceitazione di condizioni boomerang per l'efficacia della giustizia e quello eventualmente 'contrastanti com i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano'. Anche

102. No modelo extradicional ativo italiano, insista-se, a valoração das condições impostas por Estados estrangeiros, é competência do Ministro da Justiça. É ele quem as avalia, e ele quem as insere no contexto dos princípios fundamentais do direito daquele país²⁶. O respeito aos princípios fundamentais do direito italiano é o limite²⁷.

103. Questão que se mostra recorrente é relativa à entrega de extraditando que fora julgado e condenado à revelia (*contumacia*), com condição de que se faça novo julgamento. Há notícia de que se impôs como condição para entrega de extraditando julgado à revelia a possibilidade de um novo julgamento.

104. A Corte de Cassação italiana entendeu que o pleno exercício do contraditório (*pieno esercizio dei diritti de impugnazione*) exigido pelo Estado estrangeiro como condição para entrega do extraditando encontra-se perfeitamente realizado com a possibilidade que se daria ao extraditando de requerer revisão do julgado ou desconsideração da preclusão (*restituzione in termini*)²⁸.

105. Do que então se pode concluir, nesta particularidade do direito extradicional italiano, que o Ministro da Justiça é quem decidiria pelo cumprimento de condições impostas por Estado estrangeiro, referentes a entrega de extraditando; teria, como limites, os princípios gerais do direito italiano (art. 720 do CPP da Itália).

VI) CASO BATTISTI: PECULIARIDADES E DESDOBRAMENTOS

106. No cumprimento da decisão do Supremo Tribunal, isto é, no juízo de adequação, ou não, do deferimento do pedido de extradição, nos

questa valutazione e specificazione degli ambiti della specialità nel caso concreto dovrebbe trovare espressione formale in un decreto, con tutti i problemi che ne conseguono in punto di controlli.

26 Cf. Dália, Andrea Antonio e Ferraioli, Marzia. *Corso di Diritto Processuale Penale*, S.I.: CEDAM., 1992, pp. 648-649.

27 Cf. Tonini, Paolo, *Manuali di Procedura Penale*, Milano: Doot A. Giuffrè Editore, 2005, p. 857.

28 Sez. 1, Sentenza n. 35144 del 22/09/2005 Cc. (dep. 29/09/2005) Rv. 232088- RAPPORTI GIURISDIZIONALI CON AUTORITÀ STRANIERE (Cod. proc. pen. 1988) - ESTRADIZIONE DALL'ESTERO - IN GENERE - Condizione apposta dallo Stato estero - Pieno esercizio dei diritti di impugnazione - Condanna in contumacia - Restituzione in termini - Istanza - Valutazione - Obbligo. In ipotesi di estradizione da uno Stato estero che non preveda il giudizio contumaciale, concessa a condizione che sia data all'extradando la possibilità di impugnazione idonea a garantire i suoi diritti di difesa, la condizione deve intendersi rispettata solo qualora l'interessato possa avvalersi, ricorrendone i presupposti, degli istituti della rimessione in termini o della revisione.

termos do Tratado, o Senhor Presidente da República deverá levar em conta o disposto na letra *f* do item 1 do art. 3 do Tratado Brasil/Itália, no sentido de que a *extradição não será concedida se a Parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição e discriminação por motivo de raça, religião, sexo, nacionalidade, língua, opinião política, condição social ou pessoal; ou que sua situação possa ser agravada por um dos elementos antes mencionados.*

107. Tal circunstância, centrada no agravamento de situação pessoal, que o extraditando poderia sofrer em território italiano, pode ser identificada em dois planos. Refiro-me aos registros que a imprensa italiana tem feito da situação, bem como a linha argumentativa da defesa do extraditando, e que fora nos termos propostos aceita por alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal.

108. Por exemplo, o Ministro Marco Aurélio registrou em sua decisão que as sentenças italianas que condenam ao extraditando fazem 34 referências a *movimento de subversão da ordem estatal*. O Ministro Marco Aurélio teria reconhecido como procedente alegação da defesa do extraditando, referente às seguintes circunstâncias:

- a) o Presidente da República Italiana teria expressado profundo estupor e pesar em carta dirigida ao Presidente do Brasil,
- b) o Ministro das Relações Exteriores da Itália registrava queixa e surpresa para com os fatos,
- c) o Ministro da Justiça na Itália teria acenado com a possibilidade de dificultar o ingresso do Brasil no G-8,
- d) o Ministro da Defesa da Itália teria ameaçado de se acorrentar na porta da embaixada brasileira na Itália,
- e) o Ex-presidente da República Italiana teria afirmado que o nosso Ex-ministro da Justiça do Brasil teria dito algumas cretinices,
- f) o Ministro italiano para Assuntos Europeus teria considerado vergonhosa a decisão do governo brasileiro,
- g) o Vice-Presidente da Itália teria proposto um boicote a produtos brasileiros,

h) o Vice-Presidente da Comissão de Relações Exteriores da Itália teria suscitado um boicote turístico ao Brasil

109. Talvez corroborando a percepção do Ministro Marco Aurélio há manifestações da imprensa italiana, que dão a impressão de que o caso ganha contornos de clamor, de polarização ideológica. Preocupa-se com o que se pode levantar contra o extraditando, anunciando-se futuro incerto e de muita dificuldade.

110. Não se trata de nenhuma dúvida para com as perfeitas condições democráticas que presentemente vigem na Itália. Cuida-se, tão somente, do reconhecimento de circunstância que inegavelmente se evidencia, no que se refere à situação pessoal de Cesare Battisti. É o justamente a plena convicção que regime democrático exuberante vigora na Itália que autoriza que se intua que a situação do extraditando possa ser agravada, por força de sua condição pessoal.

111. Em 11 de janeiro de 2010 no *Italia chiama Italia* o Presidente do Partido Povo da Liberdade, no Senado, Maurizio Gasparri, teria declarado que decisão brasileira relativa ao refúgio de Battisti explicitaria como patética a Itália, com nefastas consequências para o relacionamento entre Itália e Brasil.

112. Em 14 de janeiro de 2009 no *La Repubblica* divulgou-se que haveria por parte das autoridades italianas desilusão e insatisfação para com decisão brasileira, com conseqüente repúdio e reprovação; nossa postura constituiria um grande erro, na visão do Vice-Ministro do Interior italiano. Um membro do Partido Democrata-Cristão teria afirmado, ainda segundo o *La Repubblica* que nossa decisão manifestaria insulto à história e dignidade da Itália.

113. No *Il Tempo* de 24 de novembro de 2009, informou-se que o Ministro Tarso Genro teria afirmado que as declarações das autoridades italianas confirmariam suspeita de que o caso é efetivamente político, pelo que os advogados do extraditando poderiam formalizar pedido de asilo.

114. No mesmo jornal, quatro dias antes, em 20 de novembro de 2009, publicou-se que Daniel Cohn Bendit, líder dos movimentos de 1968, teria afirmado que a extradição de Battisti era necessária; porém, deveria ser submetido a um novo julgamento. No mesmo dia, e no mesmo jornal, exigiu-se que o Presidente do Brasil extraditasse Battisti, porquanto a Itália esperaria justiça e respeito, e não vingança.

115. No *Mazzeta* de 20 de novembro de 2009 enfocou-se a questão a partir de um suposto *orgulho brasileiro*, decorrente de uma nova projeção internacional que ocuparíamos. E vinculou-se o caso Battisti ao caso Cacciola.

116. No *Il Secolo XIX* de 19 de novembro de 2009 informou-se que o Presidente da República Italiana, Giorgio Napolitano, exultava o Brasil a extraditar Battisti porque *se queria justiça para as vítimas*.

117. No *Il Quotidiano* de 19 de novembro de 2009 publicou-se que Ignazio La Russa teria se referido a parentes das vítimas, *que teriam certo alívio depois da dor sentida pelas perdas de seus entes queridos (..) uma sentença diferente dessa seria terrível*.

118. No *Il Tempo* do mesmo dia, 19 de novembro de 2009, noticiou-se que o Ministro das Relações Exteriores da Itália, Franco Frattini, teria fervorosamente antecipado comemoração relativa a notícia de extradição iminente.

119. No *Quotidiano* também de 19 de novembro de 2009 relatou-se que o Ministro das Relações Exteriores da Itália afirmara que eventual extradição de Battisti *encerra o profundo amargor da opinião pública italiana*.

120. No *Corrieri della Sera* também do mesmo dia, 19 de novembro de 2009, registrou-se que a extradição iminente agradava o governo italiano. Em 18 de novembro de 2009 o *Il Secolo XIX* registrou afirmação do filho de uma das vítimas, no sentido de que Battisti deveria sofrer *justa pena*; como está com 51 anos deveria ficar mais 30 anos detido, isto é, até aos 81 anos de idade.

121. No *Il Tempo* de 16 de novembro de 2009 há notícia de que três fundadores do *Movimento para a Itália* entravam em greve de fome, como manifestação pela extradição de Battisti. *Queriam celebrar a memória ofendida das vítimas deste assassino vil*. No mesmo jornal, na edição de 14 de novembro de 2009, relatou-se que o Subsecretário da Presidência do Conselho de Ministros, Gianni Letta, deixava transparecer a *esperança em ver um ex-terrorista atrás das grades*.

122. No mesmo jornal, em 13 de novembro de 2009, publicou-se que o Ministro das Relações Internas, Roberto Maroni, teria afirmado que Battisti *é um criminoso perigoso que deve cumprir a penal pela qual foi condenado*.

123. No *Corrieri della Sera* de 10 de novembro de 2009 registrou-se que o Ministro da Defesa Ignazio La Russa teria afirmado que não aceitaria debater com Battisti, que teria atenção quando estivesse na prisão de seu próprio país.

124. As referências acima parcialmente reproduzidas, a título de exemplo, dão conta de que há estado de ânimo que justifica preocupações para com o deferimento da extradição de Battisti, por força de suposição do agravamento de sua situação pessoal. Recorrentemente toca-se no objetivo de se fazer *justiça para as vítimas*. O direito processual penal contemporâneo repudia essa percepção criminológica, e o referencial conceitual é um autor italiano, Luigi Ferrajoli. O fundamento da pena é (ou deve ser) o reaproveitamento do criminoso para a vida social.

125. Os excertos de jornal acima reproduzidos dão conta de que há comoção política em favor do encarceramento de Battisti. Inegável que este ambiente, fielmente retratado pela imprensa peninsular, seja caldo de cultura justificativo de temores para com a situação do extraditando, que será agravada.

126. Nesse sentido, as informações acima reproduzidas justificam que se negue a extradição, por força mesmo de disposição convencional. O Presidente da República aplicaria disposição da letra *f* do item 1 do art. 3 do Tratado de Extradicação formalizado por Brasil e Itália. E tem competência para tal. O que estaria vedado ao Presidente do Brasil seria a concessão de indulto (o que não é a hipótese) conforme se decidiu na Ext 736/República Federal da Alemanha, relatada pelo Ministro Sydney Sanches, em julgamento de 10 de março de 1999:

EXTRADIÇÃO. DECRETODEPRISÃO PREVENTIVA. CRIMES DE ESTELIONATO E FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTOS: DUPLA TIPICIDADE. TERRITORIALIDADE. INSTITUTOS PENAIIS E PROCESSUAIS BRASILEIROS: INEXIGIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO PELA JUSTIÇA DO ESTADO REQUERENTE. PRESCRIÇÃO. REQUISITOS PARA A EXTRADIÇÃO. 1. O decreto de prisão está contido no próprio mandado de captura, como previsto na legislação alemã, com satisfatória fundamentação e plena aceitação desta Corte, em vários precedentes. 2. Os delitos imputados ao extraditando, segundo consta de tal peça, foram sete estelionatos (um dos quais especialmente grave), e seis mediante falsificação de documentos, todos ocorridos na Alemanha, onde o extraditando agia em nome

de certa firma, com escritório em Munique, sob a gerência de um camparsa. 3. A conduta de ambos, em cada um dos delitos, foi minuciosamente descrita na ordem de prisão. 4. Os institutos brasileiros de suspensão do processo, conforme o montante da pena mínima prevista para os crimes, e do regime de cumprimento de pena não podem ser impostos à Justiça alemã pela brasileira, nem isso é previsto na legislação que regula a extradição, ou em tratado entre os dois países. O mesmo ocorre com relação à possibilidade de o Presidente da República, no Brasil, segundo critérios seus, vir a conceder o indulto, em situações assemelhadas, em casos aqui julgados. 5. Precedentes. 6. Da mesma forma, não se compreende que a Corte possa impor à Justiça alemã que considere, ou não, o crime de falso absorvido pelo de estelionato, o que, aliás, nem é pacífico na sua própria jurisprudência, que propende, ultimamente, pelo reconhecimento do concurso formal de delitos. 7. No caso, não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva, seja pelo Direito Penal brasileiro, seja pelo alemão. 8. Enfim, tendo sido apresentados todos os documentos exigíveis e preenchidos os requisitos dos artigos 76, 78, 80 e seguintes da lei nº 6.815/80, modificada pela Lei nº 6.964, e não se caracterizando qualquer das hipóteses previstas no art. 77, é de ser deferida a extradição. 9. Pedido deferido. Decisão unânime.

127. Por isso, deve-se levar em conta o permissivo da letra *f* do item 1 do art. 3 do Tratado de Extradicação formalizado por Brasil e Itália. A situação sugere certo contexto político, podendo acirrar paixões. Esse núcleo temático, que enseja preocupações, exige ampla reflexão em torno da situação pessoal do extraditando. Concretamente, há temores de que a situação de Battisti poderá ser agravada na Itália, por razões pessoais.

128. E ainda, há certo conteúdo humanitário que deve informar a decisão a ser tomada. A pena imposta é superior a 30 anos. E deverá ser mitigada. Porém, para condenado que conta com mais de 50 anos de idade a pena assemelha-se a prisão perpétua.

129. Por isso, se a pena fosse diminuída para 30 anos, o que permitiria, em tese, a extradição, ter-se-ia a liberdade do extraditando com mais de 80 anos de idade: 60 anos depois dos fatos supostamente ocorridos. Embora, bem entendido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ainda não tenha se expressado sobre o fato de que o cumprimento da pena tenha como resultado, concretamente, uma circunstância fática de prisão perpétua.

130. Já se julgou que a menoridade é circunstância que se reporta à época do cometimento do crime, e que a idade avançada, vinculada ao momento do último provimento judicial, poderia tão somente vincular-se à prescrição da pretensão executória do Estado requerente, tal como se julgou na Ext 591/Itália, relatada pelo Ministro Marco Aurélio, em julgamento de 1º de junho de 1995:

PRESCRIÇÃO - IDADE DO AGENTE - DEFINIÇÃO TEMPORAL. Enquanto a menoridade e perquirida em face da data em que cometido o crime, a idade avançada o e relativamente ao último provimento judicial. O vocabulo “sentença” empregado no artigo 115 do Código Penal tem sentido amplo. Interposto recurso contra a condenação ou absolvição formalizada na primeira instância, considera-se a idade do agente na data do decreto condenatório a ser executado, presente a circunstancia de que o acórdão proferido substitui a sentença atacada, quer a reforme ou confirme (artigo 512 do Código de Processo Civil, aplicavel subsidiariamente). EXTRADIÇÃO - PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTORIA. Constata da incidencia da prescrição da pretensão executória do Estado requerente, tendo em vista o residuo de pena a ser cumprida e a idade do extraditando a data do último provimento judicial (artigos 113 e 115 do Código Penal), impõe-se o indeferimento do pedido de extradição.

131. Neste mesmo passo cumpre-se ressaltar que a exigência de que se realize a detração, em favor do extraditando, é múnus do Poder Executivo, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, por ocasião da Ext 1104 ED/Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, relatada pelo Ministro Cezar Peluso, em julgamento de 25 de junho de 2008:

EMENTAS: 1. EXTRADIÇÃO. Passiva. Pena. Prisão perpétua. Comutação prévia assegurada. Detração do tempo cumprido como prisão preventiva no Brasil. Efeito secundário e automático do deferimento do pedido. Exigência, porém, que toca ao Poder Executivo. Inteligência do art. 91, II, da Lei nº 6.815/80 - Estatuto do Estrangeiro. Precedentes. O destinatário do disposto no art. 91, II, do Estatuto do Estrangeiro, é o Poder Executivo, a que incumbe exigir, do Estado estrangeiro requerente, o compromisso de efetivar a detração penal, como requisito para entrega do extraditando. 2. RECURSO. Embargos de declaração. Pretensão de alteração do teor decisório. Inexistência de omissão, obscuridade ou contradição.

Inadmissibilidade. Embargos rejeitados. Embargos declaratórios não se prestam a modificar capítulo decisório, salvo quando a modificação figure conseqüência inarredável da sanação de vício de omissão, obscuridade ou contradição do ato embargado.

132. E o Supremo Tribunal Federal, por ocasião da Ext 1039/Itália, relatada pelo Ministro Celso de Mello, em julgamento de 21 de junho de 2007, já tocara no assunto, centrando o extraditando como sujeito de direitos, em sentido estrito:

E M E N T A: EXTRADIÇÃO PASSIVA DE CARÁTER INSTRUTÓRIO - SUPOSTA PRÁTICA DO DELITO DE LAVAGEM DE DINHEIRO (“BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS”) - INEXISTÊNCIA DE TRATADO DE EXTRADIÇÃO ENTRE O BRASIL E A REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA - PROMESSA DE RECIPROCIDADE - FUNDAMENTO JURÍDICO SUFICIENTE - NECESSIDADE DE RESPEITO AOS DIREITOS BÁSICOS DO SÚDITO ESTRANGEIRO - OBSERVÂNCIA, NA ESPÉCIE, DOS CRITÉRIOS DA DUPLA TIPICIDADE E DA DUPLA PUNIBILIDADE - ATENDIMENTO, NO CASO, DOS PRESSUPOSTOS E REQUISITOS NECESSÁRIOS AO ACOLHIMENTO DO PLEITO EXTRADICIONAL - EXTRADIÇÃO DEFERIDA. INEXISTÊNCIA DE TRATADO DE EXTRADIÇÃO E OFERECIMENTO DE PROMESSA DE RECIPROCIDADE POR PARTE DO ESTADO REQUERENTE. - A inexistência de tratado de extradição não impede a formulação e o eventual atendimento do pleito extradicional, desde que o Estado requerente prometa reciprocidade de tratamento ao Brasil, mediante expediente (Nota Verbal) formalmente transmitido por via diplomática. Doutrina. Precedentes. PROCESSO EXTRADICIONAL E SISTEMA DE CONTENCIOSIDADE LIMITADA: INADMISSIBILIDADE DE DISCUSSÃO SOBRE A PROVA PENAL PRODUZIDA PERANTE O ESTADO REQUERENTE. - A ação de extradição passiva não confere, ao Supremo Tribunal Federal, qualquer poder de indagação sobre o mérito da pretensão deduzida pelo Estado requerente ou sobre o contexto probatório em que a postulação extradicional se apoia. - O sistema de contenciosidade limitada, que caracteriza o regime jurídico da extradição passiva no direito positivo brasileiro, não permite qualquer indagação probatória pertinente ao ilícito criminal cuja persecução, no exterior, justificou o ajuizamento da

demanda extradicional perante o Supremo Tribunal Federal. - Revelar-se-á excepcionalmente possível, no entanto, a análise, pelo Supremo Tribunal Federal, de aspectos materiais concernentes à própria substância da imputação penal, sempre que tal exame se mostrar indispensável à solução de controvérsia pertinente (a) à ocorrência de prescrição penal, (b) à observância do princípio da dupla tipicidade ou (c) à configuração eventualmente política tanto do delito atribuído ao extraditando quanto das razões que levaram o Estado estrangeiro a requerer a extradição de determinada pessoa ao Governo brasileiro. Inocorrência, na espécie, de qualquer dessas hipóteses. EXTRADIÇÃO E RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS: PARADIGMA ÉTICO-JURÍDICO CUIA OBSERVÂNCIA CONDICIONA O DEFERIMENTO DO PEDIDO EXTRADICIONAL. - A essencialidade da cooperação internacional na repressão penal aos delitos comuns não exonera o Estado brasileiro - e, em particular, o Supremo Tribunal Federal - de velar pelo respeito aos direitos fundamentais do súdito estrangeiro que venha a sofrer, em nosso País, processo extradicional instaurado por iniciativa de qualquer Estado estrangeiro. O extraditando assume, no processo extradicional, a condição indisponível de sujeito de direitos, cuja intangibilidade há de ser preservada pelo Estado a que foi dirigido o pedido de extradição (o Brasil, no caso). - O Supremo Tribunal Federal não deve autorizar a extradição, se se demonstrar que o ordenamento jurídico do Estado estrangeiro que a requer não se revela capaz de assegurar, aos réus, em juízo criminal, os direitos básicos que resultam do postulado do “due process of law” (RTJ 134/56-58 - RTJ 177/485-488), notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante. Demonstração, no caso, de que o regime político que informa as instituições do Estado requerente reveste-se de caráter democrático, assegurador das liberdades públicas fundamentais. EXTRADIÇÃO - DUPLA TIPICIDADE E DUPLA PUNIBILIDADE. - O postulado da dupla tipicidade - por constituir requisito essencial ao atendimento do pedido de extradição - impõe que o ilícito penal atribuído ao extraditando seja juridicamente qualificado como crime tanto no Brasil quanto no Estado requerente. O que realmente importa, na aferição do postulado da dupla tipicidade, é a presença dos elementos estruturantes do tipo penal (“essentialia delicti”), tais como definidos nos preceitos primários de incriminação constantes da legislação brasileira e vigentes no ordenamento positivo do

Estado requerente, independentemente da designação formal por eles atribuída aos fatos delituosos. - Não se concederá a extradição, quando estiver extinta, em decorrência de qualquer causa legal, a punibilidade do extraditando, notadamente se se verificar a consumação da prescrição penal, seja nos termos da lei brasileira, seja segundo o ordenamento positivo do Estado requerente. A satisfação da exigência concernente à dupla punibilidade constitui requisito essencial ao deferimento do pedido extradicional. Observância, na espécie, do postulado da dupla punibilidade. VALIDADE CONSTITUCIONAL DO ART. 85, § 1º, DA LEI Nº 6.815/80. - As restrições de ordem temática, estabelecidas no Estatuto do Estrangeiro (art. 85, § 1º) - cuja incidência delimita, nas ações de extradição passiva, o âmbito material do exercício do direito de defesa -, não são inconstitucionais, nem ofendem a garantia da plenitude de defesa, em face da natureza mesma de que se reveste o processo extradicional no direito brasileiro. Precedentes EXISTÊNCIA DE FAMÍLIA BRASILEIRA (UNIÃO ESTÁVEL), NOTADAMENTE DE FILHO COM NACIONALIDADE BRASILEIRA ORIGINÁRIA - SITUAÇÃO QUE NÃO IMPEDE A EXTRADIÇÃO - COMPATIBILIDADE DA SÚMULA 421/STF COM A VIGENTE CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - PEDIDO DE EXTRADIÇÃO DEFERIDO. - A existência de relações familiares, a comprovação de vínculo conjugal ou a convivência “more uxório” do extraditando com pessoa de nacionalidade brasileira constituem fatos destituídos de relevância jurídica para efeitos extradicionais, não impedindo, em consequência, a efetivação da extradição do súdito estrangeiro. Precedentes. - Não impede a extradição o fato de o súdito estrangeiro ser casado ou viver em união estável com pessoa de nacionalidade brasileira, ainda que com esta possua filho brasileiro. - A Súmula 421/STF revela-se compatível com a vigente Constituição da República, pois, em tema de cooperação internacional na repressão a atos de criminalidade comum, a existência de vínculos conjugais e/ou familiares com pessoas de nacionalidade brasileira não se qualifica como causa obstativa da extradição. Precedentes.

133. Embora, reconheça-se, compromissos possam ser tomados pelo Estado requerente, quando da entrega do extraditando, conforme o Supremo Tribunal Federal definiu ao julgar a Ext 1013/Itália, relatada pelo Ministro Marco Aurélio, em julgamento de 1º de março de 2007.

134. No caso presente seria inevitável, para efeitos de extradição, a exigência do não cumprimento de prisão perpétua, conforme se colhe

em jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assentada por ocasião da Ext 944/Estados Unidos, relatada pelo Ministro Carlos Britto, em julgamento de 19 de dezembro de 2005:

EMENTA: EXTRADIÇÃO. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE QUE O INDICTMENT NÃO É DOCUMENTO APTO A VIABILIZAR A CONCESSÃO DO PEDIDO, ALÉM DO QUE A PENA MÁXIMA PARA O CRIME É DE PRISÃO PERPÉTUA, O QUE IMPEDIRIA A EXTRADIÇÃO. Pedido extradicional que atende às exigências do Tratado Bilateral de Extradicação Brasil/Estados Unidos, bem como às da Lei nº 6.815/80. O indictment é instituto equiparável à pronúncia e o Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela suficiência desse ato formal para legitimar pedidos extradicionais (Ext. 542). O Extraditando responde a processo no Brasil, razão pela qual é de se adiar a entrega até o desfecho da ação penal. Em face da possibilidade de cominação da pena de prisão perpétua, é de se observar a atual jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal para exigir do Estado requerente o compromisso de não aplicar esse tipo de reprimenda, menos ainda a pena capital, em caso de condenação do réu (Ext. 855). Extradicação deferida com as mencionadas restrições.

135. Registre-se também, avaliando-se o caso em toda a sua extensão, que o Chefe da Missão Diplomática Italiana no Brasil, nos termos de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, poderia assumir o compromisso oficial de comutar penas, tal como decidido, *mutatis mutandis*, na Ext 633/República da China, processo relatado pelo Ministro Celso de Mello, em julgamento de 28 de agosto de 1996:

E M E N T A: EXTRADIÇÃO - REPÚBLICA POPULAR DA CHINA - CRIME DE ESTELIONATO PUNÍVEL COM A PENA DE MORTE - TIPIFICAÇÃO PENAL PRECÁRIA E INSUFICIENTE QUE INVIABILIZA O EXAME DO REQUISITO CONCERNENTE À DUPLA INCRIMINAÇÃO - PEDIDO INDEFERIDO. PROCESSO EXTRADICIAL E FUNÇÃO DE GARANTIA DO TIPO PENAL. - O ato de tipificação penal impõe ao Estado o dever de identificar, com clareza e precisão, os elementos definidores da conduta delituosa. As normas de incriminação que desatendem a essa exigência de objetividade - além de descumprirem a função de garantia que é inerente ao tipo penal - qualificam-se como expressão de um discurso normativo

absolutamente incompatível com a essência mesma dos princípios que estruturam o sistema penal no contexto dos regimes democráticos. O reconhecimento da possibilidade de instituição de estruturas típicas flexíveis não confere ao Estado o poder de construir figuras penais com utilização, pelo legislador, de expressões ambíguas, vagas, imprecisas e indefinidas. É que o regime de indeterminação do tipo penal implica, em última análise, a própria subversão do postulado constitucional da reserva de lei, daí resultando, como efeito consequencial imediato, o gravíssimo comprometimento do sistema das liberdades públicas. A cláusula de tipificação penal, cujo conteúdo descritivo se revela precário e insuficiente, não permite que se observe o princípio da dupla incriminação, inviabilizando, em consequência, o acolhimento do pedido extradicional.

EXTRADIÇÃO E RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS. - A essencialidade da cooperação internacional na repressão penal aos delitos comuns não exonera o Estado brasileiro - e, em particular, o Supremo Tribunal Federal - de velar pelo respeito aos direitos fundamentais do súdito estrangeiro que venha a sofrer, em nosso País, processo extradicional instaurado por iniciativa de qualquer Estado estrangeiro. O fato de o estrangeiro ostentar a condição jurídica de extraditando não basta para reduzi-lo a um estado de submissão incompatível com a essencial dignidade que lhe é inerente como pessoa humana e que lhe confere a titularidade de direitos fundamentais inalienáveis, dentre os quais avulta, por sua insuperável importância, a garantia do *due process of law*. Em tema de direito extradicional, o Supremo Tribunal Federal não pode e nem deve revelar indiferença diante de transgressões ao regime das garantias processuais fundamentais. É que o Estado brasileiro - que deve obediência irrestrita à própria Constituição que lhe rege a vida institucional - assumiu, nos termos desse mesmo estatuto político, o gravíssimo dever de sempre conferir prevalência aos direitos humanos (art. 4º, II).

EXTRADIÇÃO E DUE PROCESS OF LAW. O extraditando assume, no processo extradicional, a condição indisponível de sujeito de direitos, cuja intangibilidade há de ser preservada pelo Estado a quem foi dirigido o pedido de extradição. A possibilidade de ocorrer a privação, em juízo penal, do *due process of law*, nos múltiplos contornos em que se desenvolve esse princípio assegurador dos direitos e da própria liberdade do acusado - garantia de ampla defesa, garantia do contraditório, igualdade entre as partes perante o juiz natural e garantia de imparcialidade do magistrado processante - impede o válido deferimento do pedido extradicional (RTJ 134/56-58, Rel. Min. CELSO DE MELLO). O Supremo

Tribunal Federal não deve deferir o pedido de extradição, se o ordenamento jurídico do Estado requerente não se revelar capaz de assegurar, aos réus, em juízo criminal, a garantia plena de um julgamento imparcial, justo, regular e independente. A incapacidade de o Estado requerente assegurar ao extraditando o direito ao fair trial atua como causa impeditiva do deferimento do pedido de extradição. EXTRADIÇÃO, PENA DE MORTE E COMPROMISSO DE COMUTAÇÃO. - O ordenamento positivo brasileiro, nas hipóteses em que se delineia a possibilidade de imposição do supplicium extremum, impede a entrega do extraditando ao Estado requerente, a menos que este, previamente, assuma o compromisso formal de comutar, em pena privativa de liberdade, a pena de morte, ressalvadas, quanto a esta, as situações em que a lei brasileira - fundada na Constituição Federal (art. 5º, XLVII, a) - permitir a sua aplicação, caso em que se tornará dispensável a exigência de comutação. O Chefe da Missão Diplomática pode assumir, em nome de seu Governo, o compromisso oficial de comutar a pena de morte em pena privativa de liberdade, não necessitando comprovar, para esse efeito específico, que se acha formalmente autorizado pelo Ministério das Relações Exteriores de seu País. A Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas - Artigo 3º, n. 1, "a" - outorga à Missão Diplomática o poder de representar o Estado acreditante ("État d'envoi") perante o Estado acreditado ou Estado receptor (o Brasil, no caso), derivando, dessa eminente função política, um complexo de atribuições e de poderes reconhecidos ao agente diplomático que exerce a atividade de representação institucional de seu País. NOTA DIPLOMÁTICA E PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. A Nota Diplomática, que vale pelo que nela se contém, goza da presunção juris tantum de autenticidade e de veracidade. Trata-se de documento formal cuja eficácia jurídica deriva das condições e peculiaridades de seu trânsito por via diplomática. Presume-se a sinceridade do compromisso diplomático. Essa presunção de veracidade - sempre ressalvada a possibilidade de demonstração em contrário - decorre do princípio da boa fé, que rege, no plano internacional, as relações político-jurídicas entre os Estados soberanos. VALIDADE DO MANDADO DE PRISÃO EXPEDIDO POR REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO ESTRANGEIRO REQUERENTE. - O ordenamento positivo brasileiro, no que concerne aos processos extradicionais, não exige que a ordem de prisão contra o extraditando tenha emanado, necessariamente, de autoridade estrangeira integrante do Poder Judiciário. Basta que se cuide de autoridade investida, nos termos da legislação do

próprio Estado requerente, de atribuição para decretar a prisão do extraditando. Precedente.

136. Há precedente interessante, no sentido de que não se ultimou a extradição porquanto o Estado requerente não teria assentido na comutação da pena, como se registra na Ext 546/França, relatada pelo Ministro Néri da Silveira, em julgamento de 26 de fevereiro de 1992:

EXTRADIÇÃO. NACIONAL FRANCES CUJA EXTRADIÇÃO O STF AUTORIZOU, EM ACÓRDÃO DE 24.08.1977, NA EXTRADIÇÃO N. 342 - FRANCA. DECISÃO QUE, ENTRETANTO, NÃO FOI EXECUTADA, SOBREVINDO A SOLTURA DO EXTRADITANDO, DIANTE DA IMPOSSIBILIDADE MANIFESTADA PELO GOVERNO DA FRANCA, NAQUELA OCASIAO, DE ASSUMIR O COMPROMISSO DE COMUTAR EVENTUAL PENA DE MORTE EM PRIVATIVA DE LIBERDADE, SEGUNDO O ART. 98, III, DO DECRETO-LEI N. 941/1969, ENTÃO VIGENTE. COM A EXTINÇÃO DA PENA DE MORTE, NA FRANCA, POR FORÇA DA LEI N. 81.908, DE 09.10.1981, ART. 1., DAQUELE PAIS, RENOVA-SE, AGORA, PEDIDO DE EXTRADIÇÃO DO MENCIONADO ALIENIGENA, PELO MESMO FATO. LEGISLAÇÃO QUE TEM DISCIPLINADO A MATÉRIA, NO CURSO DO TEMPO (DECRETO-LEI N. 394, DE 28.04.1938, ART. 16; DECRETO-LEI N. 941, DE 13.10.1969, ARTS. 95, PAR. 5., E 101; LEI N. 6.815, DE 19.08.1980, ALTERADA PELA LEI N. 6.964, DE 09.12.1981, VIGENTE ESTATUTO DO ESTRANGEIRO, ARTS. 87 E 88). SÚMULA N. 367, APROVADA EM 13.12.1963. SEGUNDO NOSSO SISTEMA LEGAL, DEFERIDA A EXTRADIÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AO PODER EXECUTIVO INCUMBE EFETIVAR A ENTREGA DO EXTRADITANDO, DEVENDO, ANTES, EXIGIR DO ESTADO REQUERENTE ASSUMA CERTOS COMPROMISSOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO ESPECIFICA OU NO ACÓRDÃO DO STF POSTO, ASSIM, O EXTRADITANDO A DISPOSIÇÃO DO ESTADO REQUERENTE, ESTE HÁ DE PROVIDENCIAR RETIRARLO, AS SUAS EXPENSAS, DO TERRITÓRIO NACIONAL, NO PRAZO DA LEI, SEM O QUE O EXTRADITANDO SERÁ POSTO EM LIBERDADE, NÃO SE PODENDO RENOVAR O PROCESSO. HIPÓTESE EM QUE NÃO CABE AO STF CONHECER DE NOVO PEDIDO DE EXTRADIÇÃO, RELATIVAMENTE AO MESMO ALIENIGENA, EM RAZÃO DO MESMO FATO CRIMINOSO. PEDIDO DE EXTRADIÇÃO DE QUE NÃO SE CONHECE, DETERMINANDO SEJA POSTO EM LIBERDADE O EXTRADITANDO SE POR "AL"

NÃO HOVER DE PERMANECER PRESO, EXPEDINDO-SE, PARA TANTO, DE IMEDIATO, ALVARA DE SOLTURA.

137. De fato, registro há também de que o Supremo Tribunal Federal exija que o compromisso formal de comutação da pena seja feito concomitantemente com o pedido de extradição, embora também possa ser prestado na entrega do extraditando.

138. É o que se definiu, por exemplo, por ocasião da Ext 272/Austrália, relatada pelo Ministro Victor Nunes Leal, em julgamento de 7 de junho de 1967:

1) *EXTRADIÇÃO*. A) *O DEFERIMENTO OU RECUSA DA EXTRADIÇÃO E DIREITO INERENTE A SOBERANIA*. B) *A EFETIVAÇÃO, PELO GOVERNO, DA ENTREGA DO EXTRADITANDO, AUTORIZADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DEPENDE DO DIREITO INTERNACIONAL CONVENCIONAL*. 2) *RECIPROCIDADE*. A) *E FONTE RECONHECIDA DO DIREITO EXTRADICIONAL*. EXTR. 232(1961), EXTR. 288(1962), EXTR. 251(1963). B) *A CONSTITUIÇÃO DE 1967, ART. 83, VIII, NÃO EXIGE 'REFERENDUM' DO CONGRESSO PARA ACEITAÇÃO DA OFERTA DO ESTADO REQUERENTE*. C) *A LEI BRASILEIRA AUTORIZA O GOVERNO A OFERECER RECIPROCIDADE*. 3) *COMUTAÇÃO DE PENA* A) *A EXTRADIÇÃO ESTA CONDICIONADA A VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE CERTAS PENAS, COMO A PRISÃO PERPÉTUA, EMBORA HAJA CONTROVÉRSIA A RESPEITO, ESPECIALMENTE QUANTO AS VEDAÇÕES DA LEI PENAL ORDINÁRIA*, EXTR. 165(1953), EXTR. 230(1961), EXTR. 241(1962), EXTR. 234(1965). B) *O COMPROMISSO DE COMUTAÇÃO DA PENA DEVE CONSTAR DO PEDIDO, MAS PODE SER PRESTADO PELO ESTADO REQUERENTE ANTES DA ENTREGA DO EXTRADITANDO*, EXTR. 241(1962). *VOTO DO MIN. LUIZ GALLOTTI NA EXTR. 218(1950)*. 4) *INSTRUÇÃO*. A) *DOCUMENTAÇÃO SUPLEMENTAR FOI OFERECIDA EM TEMPO OPORTUNO, PELOS ESTADOS REQUERENTES, SEM PREJUÍZO DA DEFESA EXERCITADA COM EFICIÊNCIA E BRILHANTISMO*. 5) *TERRITORIALIDADE*. A) *JURISDIÇÃO DA ÁUSTRIA (CRIMES DE MARTHEIM) E DA POLÔNIA (CRIMES DE SOBIBOR E TREBLINKA)*. B) *FALTA DE JURISDIÇÃO DA ALEMANHA (SOBIBOR E TREBLINKA), PORQUE A OCUPAÇÃO MILITAR NÃO TRANSFORMOU ESSAS LOCALIDADES EM TERRITÓRIO ALEMÃO, NEM ALI PERMANECEM SUAS TROPAS, NEM O*

EXTRADITANDO CONTINUA NO SERVIÇO. 6) NACIONALIDADE ATIVA. A) JURISDIÇÃO DA ÁUSTRIA (SOBIBOR E TREBLINKA) POR SER STANGL AUSTRIACO. B) JURISDIÇÃO DA ALEMANHA (SOBIBOR E TREBLINKA), NÃO PORQUE STANGL TIVESSE AO TEMPO A NACIONALIDADE ALEMÃ, MAS PORQUE ESTAVA A SERVIÇO DO GOVERNO GERMÂNICO. 7) NARRATIVA. FOI MINUCIOSA, E ATÉ EXCESSIVA, A DESCRIÇÃO DOS FATOS DELITUOSOS, DEPENDENDO A APURAÇÃO DA CULPABILIDADE, OU O GRAU DESTA, DE JUÍZO DA AÇÃO PENAL. 8) GENOCÍDIO. A ULTERIOR TIPIFICAÇÃO DO GENOCÍDIO, EM CONVENÇÃO INTERNACIONAL E NA LEI BRASILEIRA, OU DE OUTRO ESTADO, NÃO EXCLUI A CRIMINALIDADE DOS ATOS DESCRITOS, POIS A EXTRADIÇÃO E PEDIDA COM FUNDAMENTO EM HOMICÍDIO QUALIFICADO. 9) CRIME POLÍTICO. A EXCEÇÃO DO CRIME POLÍTICO NÃO CABE, NO CASO, MESMO, SEM APLICAÇÃO IMEDIATA DA CONVENÇÃO SOBRE O GENOCÍDIO, OU DA L. 2.889/56, PORQUE ESSA EXCUSATIVA NÃO AMPARA OS CRIMES COMETIDOS COM ESPECIAL PERVERSIDADE OU CRUELDADE (EXTR. 232, 1961). O PRESUMIDO ALTRUISMO DOS DELINQUENTES POLÍTICOS NÃO SE AJUSTA A FRIA PREMEDITAÇÃO DO EXTERMÍNIO EM MASSA. 10) ORDEM SUPERIOR. A) NÃO SE DEMONSTROU QUE O EXTERMÍNIO EM MASSA DA VIDA HUMANA FOSSE AUTORIZADO POR LEI DO ESTADO NAZISTA. B) INSTRUÇÕES SECRETAS (CASO BOHNE) OU DELIBERAÇÕES DISFARÇADAS, COMO A 'SOLUÇÃO FINAL' DA CONFERÊNCIA DE WANNSEE, NÃO TINHAM EFICÁCIA DE LEI. C) GRADUADO FUNCIONÁRIO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA NÃO PODIA IGNORAR A CRIMINALIDADE DO MORTICÍNIO, CUJOS VESTÍGIOS AS AUTORIDADES PROCURARAM METODICAMENTE APAGAR. D) A REGRA 'RESPONDEAT' SUPERIOR ESTÁ VINCULADA A COAÇÃO MORAL NÃO PRESUMIDA PARA QUEM FEZ CARREIRA BEM SUCEDIDA NA ADMINISTRAÇÃO DE ESTABELECIMENTOS DE EXTERMÍNIO. E) DE RESTO, O EXAME DESSA PROVA DEPENDE DO JUÍZO DA AÇÃO PENAL. 11) JULGAMENTO REGULAR. A PARCIALIDADE DA JUSTIÇA DOS ESTADOS REQUERENTES NÃO SE PRESUME; NEM PODERIA O EXTRADITANDO SER JULGADO PELA JUSTIÇA BRASILEIRA, OU RESPONDER PERANTE JURISDIÇÃO INTERNACIONAL, QUE NÃO É OBRIGATÓRIA. 12) PRESCRIÇÃO. A) FICOU AFASTADO O PROBLEMA DA RETROATIVIDADE; EXAMINOU-SE A MATÉRIA PELO DIREITO COMUM ANTERIOR, PORQUE O BRASIL, QUE OBSERVA O PRINCÍPIO DA LEI MAIS FAVORÁVEL, NÃO

SUBSCREVEU CONVENÇÃO, NEM EDITOU LEI ESPECIAL, SOBRE PRESCRIÇÃO EM CASO DE GENOCÍDIO. B) NO QUE RESPEITA A POLÔNIA, A PRESCRIÇÃO NÃO FOI INTERROMPIDA, SEGUNDO OS CRITÉRIOS DA NOSSA LEI; TAMBÉM NÃO O FOI QUANTO A ÁUSTRIA, EM RELAÇÃO AOS CRIMES DE SOBIBOR E TREBLINKA, PORQUE NENHUM DOS ATOS PRATICADOS PELO TRIBUNAL DE VIENA EQUIVALE AO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA, DO DIREITO BRASILEIRO. C) A ABERTURA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL NOS TRIBUNAIS DE LINZ E DUSSELDORF, TENDO EFEITO EQUIVALENTE AO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA, DO DIREITO BRASILEIRO, INTERROMPEU A PRESCRIÇÃO RELATIVAMENTE AOS PEDIDOS DA ÁUSTRIA, PELOS CRIMES DE HARTHEIM, E DA ALEMANHA, PELOS CRIMES DE SOBIBOR E TREBLINKA. 13) PREFERÊNCIA. A) A DETERMINAÇÃO DA PREFERÊNCIA, ENTRE OS ESTADOS REQUERENTES, CABE AO SUPREMO TRIBUNAL, E NÃO AO GOVERNO, PORQUE O CASO SE ENQUADRA EM UM DOS CRITÉRIOS DA LEI, CUJA INTERPRETAÇÃO FINAL COMPETE AO JUDICIÁRIO. B) AFASTOU-SE A PREFERÊNCIA PELA TERRITORIALIDADE, PLEITEADA PELA ALEMANHA, PELAS RAZÕES JÁ INDICADAS QUANTO A JURISDIÇÃO. C) PELO CRITÉRIO DA GRAVIDADE DA INFRAÇÃO, O EXAME DO TRIBUNAL NÃO SE LIMITA AO TINO DO CRIME, MAS PODE RECAIR SOBRE O CRIME 'IN CONCRETO' (COMBINAÇÃO DO ART. 42 DO C. PENAL COM O ART. 78, II, 'B', DO C. PR. PEN.). D) EM CONSEQUÊNCIA, FOI RECONHECIDA A PREFERÊNCIA DA ALEMANHA (SOBIBOR E TREBLINKA), E NÃO DA ÁUSTRIA (HARTHEIM), CONSIDERADAS, NÃO SOMENTE AS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME, COMO TAMBÉM AS FINALIDADES DAQUELES ESTABELECIMENTOS E A FUNÇÃO QUE O EXTRADITANDO NELES EXERCIA. 14) ENTREGA. ENTREGA DO EXTRADITANDO A ALEMANHA, SOB AS CONDIÇÕES DA LEI, ESPECIALMENTE AS DO ART. 12, E COM O COMPROMISSO DE COMUTAÇÃO DE PENA E DA ENTREGA ULTERIOR A ÁUSTRIA. 15) 'HABEAS CORPUS'. FICOU PREJUDICADO O 'HABEAS CORPUS', REQUERIDO, ALIÁS, A REVELIA DO EXTRADITANDO.

139. No processo administrativo que se reporta à extradição de Cesare Battisti há parecer do Professor Nilo Batista, titular de Direito Penal da Universidade do Rio de Janeiro, em defesa de tese de não extradição. De igual modo, em socorro das pretensões de Cesare Battisti, há também documento endereçado ao Senhor Presidente da República, e subscrito por Celso Antonio Bandeira de Mello, José Afonso da Silva, Nilo Batista,

Dalmo de Abreu Dallari, Paulo Bonavides e Luís Roberto Barroso, com o conteúdo que segue, na íntegra:

CESARE BATTISTI, cidadão italiano, preso na República Federativa do Brasil desde 18 de março de 2007, por seu advogado e demais professores titulares ao final assinados, vem respeitosamente a Vossa Excelência dizer e requerer o que segue.

1. *O requerente é inocente dos crimes pelos quais a República Italiana pede a sua extradição, com base em condenação baseada fundamentalmente em delação premiada e produzida em ambiente político conturbado.* Em 1979, quando ainda estava na Itália, o requerente sequer foi acusado de participação em qualquer homicídio, tendo sido condenado a 12 (doze) anos de prisão por crimes políticos. Após a sua fuga para a França e depois para o México, os acusados pelos homicídios – sob intensa pressão e beneficiando-se de delação premiada – resolveram atribuir-lhe todas as culpas. Foi então julgado uma segunda vez, à revelia, e condenado à pena de prisão perpétua. Os “advogados” que o teriam representado valeram-se de procurações que vieram a ser comprovadas falsas. Foi o único acusado a receber tal pena. Todos os delatores premiados estão soltos, enquanto Battisti se tornou o bode expiatório dos movimentos de esquerda da década de 70.

2. *O Egrégio Supremo Tribunal Federal negou a extradição de outros três ex-ativistas italianos do mesmo período, também envolvidos na militância armada durante os anos de chumbo, sendo que um deles igualmente acusado de crimes contra a vida.* Tais decisões não causaram qualquer comoção no Brasil ou na Itália, tendo sido reconhecidas como manifestação legítima do dever internacional de proteção aos indivíduos acusados de crimes políticos. Apenas no Caso Battisti a República Italiana decidiu empreender todos os recursos financeiros, advocatícios e midiáticos para transformá-lo em um troféu político.

3. *Na guerra de propaganda que se instaurou, Cesare Battisti passou a ser cognominado terrorista, embora nunca tenha sido acusado ou condenado por esse crime.* O requerente foi condenado – injustamente, repita-se – pela participação em quatro homicídios: de dois agentes policiais e de dois militantes de extrema-direita. Durante mais de 14 anos, viveu de forma pacífica e produtiva na França, sob a proteção da Doutrina Miterrand. Em 1991 a Itália chegou a pedir a sua extradição, que foi negada pelo Poder Judiciário francês. O pedido só foi renovado mais de doze anos depois, em 2004, após a ascensão de governos de direita na Itália e na própria França. Nesse novo ambiente político, a extradição foi então deferida, motivando uma nova fuga, agora para o Brasil.

4. *O requerente obteve refúgio do governo de Vossa Excelência, em decisão corajosa do Ministro de Estado da Justiça, Tarso Genro, que lhe fez justiça, finalmente.* A concessão de refúgio foi anulada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, por voto de desempate, contra o parecer do então Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Souza, enfaticamente reiterado por seu sucessor, Dr. Roberto Gurgel. Na seqüência, a extradição foi autorizada, também por voto de desempate. Não havia precedente de deferimento de extradição por maioria assim apertada. Além disso, a quase totalidade dos pedidos de extradição deferidos no Brasil acompanham a manifestação do Ministério Público Federal.

5. *De qualquer forma, o Egrégio Supremo Tribunal Federal deliberou expressamente que a competência para a decisão final é do Presidente da República. Nessa parte, prevaleceu o voto do Ministro Eros Roberto Grau.* A decisão do Tribunal apenas autoriza a entrega do súdito estrangeiro, cabendo ao Chefe do Poder Executivo realizar um juízo próprio sobre o pedido de extradição, em que deverá levar em conta os princípios constitucionais, o sistema internacional de proteção aos direitos humanos e o eventual tratado de extradição firmado entre o Brasil e o Estado estrangeiro, no caso a República Italiana.

6. Sem prejuízo da avaliação política própria que Vossa Excelência poderá fazer a respeito dos muitos aspectos envolvidos na matéria, o requerente pede vênua para enunciar alguns dos principais fundamentos pelos quais confia que sua extradição não será concedida. Embora a República Federativa do Brasil possa decidir soberanamente sobre a concessão de abrigo a estrangeiros que se encontrem em seu território, todos os fundamentos aqui apresentados se baseiam em disposições específicas do Tratado de Extradição existente entre o Brasil e a República Italiana.

7. *Na verdade, o próprio Ministro Eros Grau – cujo voto conduziu a decisão da Corte na questão relacionada à competência do Presidente da República para a decisão final – identificou um dispositivo do Tratado bilateral de extradição que permite claramente a não-entrega na hipótese, segundo avaliação do Chefe de Estado que não se sujeita a reavaliação por parte do Supremo Tribunal Federal.* Cuida-se do art. 3º, I, f, que admite a recusa da extradição quando haja “razões ponderáveis para supor que a situação da pessoa reclamada poderia ser agravada por razões políticas”. Como se vê, o próprio Tratado prevê a proteção ao indivíduo nos casos de mera dúvida, bastando que haja motivos para supor uma possibilidade de agravamento da situação pessoal do extraditando. Nos termos da decisão proferida pelo Tribunal, cabe a Vossa Excelência verificar a existência de tais razões, segundo sua própria convicção.

8. *No caso, múltiplos elementos confirmam o risco de agravamento da situação pessoal do indivíduo reclamado.* Com efeito, passados mais de trinta anos, os episódios em que se envolveu o requerente conservam elevada dimensão política e ainda mobilizam muitos setores da sociedade contra ele. Diante disso, com base nesse dispositivo do tratado e dentro do juízo político que o Supremo Tribunal Federal expressamente atribuiu ao Presidente da República, é perfeitamente legítimo que Vossa Excelência avalie que há “razões ponderáveis para supor” que a situação do extraditando “possa ser agravada por motivo de opinião política”, bem como que ele pode ser vítima de discriminação com fundamento nessa mesma razão. Essa conclusão não envolve qualquer avaliação negativa sobre as instituições atuais ou passadas da República Italiana. Aliás, a simples inclusão dessa cláusula no tratado bilateral apenas confirma que esse tipo de juízo não constitui afronta de um Estado ao outro, uma vez que situações particulares podem gerar riscos para o indivíduo, a despeito do caráter democrático de ambos os Estados.

9. *De qualquer forma, veja-se que o voto do Ministro Eros Grau e a decisão do Egrégio Tribunal Federal não vincularam o Presidente da República propriamente ao art. 3º, I, f do acordo bilateral, mas sim ao Tratado de Extradicação em seu conjunto.* Assim, embora o artigo em questão já seja suficiente para fundamentar a recusa de extradição, é possível ainda destacar pelos menos outros dois dispositivos que também permitem e até recomendam eventual decisão de não-entrega.

10. *O primeiro deles é o art. 7º, I, do Tratado.* Segundo essa previsão, a pessoa extraditada não poderá ser submetida à restrição da liberdade pessoal para execução de uma pena por fato diferente daquele pelo qual a extradição foi concedida. No caso concreto, a pena aplicada ao extraditando foi unitária – prisão perpétua pelo conjunto dos delitos –, abrangendo fatos anteriores e diferentes daqueles que motivaram o pedido de extradição, incluindo crimes políticos puros, assim reconhecidos pela Justiça italiana. Não é possível, portanto, entregar o extraditando, uma vez que o Estado requerente não poderá segregar a pena pela qual foi concedida a extradição das que resultaram de outras condenações. Esse ponto não foi objeto de pronunciamento pelo Supremo Tribunal Federal.

11. *O segundo fundamento adicional consta do art. 5º, b, do Tratado.* O dispositivo autoriza a recusa de extradição quando a parte requerida tenha “motivo para supor” que a pessoa reclamada poderá vir a ser submetida a pena ou tratamento que configure violação de seus direitos fundamentais. A pena de seis meses de isolamento sem luz solar incide em tal hipótese. Note-se, ainda, que até o momento a Itália não se comprometeu a comutar a pena perpétua, existindo dúvida sobre a possibilidade jurídica de autoridades do Poder Executivo realizarem a

comutação de forma efetiva, uma vez que a decisão final seria uma prerrogativa das autoridades judiciárias. Tudo sem mencionar declarações públicas de que, independentemente de qualquer compromisso, a comutação não ocorrerá.

12. Como se percebe, cada um desses fundamentos seria suficiente para a recusa de extradição. A conjugação dos três apenas reforça uma eventual decisão em favor do suplicante. Diante dessas razões – e da enorme dúvida objetiva que se instaurou no Egrégio Supremo Tribunal Federal acerca da própria possibilidade jurídica de se autorizar a extradição – é consistente dizer que a posição institucional brasileira, respaldada pela Constituição e pela Convenção Americana de Direitos Humanos, deve ser favorável ao indivíduo. Essa orientação seria válida para qualquer que fosse o Estado requerente e não importa qualquer juízo crítico em relação à Itália.

13. Cabe fazer, ainda, uma última observação. O fato de o suplicante ter sido condenado no Brasil pela posse de documentos falsos, pela Justiça Federal do Rio de Janeiro, não apresenta qualquer repercussão sobre o pedido de extradição e a decisão de Vossa Excelência. Tanto assim que o próprio Tratado de Extradição prevê a existência de processo ou condenação criminal no país requerido como uma das causas de recusa da extradição (art. 15, 1). Vale lembrar que o suplicante chegou ao Brasil na condição de auto-refugiado, fugindo de perseguição política que considera injusta. Em situações como essa, é absolutamente impossível a utilização dos próprios documentos. Na verdade, a condenação a pena mínima de dois anos, para cumprimento em regime aberto, apenas confirmou que o suplicante não apresenta qualquer periculosidade, fato que se confirma pelos mais de 14 anos em que viveu de forma pacífica e produtiva na França.

14. O suplicante pede, respeitosamente, que Vossa Excelência leve em consideração esses fundamentos ao tomar sua decisão final acerca do pedido de extradição formulado pela República Italiana, e confia que tal decisão haverá de estar de acordo com a tradição brasileira de justiça e humanidade.

Os advogados a seguir assinados, em nome do requerente e, também, em nome próprio, transmitem a Vossa Excelência a expressão do seu respeito e da mais elevada consideração.

140. A natureza política e o cunho sensacionalista que envolvem a extradição de Cesare Battisti podem ser comprovadas com a recorrência que o extraditando é requisitado enquanto preso. São vários pedidos de entrevistas, por parte de jornalistas, estudiosos, e mesmo defensores do extraditando.

141. Em 27 de janeiro de 2009 há registro de pedido de permissão de entrada no complexo penitenciário da Papuda para realizar entrevista com o extraditando, por parte de Bernardo Mello Franco. De igual modo, e no mesmo dia, Paolo Manzo requereu permissão para visitar e entrevistar o extraditando.

142. Lucas Ferraz também formulou pedido de entrevista com Battisti, e da mesma forma, entre outros, encaminharam pedidos de entrevista Omero Ciai, Vanildo Mendes, Marco Antonio de Castro Soalheiro, Raymundo Costa, William Alan Clendenning, representantes da Agência France Press, Raffaele Fichera, Zero Hora Editora Jornalística S/A, diretoria da Agência Efe, Bandnews, TV Bandeirantes, Nilo Martins, Aparecida Rezende Fonseca, Sergio Rocha Lima Junior, Radio e Televisão Capital Record, Gherardo Milanesi, Dario Pignotti, Rosa Santoro, Edson Lopes da Silva, Agência de Notícias Thomson Reuters, Julio Cruz Neto, Felipe Benaduce Seligman, The Associated Press, Sistema Brasileiro de Televisão, RAI- Radiotelevisione Italiana, Francisco Antonio da Silva, Maria da Paz Trefaut, Melting-Pot Production, Letícia Cynthia Renee Garcia, Paris Match, Percilliane Marrara Silva, Jornal O Estado de São Paulo, SKY TG 24, Pierre-Ludovic Viollat.

143. O Caso Battisti ganha dimensão superlativa, divide opiniões. O momento, no entanto, exige serenidade, bem como a solução para a questão demanda a fixação de algumas premissas.

144. Em primeiro lugar, não há mais espaço para que se discuta o procedimento penal ocorrido na Itália e que redundou na condenação de Cesare Battisti. A decisão do Supremo Tribunal Federal tem como efeito imediato a proibição de que se levante, internamente, dúvidas, senões e questionamentos em torno da legitimidade e da legalidade do procedimento de condenação de Battisti. A decisão do Supremo Tribunal Federal deve ser cumprida.

145. Por consequência, preclusa objetivamente a possibilidade de que se questionar o teor das procurações supostamente assinadas pelo extraditando, conferindo poderes para que advogado o defendesse nos processos que respondeu na Itália. Assim, prejudicada, definitivamente, pelo menos em âmbito de direito brasileiro, discussão em torno da falsificação das procurações.

146. Preclusa também a instância interna para que se compreenda o Caso Battisti como intrinsecamente político. Ainda que o desdobramento

dos fatos possa abstratamente indicar o contrário, ainda que a lógica de toda a situação aponte para contexto supostamente político, e ainda que não se tenha outra perspectiva historiográfica para a compreensão do caso, a decisão do Supremo Tribunal aponta no sentido de que os crimes imputados a Battisti devam ser plasmados como crimes comuns, e não como crimes políticos. Deve se cumprir a decisão do Supremo Tribunal Federal. Deve se cumprir o Tratado que assinamos com a Itália.

147. Isto é, ainda que se tenha bem nítido que a trajetória de Battisti desagrade setores de esquerda e de direita, a usarmos expressões do vocabulário da guerra fria, eventual argumento, neste sentido, e em favor do extraditando, não surtiria nenhum efeito no caso pendente. Bem entendido, embora Battisti possa desagradar ambos os lados: abandonou a luta armada, mas antes teria lutado, não se pode imputar aos fatos originários do pedido de extradição a conotação que a assertiva de envolvimento poderia entoar.

148. O que se tem, concretamente, é que a competência para autorização (ou não) da extradição é do Presidente da República. Se o Supremo Tribunal Federal defere o pedido de extradição cabe ao Presidente da República, discricionariamente, entregar (ou não) o extraditando.

149. É este o entendimento sufragado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, especialmente tendo-se em vista o decidido na Extradição 1.114-6/República do Chile, relatado pela Ministra Cármen Lúcia, cuja ementa segue:

EMENTA: EXTRADIÇÃO. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS FORMAIS. IMPROCEDÊNCIA DAS ALEGAÇÕES DO EXTRADITANDO. EXTRADIÇÃO DEFERIDA. 1. A transmissão da Nota Verbal por via diplomática basta para conferir-lhe autenticidade, sendo dispensável a tradução por profissional juramentado. Ademais sequer cabe discutir eventual vício na Nota Verbal se os documentos que a acompanham contêm narração dos fatos que deram origem à persecução criminal no Estado requerente, viabilizando-se, assim, o exercício da defesa. 2. Assente a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que o modelo que rege, no Brasil, a disciplina normativa da extradição passiva não autoriza a revisão de aspectos formais concernentes à regularidade dos atos de persecução penal praticados no Estado requerente. 3. O Supremo Tribunal limita-se a analisar a legalidade e a procedência do

pedido de extradição (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 207; Constituição da República, art. 102, Inc. I, alínea g; e Lei n. 6.815/80, art. 83): indeferido o pedido, deixa-se de constituir o título jurídico sem o qual o Presidente da República não pode efetivar a extradição; se deferida, a entrega do súdito ao Estado requerente fica a critério discricionário do Presidente da República. 4. Extradição deferida, nos termos do voto da Relatora.

150. Esta discricionariedade, no entanto, sofreria restrições e constrangimentos, decorrentes do cumprimento dos tratados. O não cumprimento de tratativas internacionais pode causar para quem não as cumpra sanções indiretas na ordem internacional.

151. Sem que se toque na complexa questão relativa à natureza jurídica do direito internacional, bem como de linha argumentativa que veria um grupo de tratados no contexto de um *soft law*, isto é, de um direito sem sanção, deve-se levar em conta que há compromisso assumido com Nação amiga e, neste sentido, o pactuado deve ser cumprido. O Brasil vem sistematicamente cumprindo acordo de extradição que ajustou com a Itália, e a abundância de julgados que há comprova a assertiva. Não se pode falar, assim, de comportamento desviante, ou de qualquer indicativa de desídia, de nossa parte. O Chefe do Poder Executivo age nos termos do Tratado.

152. Como já observado várias vezes, o Tratado prevê que a extradição não será concedida se a parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição e discriminação por motivo de raça, religião, sexo, nacionalidade, língua, opinião política, condição social ou pessoal; ou que sua situação possa ser agravada por um dos elementos antes mencionados.

153. A condição pessoal do extraditando, agitador político que teria agido nos em anos difíceis da história italiana, ainda que condenado por crime comum, poderia, salvo engano, provocar reação que poderia, em tese, provocar no extraditando, algum tipo de agravamento de sua situação pessoal. Há ponderáveis razões para se supor que o extraditando poderia, em princípio, sofrer alguma forma de agravamento de sua situação.

154. A assertiva não implica em nenhuma bravata à história e à dignidade da Itália, país que exerce imensa influência sobre nossa cultura, núcleo histórico da vinda de imigrantes. A Itália é, sem dúvidas, uma das pátrias fundadoras da identidade brasileira.

155. Com a Itália, há inúmeros outros casos que se desdobram. Eventual negativa de extradição de Battisti, por força de disposição de tratado, como aqui sugerido, não é indicativo de desrespeito para com o acordado entre Brasil e Itália. O Brasil cumpre rigorosamente os tratados de extradição que entabulou.

156. A inserção de regra no tratado que permite a não extradição na hipótese de dúvida ponderável quanto ao tratamento a ser dispensado ao extraditando não é regra que se refira, necessariamente, ao Estado requerente. É dispositivo que permite ampla discricionariedade ao Estado requerido, no sentido de se aferir, entre outros, a reação que se prevê em relação ao extraditando. Está em nossa tradição. Informa a tradição do direito extradicional.

157. Não se trata de inovação. É fato. E não presunção. A regra que autoriza a não extradição deve ser utilizada, e o seria também, em situação análoga, se recíproca houvesse. É norma simples, que não exige torneios de hermenêutica mais ousados. Basta suposição, por parte do Chefe do Poder Executivo.

158. Entre outros, é veículo para reconhecimento de que a finalidade da pena seja a reinserção social do apenado. O que, no caso, registre-se, já se realizou ao longo dos anos. A condição pessoal do extraditando pode ser piorada com a extradição. Ainda que se tenha a comutação da pena, e ainda que se apliquem fórmulas de detração, o extraditando ficaria preso até momento longo, ao longo do qual temores do passado e resquícios de um tempo pretérito, e de triste memória, possam qualificar perigo real. Segundo o Ministro Eros Grau, em voto publicado em excerto de livro,

[...] o Presidente da República está ou não obrigado a deferir a extradição autorizada pelo Tribunal nos termos do Tratado. Pode recusá-la em algumas hipóteses que, seguramente, fora de qualquer dúvida, não são examinadas, nem examináveis, pelo Tribunal, as descritas na alínea 'f' do seu art. 3.1. Tanto é assim que o art. 14.1 dispõe que a recusa da extradição pela Parte requerida – e a 'Parte requerida', repito, é representada pela Presidente da República – 'mesmo parcial, deverá ser motivada'. Pois esse art. 3.1, alínea 'f', do Tratado estabelece que a extradição não será concedida se a Parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que a sua situação (isto é, da pessoa reclamada) "possa ser agravada"- vale dizer, afetada, mercê de condição pessoal [...]²⁹

29 GRAU, Eros Roberto. *Sobre a prestação jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 223.

159. Do ponto de vista estrutural a questão é tema de fixação de competências. O modelo extradicional brasileiro é misto. Ao Supremo Tribunal Federal compete avaliar a prestabilidade formal do pedido, e o faz, *sempre*, à luz, também, do referencial de proteção de direitos humanos que adotamos.

160. Ao STF não cabe a apreciação do mérito do pedido. Apenas, e tão somente, autoriza-se ao Presidente da República a efetivar a extradição. Isto é, na hipótese do STF comprovar que o pedido de extradição substancialize os requisitos indicativos da garantia dos direitos fundamentais do extraditando.

161. Consequentemente, infere-se, a extradição decorre de procedimento misto para deferimento. O STF verifica os requisitos de legalidade, bem como de procedência do pedido. Em seguida, o Presidente da República decide, com margem de discricionariedade, tal como consignado nos tratados que assinamos.

162. E é da experiência do direito dos tratados a fixação de cláusulas de maleabilidade, por intermédio das quais o agente político que detenha o poder de decidir possa realizar juízos de valor, indevassáveis pelo Poder Judiciário. É ao Poder Executivo a quem compete dispor sobre matéria de relações internacionais.

163. É o Chefe do Poder Executivo Federal quem representa o Estado brasileiro nas relações internacionais. E é o Chefe do Poder Executivo Federal que a Constituição reservou a prerrogativa de expressão final nas questões de extradição. É este o entendimento do STF, tal como se colhe em excerto de voto do Ministro Carlos Ayres Britto, justamente na extradição esmiuçada:

De sorte que, diante desse pensamento uniforme, eu procurei, na constituição brasileira, o regime jurídico da extradição. Será que a nossa constituição brasileira contém o regime jurídico da extradição? Parece-me que sim. E fui ver na perspectiva do sistema belga, que é o sistema delibatório ou de legalidade extrínseca, também chamado misto. Por que o sistema é nisto? Ele é misto orgânica ou subjetivamente, porque pressupõe a atuação conjunta dos órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário. Vale dizer, órgãos dos dois Poderes atuam com independência, é claro, mas convergentemente quanto à finalidade, que é a extradição ou a recusa da extradição do cidadão. Mas ele é misto também porque

concilia, sem traumas, harmoniosamente, os princípios regentes de todas as relações internacionais do Brasil.

A Constituição, no artigo 4º, estampa os princípios regentes ou reguladores das relações internacionais do Brasil. E o sistema belga, ou misto, ou delibatório, ele tem o mérito de possibilitar a incidência de todos os princípios sem fricção maior, sem tensionamento maior. Ele prestigia todos. Por exemplo, o primeiro princípio é a independência nacional. É a soberania nacional, encarnada no Presidente da República, segundo o artigo 84, inciso VII, da constituição. E o Presidente da República encarna essa soberania nacional, essa representatividade externa do Brasil, protagonista por excelência, protagonista até privativo das relações internacionais. O Presidente o faz não como Chefe de Governo, mas como de Estado. Ele é o Chefe de Estado em nosso sistema constitucional. E o modelo belga, que introduz o Judiciário no circuito do processo extradicional, em nenhum momento faz o Presidente da República decair da sua condição de Chefe de Estado. Ele continua Chefe de Estado, mesmo o processo extradicional passando pelo crivo do Supremo Tribunal Federal. É um modelo conciliatório nesse sentido, respeita a soberania nacional encarnada no Presidente da República, a despeito do processamento extradicional pelas pranchetas do Poder Judiciário. Mas esse modelo é também respeitador da soberania do País estrangeiro, requerente. Por quê? Porque, na medida em que o Supremo não faz um juízo meritório do processo extradicional, está respeitando o Poder Judiciário do País estrangeiro. Está respeitando a soberania e o Poder Judiciário do Estado estrangeiro. Então, é um modelo que tem dupla virtude: concilia princípios aqui e princípios do País requerente.

164. Um indicativo de convergência de vontades informa o modelo extradicional brasileiro. Deve-se levar em conta, entre outros, os direitos fundamentais do extraditando, o papel do STF enquanto guardião da Constituição, viz., dos direitos fundamentais, a soberania e a vontade do Estado-Parte-Reqüerente, bem como, ainda, o papel do Presidente da República, enquanto representante da soberania nacional.

165. Este último aspecto, representação da soberania nacional por parte do Presidente da República, plasma fortemente a discricionariedade do prolator da decisão final, em tema de extradição. Cuida-se, prioritariamente, das disposições dos incisos VII e VIII do art. 84 da Constituição, que conferem ao Presidente da República competência para manter relações com Estados estrangeiros.

166. Esta orientação ganhou foros de permanência na dicção do então Ministro Eros Roberto Grau, em excerto de voto na extradição aqui estudada, para quem, com base em Victor Nunes Leal, as razões da negativa da extradição, por parte do Presidente da República não são examináveis pelo STF.

167. E é com base no tratado que deve agir o Presidente da República. Há fortíssimo enquadramento político, ainda que no resultado, e não nas causas, no sentido de se respeitar pontualmente a decisão do STF. Isto é, os crimes não são políticos, são crimes comuns. Porém, políticas são as dimensões dos fatos.

168. Como indicado na presente manifestação há proliferação de entrevistas, passeatas, pareceres, manifestos, pedidos, súplicas, notícias. Eventual negativa de extradição não qualifica, e nem demonstra, e nem mesmo sugere, qualquer avaliação negativa para com instituições italianas, presentes ou pretéritas. Trata-se, tão somente, de cumprimento de previsão do tratado, com amplo uso no direito extraditacional contemporâneo.

169. É exatamente o nicho democrático italiano que sugere amplitude do debate, suscitando-se ponderáveis suposições de que o extraditando possa, em tese, enfrentar atos que agravem sua situação, por motivos de sua condição pessoal.

170. Opina-se, assim, pela não autorização da extradição de Cesare Battisti para a Itália, com base no permissivo da letra *f* do número 1 do art. 3 do Tratado de Extraditão celebrado entre Brasil e Itália, porquanto, do modo como aqui argumentado, há ponderáveis razões para se supor que o extraditando seja submetido a agravamento de sua situação, por motivo de condição pessoal, dado seu passado, marcado por atividade política de intensidade relevante. Todos os elementos fáticos que envolvem a situação indicam que tais preocupações são absolutamente plausíveis, justificando-se a negativa da extradição, nos termos do Tratado celebrado entre Brasil e Itália.

É o quanto se encaminha ao elevadíssimo crivo de Vossa Excelência.

Brasília, 28 de dezembro de 2010.

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

Consultor da União

LINHAS GERAIS SOBRE O PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO

GUIDELINES ABOUT ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS SOCIAL SECURITY

*Allan Luiz Oliveira Barros
Procurador Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Processo, procedimento, constituição e Estado democrático de direito. Princípios gerais e princípios específicos do processo administrativo previdenciário; 2 A fase postulatória e os meios disponíveis aos beneficiários para acesso à previdência social; 3 A fase de instrução probatória e a crise processual. Processamento eletrônico de benefícios, o reconhecimento automático de direitos e os sistemas corporativos da previdência social; 4 O julgamento administrativo. A fase recursal; 5 Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente trabalho destina-se a traçar um paralelo entre o processo administrativo instaurado perante os órgãos da Previdência Social e a ordem constitucional e legal em vigor, dispondo sobre todas as fases por que passa a análise dos benefícios previdenciários, princípios aplicáveis, formas de acesso ao serviço público e condições para a formulação do pedido administrativo, produção das provas e meios recursais disponíveis para a reforma das decisões administrativas.

PALAVRAS-CHAVE: Processo. Administrativo. Previdenciário.

ABSTRACT: This work is intended to draw a parallel between the administrative proceedings instituted before the bodies of social security and the constitutional and legal force, leaving about all stages by passing the examination of the benefits social security affairs, principles, form of access to public service and conditions for the formulation of administrative request, production of evidence and means recursais available for the reform of administrative decisions.

KEYWORDS: Administrative. Proceedings. Social Security.

INTRODUÇÃO

A atuação dos órgãos da Previdência Social na apreciação dos requerimentos de benefícios e serviços formulados pelos usuários tem colocado a matéria previdenciária como um dos serviços públicos mais relevantes na Administração Pública Federal, seja pelos dados estatísticos que confirmam uma demanda em crescimento na sociedade, seja pelo volume exponencial de recursos que são disponibilizados para pagamento das prestações previdenciárias.

A procura da população pelos benefícios e serviços previdenciários tem se elevado de forma considerável nos últimos cinco anos¹.

Até o mês de setembro de 2009, encontrava-se sob a responsabilidade do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS o pagamento de 26,8 milhões de benefícios (18,7 milhões urbanos; 8,1 milhões rurais e 3,1 milhões assistenciais da Lei Orgânica da Assistência Social), número equivalente à população da Venezuela².

Se de um lado verifica-se o aumento progressivo do número de requerimentos administrativos formulados pelos usuários da Previdência Social, estima-se que 97.000 novas ações judiciais previdenciárias são propostas por mês só nos Juizados Especiais Federais^{3 4}, o que tem permitido questionar a própria qualidade das decisões emitidas pelos órgãos da Previdência Social.

Embora os números, por si só, revelem a importância do serviço público previdenciário, até o momento pouco se produziu na legislação e na doutrina sobre o processo administrativo previdenciário, como veículo propulsor do reconhecimento dos direitos dos segurados.

Por inexistir lei específica ou decreto regulamentar que discipline o processo administrativo previdenciário, cabe extrair o regramento básico da matéria de dispositivos esparsos existentes na Constituição, na Lei nº 8.212/91 (custeio), Lei nº 8.213/91 (benefícios), Decreto nº 3.048/99 (regulamento da previdência social) e, principalmente, na

1 No ano de 2004 foram requeridos 5.519.057 benefícios ao INSS. No ano de 2009, 7.769.544 benefícios foram requeridos pelos usuários da Previdência, o que representa um aumento de 29% na demanda previdenciária (Fonte: sistema SUIBE da Previdência Social).

2 Fonte: Sistema Único de Informações de Benefícios – SUIBE da Previdência Social.

3 Disponível em: <<http://daleth.cjf.gov.br/atlas/Internet/JuizadosTABELA.htm>>. As estatísticas do Conselho de Justiça Federal apontam que no ano de 2006 foram distribuídas, apenas nos Juizados Especiais Federais, 1.166.005, o que resulta uma média mensal de 97 mil novas ações.

4 Segundo informações obtidas na Secretaria do Orçamento Federal do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão cerca de 85% (oitenta e cinco por cento) de todo o volume de pagamentos judiciais realizados pela União Federal decorrem de ações previdenciárias.

Lei nº 9.784/99 (processo administrativo federal) e atos normativos produzidos pelo INSS e pelo Ministério da Previdência Social – MPS.

A proposta do presente trabalho é contribuir para se firmar, em linhas gerais, a forma pela qual os órgãos previdenciários atuam na análise da demanda previdenciária, explorando o conceito jurídico do processo previdenciário; os princípios gerais e específicos aplicáveis; os canais de atendimento disponibilizados pelo INSS ao cidadão; os meios de prova mais utilizados para a comprovação do direito do segurado; os principais sistemas corporativos que auxiliam a autarquia previdenciária na análise do direito ao benefício ou serviço; o processamento eletrônico e o reconhecimento automático de benefícios; os requisitos necessários para a emissão de uma decisão administrativa de qualidade; e o sistema recursal disponível para a reforma do ato decisório.

A abordagem da matéria recebeu um corte epistemológico, já que, com certa frequência, a expressão *processo administrativo previdenciário* tem sido utilizada na doutrina e pelos órgãos previdenciários na edição de suas normas⁵, como instrumento para a cobrança das contribuições previdenciárias, realidade esta não mais aceitável desde a edição da Lei nº 11.457/2007, quando a administração das receitas decorrentes das contribuições previdenciárias foi transferida para a União Federal, com a criação da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

1 PROCESSO, PROCEDIMENTO, CONSTITUIÇÃO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. PRINCÍPIOS GERAIS E PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO

No vernáculo, a palavra *processo* significa “ato de proceder, de ir por diante; sucessão de estados ou de mudanças; modo por que se realiza ou executa uma coisa; método, técnica”⁶. No conceito leigo ou vulgar da palavra *processo* existe a compreensão do amontoado de papéis anexados em uma capa ou pasta, numerados em ordem crescente, que tratam a análise de algum fato de interesse dos administrados ou da Administração.

No Estado brasileiro para cada função exercida por um dos poderes constituídos (Judiciário, Legislativo e Executivo) existe uma espécie de processo, com características e princípios próprios. Processo judicial, processo legislativo e processo administrativo representam o meio pelo qual atuam essas funções estatais.

5 Ministério da Previdência Social. Portaria nº 64, 24 de fevereiro de 2006.

6 HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. Mini Aurélio. *O dicionário da língua portuguesa*. 6. ed. Curitiba: Positivo, 2004. p. 577.

No passado, alguns administrativistas atribuíam a exclusividade da palavra *processo* enquanto atividade inerente à função jurisdicional do Estado, de natureza contenciosa e caracterizada pela intervenção do Estado-juiz para solucionar a lide deduzida pelo autor da ação, adotando a palavra *procedimento* para a atividade exercida pela Administração.

A utilização do vocábulo *procedimento* para designar a relação jurídica típica da função administrativa está arraigada na literatura jurídica há algum tempo e ainda hoje tem merecido atenção da doutrina.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona:

Não se confunde processo com procedimento. O primeiro existe sempre como instrumento indispensável para o exercício de função administrativa; tudo o que a Administração Pública faz, operações materiais ou atos jurídicos, fica documentado em um processo; cada vez que ela for tomar uma decisão, executar uma obra, celebrar um contrato, edita um regulamento, o ato final é sempre precedido de uma série de atos materiais ou jurídicos, consistentes em estudos, pareceres, informações, laudos, audiências, enfim, tudo o que for necessário para instruir, preparar e fundamentar o ato final objetivado pela Administração⁷.

E arremata, “o procedimento é o conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos; equivale a rito, a forma de proceder; o procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo”⁸.

Uma leitura mais atenta do texto constitucional se extrai o importante papel que mereceu o processo administrativo como instrumento de garantia dos direitos dos administrados.

Dentre algumas dezenas de dispositivos da Constituição dispensados à palavra *processo* pelo constituinte originário merece destaque a expressa menção ao termo “processo administrativo” no art. 5º, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, cláusula pétreia não sujeita a alteração pelo legislador constituinte derivado. São os incisos LV, LXXII e LXXVIII do art. 5º⁹ da carta constitucional

7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 494.

8 *ibidem*.

9 Constituição Federal. Art. 5º. LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LXXII

que legitimam o uso da expressão *processo administrativo* para definir a disciplina da relação jurídica estabelecida entre a Administração Previdenciária e seus beneficiários, cujo conteúdo normativo será mais adiante aprofundado.

Com o advento da Lei nº 9.784/99 do processo administrativo federal, tornou-se mais usual a utilização da palavra *processo* como representativa dessa relação jurídica de direito público estabelecida entre a Administração e o administrado, momento em que passou a possuir contornos jurídicos melhor definidos, destinados à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins precípuos da Administração.

Não que o processo administrativo tencione ao reconhecimento dos direitos dos beneficiários, mas se apresenta como moldura ou parâmetro mínimo de comportamento do servidor público, garantindo ao cidadão a melhor análise administrativa possível. Se os atos administrativos são praticados pelos agentes públicos de forma a observar a ordem jurídica em vigor (princípio da legalidade), é o processo administrativo o instrumento utilizado no Estado Democrático de Direito para garantir regras mínimas pré-definidas que assegurem a análise administrativa segundo o esquadro da ordem jurídica¹⁰.

Celso Antônio Bandeira de Mello disserta que:

Em decorrência do caráter funcional administrativo, a Administração deve buscar as finalidades legais através de um itinerário, de uma ordenação seqüencial de atos, isto é, de um processo e um procedimento, a fim de que fique assegurado que a conclusão final administrativa, isto é, o ato derradeiro, resultou de uma trilha capaz de garantir que a finalidade legal foi, deveras, atendida e se possa controlar a ocorrência deste resultado¹¹.

Daí a importância de estabelecer regras claras de atuação da Administração no curso do processo administrativo, seja quanto à forma, fixação de prazos para a prática dos atos, instrução adequada (colheita de provas), apresentação dos motivos que levaram ao raciocínio jurídico perpetrado na decisão e disponibilização de meios recursais aos

- conceder-se-á "habeas-data": [...] b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo; LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

10 SUNDFELD, Carlos Ari. *Processo administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão*. Fórum – Biblioteca Digital, Belo Horizonte, n. 23, ano 6 jan. 2006.

11 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: 2008. p. 39.

administrados, de forma a garantir o controle da legalidade da análise administrativa, seja pela própria Administração, seja pelos interessados.

Esse controle institucional ou social é que permite o aperfeiçoamento do serviço público prestado pelo órgão estatal.

A doutrina, quando busca diferenciar os termos “regras de direito” e “princípios”, invariavelmente chega à conclusão de que ambas estão categorizadas como norma jurídicas, destinando-se a primeira a regular uma dada situação de fato que, quando ocorrida, será atribuída uma consequência jurídica. Já o princípio, não obstante possuir conteúdo normativo, não se destina a disciplinar um dado caso concreto de forma direta e imediata, e sim, diante do forte conteúdo axiológico e abstração, presta-se como guia para que o aplicador do direito, no momento da subsunção do fato à norma, utilizando-se dos métodos de hermenêutica, construa a norma jurídica aplicável no caso concreto¹².

José dos Santos Carvalho Filho conceitua os princípios administrativos como “postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública. Representam cânones pré-normativos, norteando a conduta do Estado quando no exercício de atividades administrativas”¹³.

No processo administrativo previdenciário podemos classificar os princípios em gerais e específicos. Princípios gerais são aqueles conhecidos por todos e bastante explorado na doutrina pátria, insculpidos no art. 37 da Constituição Federal e art. 2º da Lei 9.784/99: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica e interesse público¹⁴.

Alguns princípios específicos aplicáveis à relação jurídica previdenciária podem ser extraídos da legislação, dentre os quais: a obrigatoriedade da concessão do benefício mais vantajoso; a primazia da verdade real; a oficialidade na atuação dos órgãos para a realização de requerimentos administrativos e produção de provas; e a presunção de veracidade dos dados constantes nos sistemas corporativos da Previdência Social¹⁵.

12 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros. 2000. p. 417-421.

13 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004. p. 13.

14 Princípio da oficialidade e da verdade real. ZYMLER, Benjamin. A Procedimentalização do direito administrativo brasileiro. *Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 2, n. 22, dez. 2002.

15 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Princípios do processo administrativo*. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público - FA, Belo Horizonte, ano 4, n. 37, mar. 2004.

O princípio da obrigatoriedade da concessão do benefício mais vantajoso destina-se a oferecer ao beneficiário a situação jurídico-financeira mais favorável possível. No momento do julgamento administrativo, mesmo que o segurado ou dependente requeiram espécie de benefício diversa, ou mesmo seja possível duas ou mais interpretações jurídicas sobre o caso concreto, devem os servidores do INSS verificar as provas produzidas nos autos e, caso constatado o direito a benefício diverso do requerido e/ou mais vantajoso economicamente, informar ao interessado e, no caso de anuência deste, proceder à concessão do benefício¹⁶.

O princípio da primazia da verdade real pretende orientar os órgãos da Previdência Social a não ficarem adstritos aos documentos apresentados pelos interessados quando possível a obtenção de outras provas que auxiliem no esclarecimento do direito alegado, aproximando a conclusão do processo administrativo ao que verdadeiramente ocorreu no mundo dos fatos.

O princípio da oficialidade exige uma atuação proativa por parte dos órgãos previdenciários. Diferentemente do que ocorre no Judiciário, devem os órgãos públicos: atuar em busca de provas independentemente da provocação do interessado; formular requerimento administrativo em favor do interessado nos casos previstos na legislação; e reconhecer automaticamente o direito ao benefício quando os sistemas corporativos da Previdência Social indicarem a presença dos requisitos legais para sua concessão¹⁷.

Os dados e informações constantes nos sistemas corporativos da Previdência Social, como todo ato administrativo, gozam da presunção de veracidade, presumindo-se verdadeiros enquanto não apresentadas outras provas que infirmem o seu valor probatório (STJ. EREsp 519988/CE).

2 A FASE POSTULATÓRIA E OS MEIOS DISPONÍVEIS AOS BENEFICIÁRIOS PARA O ACESSO À PREVIDÊNCIA SOCIAL

O processo administrativo previdenciário é deflagrado mediante pedido formulado pelo segurado ou dependente e, em algumas situações específicas, pelo empregador ou de ofício pela Administração.

¹⁶ Art. 122 da Lei nº 8.213/91: "Art. 122. Se mais vantajoso, fica assegurado o direito à aposentadoria, nas condições legalmente previstas na data do cumprimento de todos os requisitos necessários à obtenção do benefício, ao segurado que, tendo completado 35 anos de serviço, se homem, ou trinta anos, se mulher, optou por permanecer em atividade". Vide também o §4º, art.167; art. 188-B e §3º e §4º do art. 56 do Decreto nº 3.048/99.

¹⁷ Iniciativa inovadora tem sido adotada pelo INSS ao enviar carta ao segurado que atinge os requisitos legais para a aposentadoria por idade.

A relação jurídica processual possui, no pólo ativo, o segurado ou dependente que mantém relação de seguro social com o Estado. No pólo passivo, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, autarquia federal, com personalidade jurídica de direito público interno e, na fase recursal, o Conselho de Recursos da Previdência Social, órgão do Ministério da Previdência Social (União Federal).

Os segurados e dependentes podem postular perante a Previdência pessoalmente, por meio do seu representante legal (pais, tutores, curadores, etc.), por terceiros com poderes de representação (procuração) ou pelo administrador provisório. Os maiores de 16 (dezesesseis) anos de idade¹⁸ possuem legitimidade para postular perante a Previdência.

O INSS tem admitido a formulação de requerimentos administrativos por administrador provisório, considerando como tal o parente ou qualquer pessoa que se apresentar, independentemente da apresentação de termo de curatela judicial, quando o requerente seja portador de doença mental, mediante entrega de simples declaração alegando a situação peculiar que passa o interessado e o impede de formular o requerimento pessoalmente. Embora de legalidade duvidosa, já que a tutela dos interesses dos incapazes possui disciplina normativa específica na legislação civil¹⁹, exigindo-se a intervenção jurisdicional obrigatória para a designação do representante legal do interdito (o curador) e participação do Ministério Público, o entendimento do INSS que dispensa a apresentação da sentença judicial de interdição tem sido adotado para simplificar e facilitar o acesso dos segurados aos benefícios e serviços da Previdência Social.

A própria Lei nº 8.213/91, nos artigos 110 e 111, admite o pagamento de benefício devido ao incapaz para o herdeiro necessário, por um período de 6 (seis) meses, mediante termo de compromisso firmado no ato do recebimento. Da mesma forma confere legitimidade ao ato jurídico de pagamento realizado ao menor de idade, a partir dos 16 anos, independentemente da presença dos pais ou do tutor.

São situações que aparentemente divergem da matéria tratada pelo Código Civil, mas reafirmam a especialidade e prevalência das normas previdenciárias em relação à legislação civil.

18 Art. 111 da Lei nº 8.213/91 c/c art. 163 do Decreto nº 3.048 e §3º e art. 15 da Orientação Interna INSS/DIRBEN nº 170/2007.

19 Código Civil. Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela: I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil; II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade; III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental; V - os pródigos.

A empresa, o sindicato ou a entidade de aposentados devidamente legalizada podem, mediante convênio com a Previdência Social, processar requerimento de benefício em favor do seu empregado ou associado e respectivos dependentes²⁰.

A Previdência Social deve processar de ofício o benefício quando tiver ciência da incapacidade do segurado, sem que este tenha requerido auxílio-doença, sendo facultado à empresa protocolizar requerimento de auxílio-doença ou documento dele originário de seu empregado ou de contribuinte individual a ela vinculado ou a seu serviço²¹.

A Previdência Social oferece como meios à formalização do requerimento administrativo: acesso pela rede mundial de computadores (endereço eletrônico www.previdencia.gov.br), pelo telefone (Central 135) ou diretamente nas unidades de atendimento do INSS (Agências de Previdência Social).

Como regra geral, realiza-se o agendamento do atendimento do segurado ou dependente por contato telefônico ou pelo acesso à página da internet da Previdência Social, comparecendo o interessado na Agência da Previdência Social na data e hora agendadas.

Alguns serviços estão disponíveis para atendimento imediato pela Central 135 ou pela página da Previdência na internet, dentre os quais, a orientação e informação sobre os serviços disponíveis; requerimento de auxílio-doença; pedido de prorrogação e de reconsideração de benefício por incapacidade; consulta às perícias agendadas; verificação da data de pagamento de benefício; informação sobre a situação do benefício; inscrição do contribuinte; cálculo da contribuição em atraso; registro de reclamação, sugestão, elogio e denúncia junto à Ouvidoria²². Outros serviços são apenas agendados para o comparecimento pessoal do segurado a uma das Agências de Previdência Social.

Como bem pontuou Viviane Masotti²³, a variedade dos meios de acesso do cidadão à Previdência Social torna efetivo o princípio constitucional da universalidade da cobertura e do atendimento, constante no inciso I, parágrafo único, art. 194 da Constituição Federal.

²⁰ Nesse sentido, art. 117 da Lei nº 8.213/91.

²¹ Nesse sentido, artigos 76 e 76-A do Decreto nº 3.048/99.

²² Fonte: página do Ministério da Previdência Social na internet (www.previdencia.gov.br).

²³ MASOTTI, Viviane. O Processo administrativo previdenciário. *Revista da Escola Paulista de Direito*, a. 2, n. 2, mar./abr. 2006.

A apresentação de documentação incompleta às unidades da Previdência Social não é motivo suficiente para a recusa ao processamento do pedido formulado²⁴, devendo o requerimento ser recebido pelo servidor e, no caso de insuficiência documental, deve o interessado ser intimado para a complementação das informações, com a emissão de carta de exigências para seu endereço residencial, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias²⁵ para cumprimento.

3 A FASE DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA E A CRISE PROCESSUAL. PROCESSAMENTO ELETRÔNICO DE BENEFÍCIOS, SISTEMAS CORPORATIVOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL E O RECONHECIMENTO AUTOMÁTICO DE DIREITOS

Após formalizado o pleito administrativo, segue a etapa do processo administrativo previdenciário destinada à colheita de provas que confirmem ou neguem a existência do direito subjetivo que afirma o requerente possuir.

Podemos afirmar que, enquanto na processualística civil a doutrina aponta a crise do processo na fase de execução²⁶, diante da inefetividade da decisão judicial em relação à ausência de concreção no mundo dos fatos do comando que dela emerge, na esfera previdenciária a crise do processo atinge a fase de instrução, o que tem desafiado a Administração Previdenciária em busca de soluções que resultem numa decisão administrativa de melhor qualidade e mais justa.

Nessa fase do processo é indispensável uma atuação participativa dos órgãos previdenciários, diante da maior facilidade que possuem para confirmar ou negar a validade jurídica das provas apresentadas pelo interessado, se necessário produzindo novas provas ou solicitando informações a outros órgãos públicos e privados para corroborar aquelas apresentadas, efetivando, assim, a missão institucional da Previdência Social de *garantir a proteção ao trabalhador e sua família, por meio de sistema público de política previdenciária solidária, inclusiva e sustentável, com objetivo de promover o bem-estar social*²⁷. Não obstante seja exigida tal postura administrativa, ainda não se encontra sedimentada nos órgãos previdenciários a cultura da produção probatória de ofício por seus próprios servidores (princípio da oficialidade), quando insuficientes as provas apresentadas pelos interessados. Não raras vezes o segurado apresenta documentos para a comprovação do exercício da atividade

²⁴ Nesse sentido, art. 105 da Lei 8.213/91: “Art. 105. A apresentação de documentação incompleta não constitui motivo para recusa do requerimento de benefício”.

²⁵ §1º, art. 460 da Instrução Normativa PRES/INSS nº 20/2007.

²⁶ FÉRES, Marcelo Andrade. Apontamentos sobre alguns fatores jurídicos determinantes da crise do crédito no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 858, 8 nov. 2005.

²⁷ Plano de Ação do INSS para o ano de 2010. Extraído da página do INSS na internet <<http://www.previdencia.gov.br>>

laboral, a exemplo da carteira de trabalho com anotações de vínculo de emprego, e os servidores do INSS desconsideram os registros como tempo de contribuição, sem diligenciar junto ao empregador ou a outros órgãos públicos no sentido de confirmar ou afastar a presunção de legitimidade dessas informações. O modelo adotado atualmente atribui o ônus da produção probatória quase que integralmente àqueles que requerem os benefícios previdenciários. Parte-se da premissa de que se os interessados não produzem os elementos de prova necessários à comprovação dos fatos que alegam ocorridos, não caberia à Administração ir ao encontro das provas para a descoberta da verdade real. Sob esse prisma, diverge o processo previdenciário do processo civil, já que, neste, o ônus da prova quanto ao fato constitutivo do direito cabe ao autor, devendo o réu apresentar fatos outros impeditivos, modificativos ou extintivos que afastem a pretensão deduzida em juízo. Se o autor não apresenta documentos suficientes ao reconhecimento do seu direito possivelmente a ação será julgada improcedente. No processo administrativo previdenciário, pela sua natureza de atividade estatal vinculada à lei e destinada a garantir o direito social do cidadão, é exigível uma postura diferente da Administração, no sentido de atuar de forma imparcial e proativa, reconhecendo o direito ao benefício ou serviço sempre que os requisitos legais do benefício estejam presentes no processo, se necessário buscando as provas que esclareçam os fatos narrados pelo segurado na oportunidade do requerimento administrativo.

E certamente várias decisões judiciais e administrativas injustas poderiam ter sido evitadas se tivessem sido buscados todos os elementos de prova necessários e disponíveis à apreciação da situação previdenciária do requerente.

O inciso LVI do art. 5º da carta constitucional define bem a ampla possibilidade da produção probatória, admitindo-se no processo a apresentação de todas as provas desde que não sejam obtidas por meios ilícitos, considerando ilícitas aquelas produzidas com ofensa aos direitos e garantias individuais do cidadão, especialmente aquelas que protegem a intimidade e a vida privada. A 2ª turma do STF, na relatoria do Ministro Celso de Mello (HC 93.050, DJE 10/06/2008), definiu a invalidade das provas obtidas por meios ilícitos, bem como aquelas que, embora produzidas aparentemente em conformidade com a lei, se originam de outra prova obtida ilicitamente, cuja pecha da ilicitude é transferida por derivação. Embora a decisão aprecie matéria penal, a interpretação constitucional empreendida mostra-se aplicável à matéria previdenciária. Calha a transcrição parcial da decisão:

Ilícitude da prova. Inadmissibilidade de sua produção em juízo (ou perante qualquer instância de poder) – Inidoneidade jurídica da prova

resultante de transgressão estatal ao regime constitucional dos direitos e garantias individuais. A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do *due process of law*, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. [...] A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do *male captum, bene retentum*. Doutrina. Precedentes. [...] Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. A exclusão da prova originariamente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do *due process of law* e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal²⁸.

A seguir, serão abordados os principais meios de prova utilizados no processo administrativo previdenciário (prova documental, testemunhal e pericial), bem como procedimentos adotados pelo INSS para a produção probatória (entrevista, pesquisa externa e justificativa administrativa).

As *provas documentais* constituem o principal meio de prova utilizado pelos interessados para a comprovação dos seus direitos previdenciários. Dentre as provas mais utilizadas podemos citar: documentos de identificação pessoal (certidões de nascimento, casamento, etc.); documentos para a comprovação do exercício de atividade laboral (anotações na carteira de trabalho, comprovantes de pagamento, formulários de rescisão contratual e comprovante do recolhimento das contribuições previdenciárias); documentos que indicam o exercício de atividade rural (contrato de arrendamento, parceria ou comodato

28 STF. Voto do Ministro Celso de Mello no HC 93.050, DJE 10/06/2008.

rural, declaração do sindicato ou colônia de pescadores, comprovante de cadastro no INCRA, bloco de notas do produtor rural, notas fiscais de entrada de mercadorias, documentos fiscais relativos à entrega de produção rural à cooperativa agrícola, etc.); documentos médicos que auxiliam na verificação da incapacidade laboral (atestados, exames, laudos periciais); relatórios e laudos das condições ambientais do trabalho, nos benefícios por incapacidade e na aposentadoria especial; declaração do recolhimento do segurado à prisão, nos casos de auxílio-reclusão. Os documentos cujas informações constam em base de dados oficial da administração pública federal não devem ter sua apresentação exigida do requerente, devendo o órgão público obtê-los diretamente do respectivo órgão ou entidade detentora das informações (art. 2º do Decreto nº 6.932/2009). Os dados constantes do Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS (sistema corporativo da Previdência) relativos a vínculos, remunerações e contribuições valem como prova de filiação à previdência social, tempo de contribuição e salários-de-contribuição, também dispensando o interessado da apresentação da documentação relacionada a essas informações. Quando a lei não exigir forma pública para a produção do documento (exemplo da certidão de nascimento, casamento e óbito), o fato jurídico pode ser comprovado mediante a apresentação de documento particular, não se exigindo a autenticação da cópia do documento por cartório público se esta for apresentada aos órgãos previdenciários juntamente com o original, sendo possível a verificação da autenticidade pelo servidor do INSS. As declarações constantes nos documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários, conforme expõe o art. 219 do Código Civil. A prova documental ganha importância quando se trata da comprovação do período de atividade laboral, havendo dispositivo legal expresso no §3º, art. 55 da Lei nº 8.213/91 dispondo que a comprovação do tempo de serviço, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, só produz efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito.

A *prova testemunhal* é utilizada no processo previdenciário para complementar o valor probatório dos documentos. A prova testemunhal, por si só, não é suficiente para a comprovação do tempo de serviço, devendo sempre estar vinculada a provas documentais que afirmem a existência do exercício da atividade laboral ou a relação de dependência. Segundo o art. 228 do Código Civil, não podem ser admitidos como testemunhas: os menores de dezesseis anos; aqueles que, por enfermidade ou retardamento mental, não tiverem discernimento para a prática dos atos da vida civil; os cegos e surdos, quando a ciência do fato que se quer provar dependa dos sentidos que lhes faltam; o interessado no litígio; o amigo íntimo ou inimigo capital das partes; os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais,

até o terceiro grau de alguma das partes, por consangüinidade ou afinidade.

A *prova pericial* é utilizada, em regra, para a aferição da incapacidade laboral do segurado e da condição de inválido do dependente, para os fins da prorrogação da qualidade quando maior de 21 anos de idade (incisos I e III, art. 16 da Lei nº 8.213/91), executada por perito médico do INSS. No benefício de amparo social ao deficiente da Lei nº 8.742/93 a análise médica é realizada à luz das condições sociais em que vive o interessado, com a emissão conjunta de parecer por perito médico e assistente social do INSS.

A *entrevista* é o procedimento interno utilizado pelo INSS principalmente nos processos dos benefícios rurais, consistente na oitiva do requerente, equivalente ao depoimento pessoal no processo judicial civil, tendo por finalidade a comprovação do exercício de atividade rural, possuindo o caráter complementar em relação às provas documentais. A entrevista também é realizada para a oitiva de vizinhos confrontantes do imóvel rural onde a atividade é exercida pelo segurado.

Justificação Administrativa (JA) é o procedimento administrativo realizado pela Previdência Social e destinado a suprir a falta de documento ou comprovação de fato do interesse do beneficiário ou da empresa, desde que a lei não exija documento público. No processamento da justificação administrativa para a comprovação do tempo de serviço, dependência econômica, identidade ou relação de parentesco deve o procedimento da JA estar lastreado em início de prova material, documentos estes que confirmem os depoimentos colhidos pela Previdência. O interessado poderá solicitar a realização de justificação administrativa arrolando de três a seis testemunhas, a fim de confirmar os fatos que o interessado pretende comprovar.

Pesquisa externa são os serviços externos, envolvendo deslocamento de servidor do INSS, que tem por finalidade a elucidação de dúvidas, complementação de informações ou apuração de denúncias junto a empresas, órgãos públicos, entidades representativas de classe, cartórios, contribuintes e beneficiários, destinada a verificar os documentos apresentados pelo interessado, beneficiários ou contribuintes; realizar visitas necessárias ao desempenho das atividades de perícias médicas, habilitação e reabilitação profissional, bem como de serviço social. A pesquisa externa tem valiosa participação nos benefícios requeridos por segurados especiais e demais trabalhadores rurais, para a comprovação do efetivo trabalho rural.

Na fase de instrução processual bastante relevante é a utilização de informações existentes na base de dados dos sistemas informatizados da Previdência Social, dentre os quais passamos a citar os mais importantes.

O Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS) teve como origem remota o Decreto nº 97.936/89 que criou o Cadastro Nacional do Trabalhador – CNT e representava um consórcio entre o Ministério da Previdência Social e Assistência Social – MPAS, Ministério do Trabalho e Caixa Econômica Federal, assumindo a denominação atual com a Lei nº 8.212/91. Consiste banco de dados com informações dos trabalhadores e empregadores, de onde se pode extrair, dentre outros, os dados pessoais, vínculos empregatícios, contribuições previdenciárias vertidas, benefícios requeridos, remunerações percebidas, agregando-se recentemente valiosa base cadastral com informações dos segurados especiais. O sistema PLENUS reúne todas as informações relacionadas aos benefícios requeridos pelos segurados e dependentes, deferidos ou não pelas unidades do INSS. Todas as informações necessárias à implantação ou revisão da renda mensal do benefício são inseridas no sistema, desde os dados pessoais do segurado, dependentes e do instituidor da pensão por morte, até os salários-de-contribuição, dados bancários, valores percebidos e informações das perícias médicas realizadas ou não pela Previdência Social. O sistema SABI é o sistema onde são administradas todas as informações relacionadas à perícia médica, desde os atestados médicos e exames apresentados pelos segurados até a conclusão médica obtida pelo perito médico do INSS, declarando a presença ou não da incapacidade laboral.

A partir da edição da Lei Complementar nº 128/2008 iniciou-se na Previdência Social intenso trabalho de fortalecimento dos sistemas corporativos, ampliando as bases de dados que alimentam o sistema CNIS, com a migração de informações da Secretaria da Receita Federal do Brasil, Ministério da Pesca e Aquicultura, Fundação Nacional do Índio – FUNAI e outros órgãos federais²⁹, com a finalidade de permitir que a análise administrativa do INSS seja enriquecida com o maior número possível de informações que, confrontadas com os documentos apresentados no processo administrativo, levem o INSS a emitir uma decisão mais célere e melhor fundamentada, com dados objetivos e confiáveis. Nessa linha de atuação, recentemente o INSS iniciou trabalhos direcionados ao reconhecimento automático dos direitos dos segurados no benefício de aposentadoria por idade (aposentadoria em 30 minutos), enviando cartas para as residências dos segurados que estão na iminência de atingir o requisito etário, representando considerável avanço na análise administrativa dos benefícios.

A ideia da política pública previdenciária é transformar o INSS em órgão gestor de informações, reconhecendo automaticamente o direito

²⁹ A Instrução Normativa nº 42 /INSS/PRES, de 3 de dezembro de 2009 estabelece procedimentos relativos ao reconhecimento dos períodos de atividade na condição de segurado especial, formados a partir das informações acolhidas pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS dos bancos de dados disponibilizados por órgãos públicos e dos sistemas de benefícios, para a construção do Cadastro do Segurado Especial, objetivando o reconhecimento de direitos aos benefícios previstos no inciso I e parágrafo único do artigo 39 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

subjetivo dos segurados quando presentes informações que confirmem os requisitos necessários à concessão do benefício ou, se insuficientes, desonerar o segurado da apresentação de documentos que já constam na base de dados da Previdência.

4 O JULGAMENTO ADMINISTRATIVO. A FASE RECURSAL

Os atos administrativos praticados no curso do processo envolvem uma verdadeira relação dialética entre o interessado e a Administração, que se inicia com o requerimento administrativo e se consagra na fase de instrução. Nesta fase se estabelece de forma mais clara o devido processo legal, com o estabelecimento do contraditório e a valoração das provas apresentadas, passando pelo saneamento do processo para a emissão de uma decisão pela autoridade administrativa. Sobre a fase processual preparatória que antecede a emissão da decisão administrativa, leciona Carlos Ari Sunfeld:

A grande idéia do processo é fazer com que haja participação, com os que têm interesses direta ou indiretamente atingidos, dialoguem, aberta e integralmente. Mas é fundamental também que a autoridade que decide não seja obrigada não só a ouvir, mas a dialogar. Dar oportunidade para manifestação real e igualitária exige esforço, tempo, e técnica. Mas isto seria absolutamente inócuo, se aquele que ouve pudesse decidir, em seguida, sem dialogar. Então, o que há de fundamental no processo é obrigar quem decide a dialogar com as partes. Não para saber se elas estão de acordo com a decisão. É um diálogo com os argumentos. Por isso que, ao decidir, o juiz precisa motivar sua sentença. Motivador é um modo de dialogar. Não é a simples explicação formal das razões que levaram a decidir. Quando a autoridade decide, ela é obrigada a dialogar com tudo que se passou no processo. Daí a necessidade de relatar o processo, percorrer metodicamente suas várias fases. Não se trata de necessariamente atender as razões das partes, mas dialogar com elas, de responder a seus argumentos. Trata-se de estabelecer um debate na sentença. Há sentenças maravilhosas como peças literárias, mas que não dialogam com o processo, nada tem a ver com ele. Às vezes algumas passam para a história como primores de erudição, mas são desastres como decisão por não terem dialogado com o processo. É isto o que há de fundamental na concepção de processo, que é comum aos Parlamentos, ao Judiciário como um todo e também à Administração Pública. Ela é obrigada, antes de decidir, a ouvir, a dialogar com os cidadãos³⁰.

30 SUNDFELD, Carlos Ari. Processo administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão. Fórum – *Biblioteca Digital*, Belo Horizonte, n. 23, ano 6 janeiro 2006.

É preceito constitucional, insculpido no inciso LXXVIII do art. 5º, a garantia a todos da razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

No âmbito do direito previdenciário tem-se defendido que a conclusão da análise do processo deve se efetivar no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, considerando o disposto no §5º do art. 41-A da lei de benefícios que prevê “o primeiro pagamento do benefício será efetuado até quarenta e cinco dias após a data da apresentação pelo segurado da documentação necessária a sua concessão”. Concluída a instrução do processo, a decisão deve ser proferida no prazo de 30 dias, salvo prorrogação por igual período, devidamente motivada, nos termos do art. 49 da Lei nº 9.784/99.

As decisões administrativas dos órgãos da Previdência devem representar a conclusão do raciocínio lógico perpetrado pelo servidor, enfrentando todos os requisitos necessários à concessão do benefício e analisando todas as provas produzidas nos autos. O servidor deve apresentar relatório sucinto contendo os fundamentos de fato e de direito que o levaram a chegar àquela conclusão de deferimento ou indeferimento do benefício. Nos casos de indeferimento, o servidor deve informar quais foram os requisitos legais do benefício que não foram atendidos pelo segurado e quais períodos de atividade não foram considerados para fins de carência ou tempo de contribuição, tornando público o motivo pelo qual se deu o indeferimento do benefício. Reconhecido ou não o direito ao benefício ou serviço, o INSS emite uma carta de comunicação da decisão à residência do interessado, cuja ciência inequívoca de seu teor deflagra o termo inicial do prazo para a interposição de recurso contra a decisão administrativa.

A etapa recursal do processo previdenciário tem a participação de órgãos administrativos que não compõem a estrutura organizacional do INSS, mas do Ministério da Previdência Social, quais sejam, a Junta de Recursos (2ª instância administrativa) e a Câmara de Julgamento (3ª instância administrativa), compondo o Conselho de Recursos da Previdência Social – CRPS, colegiado responsável pelo controle da legalidade das decisões do INSS em matéria de benefício, regulamentado pela Portaria MPS nº 323/2007.

Das decisões emitidas pelas Agências da Previdência Social do INSS caberá recurso ordinário pelo interessado, no prazo de 30 dias, para julgamento perante a Junta de Recursos. Os recursos serão protocolizados, preferencialmente, no órgão do INSS que proferiu a decisão administrativa, que deverá proceder a sua regular instrução com a posterior remessa dos autos à Junta de Recursos. O INSS será intimado para, no prazo de 30 dias contados da interposição do

recurso, apresentar contrarrazões, momento em que poderá reconhecer o erro administrativo de sua decisão inicial e, no exercício do poder de autotutela, reformá-la para declarar a presença do direito subjetivo postulado pelo recorrente. Caso não reformada a primeira decisão, nem apresentadas as contrarrazões, serão considerados como tais os motivos do indeferimento do pedido do benefício e encaminhado o recurso ordinário para julgamento na Junta de Recursos. Algumas matérias previstas no regulamento do CRPS são de alçada exclusiva da Junta de Recursos, não cabendo questionamento dos acórdãos proferidos por este órgão para nova apreciação da Câmara de Julgamento, resultando o acórdão da Junta de Recurso a decisão definitiva no âmbito administrativo³¹.

Contra os acórdãos proferidos pela Junta de Recursos, exceto nas matérias de alçada, é cabível Recurso Especial no prazo de 30 (trinta) dias contados da intimação da decisão. O INSS somente poderá propor recurso especial nas seguintes situações: a) quando violarem disposição de lei, de decreto ou de portaria ministerial; b) divergirem de súmula ou de parecer do Advogado Geral da União; c) divergirem de pareceres da Consultoria Jurídica do MPS ou da Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS, aprovados pelo Procurador-Chefe; c) divergirem de enunciados editados pelo Conselho Pleno do CRPS; d) tiverem sido fundamentadas em laudos ou pareceres médicos divergentes emitidos pela Assessoria Técnico-Médica da Junta de Recursos e pelos Médicos peritos do INSS; e) contiverem vício insanável, considerado como tal as ocorrências elencadas no § 1º do art. 60 da Portaria MPS nº 323/2007³². Esta limitação imposta quanto às hipóteses de cabimento do recurso ordinário pelo INSS tem por finalidade evitar a rediscussão de matéria fática por provocação da própria autarquia, já que a esta coube a presidência de toda a fase instrutória do processo. A interposição tempestiva do recurso especial suspende a exequibilidade da decisão proferida pela Junta de Recursos e devolve à Câmara de Julgamento o conhecimento integral da matéria.

Se durante o curso do julgamento do recurso for verificada a existência de ação judicial com objeto idêntico à matéria discutida

31 Portaria 323/2007/MPS: Art. 18. Constitui alçada exclusiva das Juntas de Recursos, não comportando recurso à instância superior, as seguintes decisões colegiadas: I - fundamentada exclusivamente em matéria médica, quando os laudos ou pareceres emitidos pela Assessoria Técnico-Médica da Junta de Recursos e pelos Médicos Peritos do INSS apresentarem resultados convergentes; e II - proferida sobre reajustamento de benefício em manutenção, em consonância com os índices estabelecidos em lei, exceto quando a diferença na Renda Mensal Atual - RMA decorrer de alteração da Renda Mensal Inicial - RMI.

32 Art. 60. § 1º Considera-se vício insanável, entre outros: I - o voto de Conselheiro impedido ou incompetente, bem como condenado, por sentença judicial transitada em julgado, por crime de prevaricação, concussão ou corrupção passiva diretamente relacionado à matéria objeto de julgamento do colegiado; II - a fundamentação baseada em prova obtida por meios ilícitos ou cuja falsidade tenha sido apurada em processo judicial; III - o julgamento de matéria diversa da contida nos autos; IV - a fundamentação de voto decisivo ou de acórdão incompatível com sua conclusão.

na esfera administrativa, será reconhecida a renúncia ao direito de recorrer e a desistência do recurso interposto. O INSS pode, em qualquer fase do processo, reconhecer expressamente o direito do interessado e reformar sua decisão, deixando de encaminhar o recurso à instância competente (autotutela), ou, caso o recurso esteja em andamento perante o órgão julgador, será necessário comunicar-lhe sua nova decisão, para fins de extinção do processo com apreciação do mérito, por reconhecimento do pedido.

É vedado ao INSS escusar-se de cumprir, no prazo fixado em ato normativo, as diligências solicitadas pelas unidades julgadoras do CRPS, bem como deixar de dar efetivo cumprimento às decisões dos órgãos colegiados, reduzir ou ampliar o seu alcance ou executá-lo de modo que contrarie ou prejudique seu evidente sentido.

Mesmo com o trânsito em julgado na esfera administrativa, havendo controvérsia na aplicação de lei ou de ato normativo entre órgãos do Ministério da Previdência e Assistência Social ou entidades vinculadas, ou ocorrência de questão previdenciária ou de assistência social de relevante interesse público ou social é cabível o órgão interessado suscitar perante o Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social para a definição da melhor interpretação da legislação previdenciária, na forma do art. 309 do Decreto nº 3.048/99.

5 CONCLUSÕES

A prestação de um serviço público previdenciário de qualidade exigirá dos órgãos que compõem a Administração Previdenciária uma constante atenção às regras procedimentais que traduzam os princípios básicos do processo administrativo constitucional, pautado no direito de petição dos segurados e no dever da prestação do serviço público segundo o postulado do devido processo legal.

Não basta a existência de normas claras para que o serviço público se exteriorize de forma adequada e eficiente. Os servidores públicos responsáveis pela condução do processo devem se permitir a *servir* os sujeitos da relação jurídica processual com um “*olhar cidadão*”, indicando os meios mais adequados para que o direito subjetivo seja reconhecido, estabelecendo um diálogo permanente e imparcial, sem qualquer direcionamento equivocado que reflita maior onerosidade para que o segurado possa comprovar a existência do direito que alega possuir.

O processo não deve servir como instrumento da burocracia desnecessária, criando entraves para que os interessados tenham sua pretensão analisada, mas sim, como instrumento do Estado Democrático de Direito que assegure a análise administrativa segundo a ordem jurídica.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros. 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FÉRES, Marcelo Andrade. Apontamentos sobre alguns fatores jurídicos determinantes da crise do crédito no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 858, 8 nov. 2005.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Competência dos tribunais administrativos para controle da constitucionalidade. *Fórum – Biblioteca Digital*, Belo Horizonte, n. 24, ano 5 março 2004.

HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. Mini Aurélio. *O dicionário da língua portuguesa*. 6. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Princípios do processo administrativo*. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público - FA, Belo Horizonte, ano 4, n. 37, mar. 2004.

MASOTTI, Viviane. O Processo administrativo previdenciário. *Revista da Escola Paulista de Direito*, a. 2, n. 2, mar./abr. 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: 2008.

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. *Informativo eletrônico “previdência em questão”* n° 24. 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Processo administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão*. *Fórum – Biblioteca Digital*, Belo Horizonte, n. 23, ano 6 janeiro 2006.

ZYMLER, Benjamin. A Procedimentalização do direito administrativo brasileiro. *Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 2, n. 22, dez. 2002.

O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

THE ROLE OF STATE ATTORNEYS IN THE DEMOCRATIC RULE OF LAW STATE

*Danilo Cruz Madeira
Procurador Federal*

*Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG
Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília – UnB*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A relação entre o público e o privado no paradigma do Estado Democrático de Direito: premissas para a delimitação do interesse tutelado pela Advocacia Pública; 2 Da Advocacia Pública na Constituição da República de 1988: seu papel no Estado Democrático de Direito; 3 Das funções institucionais do Advogado Público: consultiva e contenciosa; 4 Da autonomia da Advocacia Pública em relação aos governantes/Administradores dos entes presentados – uma necessidade lógica no atual paradigma; 5 Conclusões; Referências.

RESUMO: Trata-se de artigo jurídico que busca fixar o papel da Advocacia Pública no atual paradigma constitucional vigente no Brasil – o do Estado Democrático de Direito. Com isso, delimita-se a real função institucional da Advocacia Pública, essencial à justiça, de defender o Estado enquanto efetivador do interesse público. Nega-se, assim, a subordinação do Advogado Público aos dirigentes, administradores ou, até mesmo, ao Chefe do Poder Executivo, sendo que tais autoridades somente serão defendidas por aquela instituição na medida em que atuarem em sintonia com os anseios populares plasmados na Constituição da República e nas leis vigentes.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia Pública. Paradigmas Constitucionais. Estado Democrático de Direito. Autonomia. Interesses Públicos e Privados.

ABSTRACT: This article aims to define the role of the State Attorneys in Brazil's current constitutional paradigm – the democratic rule-of-law State. Through that, it is possible to mark out the real institutional role of the State Attorneys, essential to justice, in defending the State as the agent that carries out the public interest. It is therefore denied any subordination between the State Attorneys and the chair persons, managers or even the President, for these authorities shall only be legally defended inasmuch as they perform accordingly to the public needs inscribed in the Constitution and governing laws.

KEYWORDS: State Attorneys. Constitutional Paradigms. Democratic Rule of Law State. Autonomy. Public and Private Interests.

INTRODUÇÃO

Conforme sabido, vigia, no passado, notadamente no período absolutista, a teoria segundo a qual o Estado seria irresponsável por seus atos. Tanto assim é que se tornaram comuns expressões como “*Le roi ne peut mal faire*”, na França, ou “*The king can do not wrong*”, na Inglaterra. Em tradução livre, o rei não pode errar ou o rei nunca erra¹.

Ultrapassado esse período, o Estado passou a responder pelos atos que seus servidores ou Administradores praticavam em face do cidadão. Nesse contexto, imperioso se fez que o Estado, agora sujeito não só de direitos, mas também, e principalmente, de obrigações, fizesse presente em demandas judiciais. Para tanto, precisava de um órgão especializado em tal mister.

Eis que surge a figura do Advogado Público, enquanto pessoa dotada de capacidade postulatória apta a representar², judicial e extrajudicialmente, o Estado em todas as ocasiões em que sua presença se fizesse necessária.

Com a crescente conscientização popular acerca de seus direitos, houve um vultoso incremento da participação do Estado em demandas judiciais. Pode-se dizer, inclusive, que o Estado³ é, hoje, a pessoa que mais está presente, como parte, principalmente como réu, em ações judiciais.

Daí a importância de se estudar, com o devido cuidado e atenção, o verdadeiro papel da Advocacia Pública. E tal estudo deve ser feito, como não poderia deixar de ser, valendo-se das lentes do paradigma jurídico vigente – o do Estado Democrático de Direito.

Tal pressuposto influenciará decisivamente nas conclusões a que se pretende chegar com o presente artigo, porquanto, a depender do paradigma adotado, um mesmo instituto pode ter os mais díspares significados e um órgão, as mais divergentes funções.

1 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 985.

2 Oportuna, neste ponto, a observação de Leonardo José Carneiro da Cunha ao dizer, com esquete em Pontes de Miranda, que, “*na verdade, a Procuradoria Judicial e seus procuradores constituem um órgão da Fazenda Pública. Então, o advogado público quando atua perante os órgãos do Poder Judiciário é a Fazenda Pública presente em juízo. Em outras palavras, a Fazenda Pública se faz presente em juízo por seus procuradores. Segundo clássica distinção feita por Pontes de Miranda, os advogados públicos apresentam a Fazenda Pública em juízo, não sendo correto aludir-se a representação.*” (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2008. p. 20). Feita a ressalva, esclareça-se que, doravante, passar-se-á a utilizar o termo *apresentação*, por ser ele mais técnico e coerente com a moderna função da Advocacia Pública.

3 Com a expressão genérica “Estado”, quer-se fazer menção a todos os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta (União, Estados, Municípios, Distrito Federal, suas autarquias, fundações e, até mesmo, em alguns casos, empresas públicas e sociedades de economia mista).

Para comprovar tal assertiva, iniciar-se-á definindo o que vem a ser paradigma para, em seguida, delinear os contornos do atualmente vigente.

Feito isso, analisar-se-ão as diversas funções da Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito, explicitando, assim, o seu papel nesse atual paradigma.

Todo esse esforço tem por objetivo tentar responder à seguinte indagação/problema: saber se o papel do Advogado Público deve se restringir à defesa dos interesses manifestados pelos governantes/administradores ou se o mesmo tem por função defender o Estado em sentido amplo, cujo poder emana do povo. Noutros termos, pergunta-se: seria o Advogado Público um órgão de defesa do governo ou do Estado?

Buscar-se-á responder a tal indagação valendo-se, como marco teórico, da teoria discursiva de Jürgen Habermas, o qual, ao descrever o paradigma do Estado Democrático de Direito, definiu-o a partir do entrelaçamento das esferas pública e privada, superando, com isso, tal separação. O público não mais se identifica com o interesse manifestado pelo governante, tal como ocorria no Estado Social. O privado, por sua vez, não é limitado pelos interesses individuais egoísticos dos cidadãos. No Estado Democrático de Direito, o interesse público só o é se respeitar os interesses privados dos cidadãos. O privado, por sua vez, só é legítimo na medida em que respeita os anseios coletivos (lembre-se, neste ponto, por exemplo, da função social da propriedade).

De todo o exposto, já restou evidente que a hipótese que se tentará comprovar com o presente trabalho consiste na afirmação de que o papel da Advocacia Pública é promover a defesa do interesse público, cujo conteúdo pode ser alcançado a partir da efetivação dos direitos e garantias fundamentais plasmados na Constituição. Tais interesses podem ou não coincidir com os dos governantes, mas, independentemente disso, o Advogado Público deve obediência tão-somente à Constituição e às leis válidas. Nesse sentido, o governante deve ser defendido apenas se sua atuação estiver em consonância com os princípios e regras vigentes em nosso ordenamento jurídico.

Definido o escopo e o plano para se o alcançar, iniciem-se os trabalhos!

1 A RELAÇÃO ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: PREMISSAS PARA A DELIMITAÇÃO DO INTERESSE TUTELADO PELA ADVOCACIA PÚBLICA

Todo trabalho, seja ele científico ou não, necessita de um ponto de partida.

Além disso, é necessário que o seu protagonista tenha uma série de conhecimentos e experiências prévias que nortearão a sua empreitada, os quais influenciarão diretamente no resultado final da mesma. Afinal, tais experiências e pressupostos prévios definirão o caminho a ser tomado para se alcançar a meta visada.

É justamente essa dupla função – a de ponto de partida e a de pressuposto para a pesquisa – que desempenha o paradigma⁴.

Dito isso, atente-se que, para Thomas Kuhn⁵, o termo paradigma pode ter dois significados:

De um lado, indica toda a constelação de crenças, valores, técnicas etc., partilhados pelos membros de uma comunidade determinada. De outro, denota um tipo de elemento dessa constelação: as soluções concretas de quebra-cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal.⁶

A par dessas duas acepções, pode-se dizer que o paradigma constitui o ponto de partida para qualquer análise ou interpretação que se pretenda fazer de algo. Enquanto pressuposto do intérprete, o paradigma interfere direta e decisivamente na conclusão alcançada. Afinal, como ensina o Prof. Marcelo Cattoni:

Toda interpretação, assim como toda atividade humana, dá-se num contexto histórico, pressupõe paradigmas e, para usar uma expressão de Habermas, um pano de fundo de mundos da vida compartilháveis [HABERMAS, *The theory of communicative action*], que simplesmente não podem ser, em sua totalidade, colocados entre parênteses, através de uma atividade de distanciamento ou abstração, porque o ser humano não pode abstrair-se de si mesmo, não pode fugir à sua condição de ser de linguagem; “paradigmas”, “mundos da vida” compartilháveis,

4 “O termo *paradigma* é originário do grego *paradeigma* e encontra em Platão sua concepção mais remota como idéia de modelo ou exemplo. Como noção epistemológica contemporânea, contudo, tem sua gênese na Filosofia da Ciência, de onde é colhida, a partir de escólios de Gadamer, pelo físico Kuhn, que lhe fixa o conceito e desenvolve formulações teóricas destinadas às ciências exatas, associando realizações científicas a problemas e soluções modelares.” (CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. *Legitimidade dos Provimentos: Fundamentos da Ordem Jurídica Democrática*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 216).

5 “A teoria hermenêutica gadameriana representa o alicerce para a apropriação da noção de pré-compreensões (preconceitos) que impregnam o sujeito, já que constituem o pano de fundo que informa sua visão de mundo, enquanto Kuhn, em sua obra *A Estrutura das Revoluções Científicas*, acolhendo aquela noção, projeta a visada (sic) dos elementos estruturantes do paradigma como componentes de um corpo teórico dominante, acatados historicamente na dinâmica social e que, por isso mesmo, exercem função reguladora da ciência e determinam sua dinâmica e seu desenvolvimento.” (PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito Adquirido e a ordem pública: Segurança Jurídica e Transformação Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 22, *apud* CARVALHO, op. cit., p. 216).

6 KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 219–220.

embora plurais, são condições para a interpretação, são condições de comunicação.⁷

Noutros termos, é ele, o paradigma, que define a partir do que o pesquisador está desenvolvendo sua teoria.

Transferindo essa noção para a Ciência do Direito, pode-se afirmar, com Habermas, que o Estado moderno viveu, ao longo da história, sob três paradigmas distintos, quais sejam, o do Estado Social, o do Estado Liberal e, por fim, o do Estado Democrático de Direito.

A depender do paradigma adotado pelo jurista, a interpretação da legislação vigente poderá variar, tendo em vista os diferentes pressupostos ou pontos de partida de que se valerá. Afinal:

[...] os paradigmas contêm *ideologias* ou *visões de mundo* que fornecem uma série de pressupostos necessários à interpretação concreta de direitos. Por exemplo, conceitos jurídicos como liberdade e igualdade são extremamente dependentes dessa discussão paradigmática. As diferentes interpretações que liberais e socialistas chegaram o demonstra.⁸

Nesse ensejo, note-se que a constituição, enquanto manifestação da vontade do verdadeiro titular do poder – o povo – deve, embora isso nem sempre ocorra, espelhar o paradigma adotado pela comunidade que busca reger.

Quando o paradigma vivenciado por certa sociedade é previsto na Constituição vigente, passa ele a ser um paradigma constitucional. Noutros termos, passa de *paradigma sociológico*, constituído pelas crenças, tradições e visões de mundo de uma determinada comunidade, para um *paradigma jurídico*.

No caso brasileiro, a Constituição, ao proclamar que todo poder emana do povo (artigo 1º, parágrafo único), instituiu o Estado Democrático de Direito, elegendo-o como o paradigma que deve nortear a atuação do Estado em todas as suas esferas.

Qualquer instituto, órgão ou ente Estatal deve agir segundo esse paradigma, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade. Nesse sentido:

[...] atentar contra a Democracia é atentar contra a ordem constitucional, enquanto expressão normativa da vontade popular.

7 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 143-144.

8 MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. *A noção de administração pública e os critérios de sua atuação*. Disponível em: <<http://www.cead.unb.br/agu>>. Acesso em: 25 ago. 2009. p. 8.

Por escolha constitucional brasileira, a Democracia apresenta-se como marco insubstituível da prática jurídica social, sendo inegociável, senão com o rompimento da atual ordem constitucional.

Atos despóticos são, assim, atos ilícitos.⁹

Antes de adentrar o paradigma vigente, contudo, cumpre dizer que o Estado Democrático de Direito foi precedido, modernamente, por dois outros paradigmas constitucionais – o do Estado de Direito (ou Liberal) e o do Estado Social.

O primeiro¹⁰ instituiu uma ruptura com o antigo modelo medieval de castas¹¹, bem como com o modelo Absolutista, do Estado Nação, que se sucedeu.

É um paradigma que entende a liberdade como a possibilidade de fazer tudo aquilo que um mínimo de leis não proibam, diz Locke e Montesquieu. [...] é a liberdade de ter, a liberdade dos burgueses, dos modernos. [...]

Essa idéia de liberdade se assenta, obviamente, na propriedade, na idéia de igualdade de uma sociedade que afirma que todos os seus membros são proprietários, no mínimo de si próprios, pois mais ninguém pode ser propriedade de outrem e, assim, todos são sujeitos de Direito.¹²

Naquele momento, portanto, os direitos a serem garantidos pelas declarações constitucionais que nasciam eram concebidos como liberdades negativas, protegendo o cidadão contra o arbítrio estatal.

9 MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de Conhecimento e Cognição: uma inserção no estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 35.

10 O Estado moderno tem como primeiro paradigma o Estado Liberal. “É a partir das Revoluções burguesas, a Revolução norte americana de 1776 e a revolução Francesa de 1789, que foram consagrados os princípios liberais políticos e principalmente econômicos para a afirmação do Estado Liberal.” (MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. T. I, p. 67, *apud* CARVALHO, op. cit., p. 221).

11 Na verdade, a divisão por estratos da sociedade política já era vista desde a democracia grega, mais precisamente na *polis* ateniense entre 510 e 323 a. C. “E é paradoxal – para os modernos, mas de modo algum para os antigos – que essa libertação [das formas tradicionais de exercício do poder, tais como a monarquia, a aristocracia e a tirania], com a implementação do governo democrático (que era direto, e não representativo), ocorresse sob o signo da desigualdade no plano vertical (que coexistia, portanto, com a igualdade no plano horizontal da sociedade política). Com a experiência ateniense, consolida-se a diferenciação por estratos, que será paradigmática em todo o mundo antigo e continuará a inspirar a organização social nos períodos medieval e pré-moderno. O que importa notar, nessa distinção de papéis sociais, é o fato de que apenas os cidadãos – homens adultos nascidos em Atenas, filhos de homens livres oriundos de famílias locais – participavam da esfera deliberativa.” (PAIXÃO, Cristiano. *Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito*. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda Oliveira (org.). *O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Forum, 2003. p. 3-4).

12 CARVALHO NETTO, Menelick de. *Público e Privado na perspectiva constitucional contemporânea*. Disponível em: <<http://www.cead.unb.br/agu>>. Acesso em: 25 de ago. 2009. p. 10.

O papel do Estado, então, assume feição meramente regulatória, “reservando ao mercado a tarefa de promover a distribuição equânime de oportunidades e benefícios”¹³. Nesse sentido, afirma Habermas:

Segundo este modelo, uma sociedade econômica, institucionalizada através do direito privado (principalmente através dos direitos de propriedade e da liberdade de contratos), deveria ser desacoplada do Estado enquanto esfera de realização do bem comum e entregue à ação espontânea de mecanismos de mercado. Essa sociedade de direito privado era trabalhada conforme a autonomia dos sujeitos de direito, os quais, enquanto participantes do mercado, tentam encontrar sua felicidade através da busca possivelmente racional de interesses próprios.¹⁴

O maravilhamento com tal modelo, contudo, chegou ao fim. A excessiva liberdade da iniciativa privada acabou por ensejar uma “não liberdade”, com a exploração exacerbada da classe trabalhadora por aqueles que detinham o poder econômico¹⁵, culminando, após muita luta social¹⁶, no surgimento do próximo paradigma, qual seja, o do Estado Social ou do Bem-Estar Social.

Esse novo paradigma, como ensina André Del Negri:

[...] efetivou-se por meio de um *Estado intervencionista*, mais atuante e preocupado em estimular o crescimento e o desenvolvimento das inúmeras atividades ligadas às áreas da saúde, educação, cultura, família e previdência social. Chega-se, assim, à conclusão de que, no Brasil, esse paradigma socializante teve início com a Constituição de 1934. Nesse marco teórico, o Estado abandonou sua posição de espectador, passando a interferir nos serviços públicos com uma linha de crescimento constante nos empregos e nos impostos arrecadados, ocasionando, conseqüentemente, um maior “bem-estar” à sociedade (as aspas servem aqui para lembrar que, talvez, o Estado Social seja a radicalização do Estado Liberal, ao criar meios

13 PAIXÃO, op. cit., p. 17.

14 HABERMAS. *Direito e Democracia – Entre a Faticidade e a Validade*. 1997. p. 102, apud CARVALHO, op. cit., p. 227.

15 “Em verdade, houve duas etapas na evolução do movimento liberal e do Estado Liberal: a primeira, a da conquista da liberdade; a segunda, a da exploração da liberdade.” (CARVALHO, op. cit., p. 228).

16 “O resultado dessa atomização social, como não poderia deixar de ser, foi a brutal pauperização das massas proletárias, já na primeira metade do século XIX. Ela acabou, afinal, por suscitar a indignação dos espíritos bem formados e a provocar a indispensável organização da classe trabalhadora. A Constituição francesa de 1848, retomando o espírito de certas normas das Constituições de 1791 e 1793, reconheceu algumas exigências econômicas sociais. Mas a plena afirmação desses novos direitos humanos só veio a ocorrer no século XX, com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919.” (COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 51, apud COURA, Alexandre de Castro. *Reflexões acerca da (in)efectivação dos direitos fundamentais sociais no Brasil e do controle judicial de políticas públicas*. Oficina do Centro de Estudos Sociais – CES – da Universidade de Coimbra n.º 314, 2008. p. 10).

compensatórios para ter o controle de massas. Às vezes, criam-se emprego e renda tão-somente para calar o cidadão).¹⁷

É sabido, no entanto, que o Estado Social não conseguiu, igualmente, cumprir os grandiosos propósitos que inspiraram sua criação. Ao contrário, a pobreza da população e a disparidade social só aumentaram com o tempo. A diferença é que, além de uma pequena parcela de abastados que explorava a mão-de-obra da maioria desfavorecida, exurgiu, paralelamente, uma figura gigantesca e centralizadora – o próprio Estado¹⁸. E, como bem adverte Kant, autor de uma das mais completas e coerentes teorias do Estado de Direito:

[...] um governo fundado sob o princípio da benevolência para com o povo, tal como o governo de um pai para com os filhos, isto é, um governo paternalista (*imperium paternale*), é o pior despotismo que se possa imaginar.¹⁹

Dito isso, cumpre observar que ambos os paradigmas – o Liberal e o Social – estabeleciam, como traço comum, uma nítida distinção entre o público e o privado²⁰. Como bem salienta o Prof. Menelick:

O conceito básico era o mesmo, em um ou em outro, mudava-se simplesmente a seta valorativa. No primeiro, o privado é excelente e o público é péssimo. No segundo, o público é excelente e o privado é

17 DEL NEGRI, André. *Teoria da Constituição e do Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 69-70.

18 “A crise de cidadania decorre da carência, gradativamente percebida, de participação efetiva do público nos processos de deliberação da sociedade política. A identificação do público com o estatal acabou por limitar a participação política ao voto. E isso se aduziu uma estrutura burocrática centralizada e distanciada da dinâmica vital da sociedade. A associação entre público e estatal acarretou a construção de uma relação entre indivíduo e Estado que pode ser equiparada à relação travada entre uma instituição prestadora de serviços (e bens) e seus clientes. Como é sabido ao menos desde o início do século XX, o distanciamento, a impessoalidade e a hierarquização são atributos básicos do ‘tipo puro’ de dominação que se consolidou no Ocidente desencantado.” (PAIXÃO, Cristiano. *Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito*. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda Oliveira (org.). *O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Forum, 2003. p. 23).

19 KANT. *Sobre o dito popular “Isto pode ser justo em teoria mas não vale para a prática”* (1793). Tradução (italiana): G. Solari e G. Vidari. Utet. Torino, 1956, p. 255 apud BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 8. ed. rev. e ampl. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 177.

20 Tal distinção já era nítida na sociedade grega: “Na mentalidade e na vida social atenienses, o privado é a dimensão da sobrevivência, da luta pela manutenção dos seres vivos e de suas famílias, da luta em face da escassez. Nesse plano de existência, o homem não difere muito de outras espécies de seres vivos, que precisam recorrer à natureza para encontrar a subsistência. A casa é o lugar em que essa contínua luta e conservação da vida e saúde se manifesta. Daí a etimologia da expressão moderna *economia* (*oikia + nomos*, ou seja, a lei da casa). [...] A materialização da vida pública ocorre por intermédio da emancipação propiciada pelo exercício de todas as potencialidades do homem como cidadão. A ágora, local das discussões em torno das questões fundamentais da *polis*, é o espaço (não apenas no sentido físico) em que essa potencialidade poderá ser ativada [...]. Nesses contextos de discussão, encontro e argumentação, o homem grego se vê livre das amarras (típicas da dimensão privada) que o transformavam num ser desprovido, ao menos em parte, de sua liberdade, e realiza tudo aquilo que seria conhecido, no futuro, como o ‘ideal grego’, a conjugação de várias formas de sociabilidade numa *polis* democrática.” (PAIXÃO, op. cit., p. 4-5).

péssimo. De toda sorte, no entanto, o privado é e continua a ser em ambos o reino do egoísmo encarnado no indivíduo e o público o do interesse geral sempre consubstanciado no Estado.²¹

Todavia, essa relação entre o público e o privado é profundamente alterada no Estado Democrático de Direito.

A distinção entre ambos não é mais tão nítida. Pelo contrário, cada vez mais o público e o privado se confundem, formando uma amálgama em permanente tensão. Há, na verdade, uma relação de interdependência, conflito e comunicação perenes entre o público e o privado, nascendo daí a noção de cidadania.

Aliás, parece não haver dúvida, ao menos teoricamente, de que o paradigma jurídico-constitucional adotado por nosso ordenamento é o do Estado Democrático de Direito. Tal paradigma serve de norte para a estruturação de todo o sistema jurídico, o qual não poderá inobservá-lo em nenhuma de suas fases, haja vista o Princípio da Supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade irrestrito das leis.

Contudo, tal conclusão, que é decorrência lógica clara da Constituição da República ao dizer que todo poder emana do povo (parágrafo único do seu artigo 1º), parece passar despercebida para muitos intérpretes-aplicadores do Direito, que o continuam aplicando como se ainda vivêssemos no ultrapassado Estado Social ou, até mesmo, no Estado Liberal.

No entanto, não é lícito, no paradigma vigente, entregar-se ao governante o papel de tradutor da vontade popular, o que aconteceria se se permitisse que ele julgasse segundo seus “elevados” conhecimentos acerca da sociedade. A vontade normativa não pode ser entregue a uma autoridade²². O povo, ao votar, não elege um intérprete da consciência popular (à semelhança do *Führer* nazista)²³, delegando seu poder ao Estado²⁴. Isso ocorria no ultrapassado Estado Social, não agora.

Em outras palavras, é preciso, no paradigma democrático, conferir ao destinatário a oportunidade de discutir os fundamentos da norma jurídica para, até mesmo, se for o caso, rejeitá-la.

21 CARVALHO NETTO, op. cit., p. 18.

22 MADEIRA, op. cit., p. 21.

23 MADEIRA, op. cit., p. 23.

24 “[...] o poder discricionário da Administração não é sinônimo de uma autorização em branco dos administrados dado à mesma, mas que, ao contrário, tratam-se de conceitos determináveis, que sempre são aplicados em uma certa situação concreta dada, e que as especificidades da situação de aplicação exigem, a cada caso, uma única e determinada postura ou ação jurídica e constitucionalmente vinculada da Administração [Günther, discricionariedade administrativa e discurso de aplicação].” (CARVALHO NETTO, Menelick de. *A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição*. [s.l. : s.n. 20--?]. Disponível em: <<http://www.cead.unb.br/agu>>. Acesso em: 25 ago. 2009).

Imperioso esclarecer, contudo, que não se está defendendo uma chamada “Teoria Crítica do Direito”²⁵, no equivocado sentido de que o mesmo poderia ser aplicado inclusive *contra legem*. Afinal, conforme sabido, a Constituição da República também integra o ordenamento jurídico, situando-se, aliás, em seu ápice. Vale dizer, interpretar uma norma segundo o entendimento popular é um imperativo constitucional. Julgar-se-ia *contra legem*, na verdade, se não se atentasse a tal comando²⁶.

Tal modelo foi proposto, dentre outros, por Jürgen Habermas, em sua Teoria Discursiva da Democracia²⁷, que servirá como marco teórico para os presentes estudos.

Ao propor tal paradigma, Habermas buscou o entrelaçamento e a comunicação permanente entre as esferas pública e privada, superando, na verdade, tal separação²⁸. Trata-se de uma relação de complementaridade, em que “os cidadãos, ao darem-se conta de sua autonomia pública, têm que estabelecer os limites da autonomia privada, a qual qualifica as pessoas privadas para o seu papel de cidadão”²⁹.

Toma relevo a Teoria Discursiva do Direito, que possui espeque na argumentação de que a legitimidade do Direito pode servir aos propósitos da almejada integração social, desde que aflorado através de um processo racional de formação da opinião e da vontade, pautado pela defesa do pluralismo e tolerância aos distintos posicionamentos e argumentos, sob uma perspectiva inclusivista.³⁰

25 “Com denominações comuns – ‘critical legal studies’, ‘critique Du droit’, ‘uso alternativo Del derecho’, ‘direito insurgente’ – esses movimentos convocavam em manifestos a um reinserção do direito na política, impulsionados por um protagonismo que derivava em geral da crítica marxista a uma atitude militante, sob a perspectiva ora de um ‘jusnaturalismo de combate’, ora de um ‘positivismo ético.’ (SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. *Sociologia Jurídica: condições sociais e possibilidades teóricas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 23-24).

26 Interessante crítica às Teorias Críticas do Direito é encontrada, dentre outros, em ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. São Leopoldo: Unisinos, 1998. p. 53-62.

27 Cf. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido Processo Legislativo: Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 74-79.

28 “Observa-se, pois, que as esferas do público e privado, tratadas, tanto no paradigma do Estado Liberal quanto no do Estado Social como opostas (modificando-se apenas a direção da ‘seta valorativa’), passam , num cenário de construção do paradigma do Estado Democrático de Direito, a ser vistas como complementares, equiprimordiais. E é essa mesma relação de equiprimordialidade que norteará a redefinição da dicotomia direito público-direito privado. Numa sociedade complexa, algumas distinções conceituais tornam-se fluidas e variáveis. O direito privado passa a ter espaços – antes inteiramente preservados de qualquer disposição de ordem normativa – regulamentados em lei. Isso se torna visível especialmente no direito de família. E, da mesma forma, algumas das disciplinas antes classificadas como de direito público passam a assumir uma feição cada vez mais aberta à possibilidade de argumentação, à inserção de elementos ligados à iniciativa individual. Um exemplo ilustrativo são as normas que autorizam transação penal ou suspensão da punibilidade em face da admissão da prática do ilícito.” (PAIXÃO, op. cit., p. 26).

29 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre a facticidade e a validade*. Tradução de Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 2, p. 157.

30 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Direito Administrativo em enfoque: as contribuições da Teoria Discursiva de Jürgen Habermas*. Fórum Administrativo – Direito Público – FADM, Belo Horizonte, n. 70, ano 6

Vale dizer, aos cidadãos deve ser dada a mais ampla oportunidade de participar do processo de construção do direito. Sua atividade não deve se limitar ao mero exercício do direito de voto. Dá-se também, e principalmente, a partir dos meios processuais, judicial ou administrativamente, que devem ser postos a sua disposição. Nesse sentido, ensina Habermas:

A legitimidade do direito apóia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos.³¹

Conforme já dito, no paradigma do Estado Democrático de Direito, público e privado não podem se contrapor ou se separar³². Ao contrário, devem se relacionar permanentemente, em uma constante e saudável tensão³³, que só pode ser resolvida perante o caso concreto³⁴.

A relação entre as autonomias pública e privada foi profundamente alterada. Hoje, o público não mais se identifica unicamente com o

dez. 2006. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=38457>. Acesso em: 11 jul. 2007, p. 5.

31 HABERMAS, op. cit, v. 1, p. 138.

32 “Tendo sido criado o espaço de discussão dos interlocutores, se diz então da impossibilidade da cisão das autonomias pública e privada: não há como achar por bem que todos os participantes adotarão papéis definidos de forma perene, sem que haja um intercâmbio entre eles. Há um remodelamento da própria esfera pública, que reclama a participação incessante dos cidadãos, que abandona a postura de cliente, bem como também não ignora a necessidade da intervenção estatal na sociedade civil em determinados momentos. É esta a novidade do Paradigma do Estado Democrático de Direito.” (CRUZ, op. cit., p. 6).

33 Muito oportuna a transcrição, embora longa, de excerto de interessante artigo produzido por Chantal Mouffe: “É inegável que a realização completa da lógica da democracia, que é uma lógica da identidade e da equivalência, torna-se impossível pela lógica liberal do pluralismo e da diferença, já que essa última obsta o estabelecimento de um sistema total de identificações.

Essas duas lógicas são, portanto, incompatíveis, mas isso não implica que a democracia pluralista esteja fadada ao fracasso. Muito pelo contrário, podemos considerar que *é precisamente a existência dessa permanente tensão entre a lógica da identidade e a lógica da diferença que faz da democracia um regime particularmente adaptado ao caráter indeterminado e incerto da política moderna*. Pois é indubitável que é através da articulação do liberalismo com a democracia que a construir cada identidade como positividade e como diferença, subvertendo necessariamente, desse modo, o projeto de totalização ao qual visa a lógica democrática da equivalência. [...]

Entre a visão de uma completa equivalência e de uma pura diferença, a experiência da democracia moderna reside no reconhecimento dessas lógicas contraditórias, bem como na necessidade de sua articulação. Articulação que deve ser constante e cotidianamente recriada e renegociada, não havendo qualquer ponto de equilíbrio ou de harmonia definitiva a ser conquistado. [...]

Qualquer crença em uma eventual solução definitiva dos conflitos, assim como no desaparecimento da tensão inerente à divisão do sujeito com ele mesmo, longe de fornecer o horizonte necessário ao projeto democrático, efetivamente o coloca em risco. Pois, paradoxalmente, *a realização plena da democracia seria precisamente o momento de sua própria destruição*. Ela há de ser concebida, portanto, como um bem que não existe, como bem visado, que não pode ser jamais atingido completamente. E é no reconhecimento da impossibilidade de sua conquista total que a democracia moderna atesta que seu projeto se encontra permanentemente vivo e que o pluralismo a habita”. (grifos nossos. MOUFFE, Chantal. *Pensando a democracia moderna com, e contra Carl Schmitt*. Tradução: Menelick de Carvalho Netto. Revue Française de Science Politique, vol. 42, nº I, fev. 92. Cad. Esc. Legisl., Belo Horizonte, 1(2):87-108, jul/dez. 1994. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/index.asp?grupo=servicos&diretorio=cadernoscol&arquivo=cadernos&caderno=2>> p. 5.

34 Interessante a leitura, neste ponto, de OMMATI, José Emílio Medauar. *A igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2004.

Estado. Afinal, é o povo o titular do poder. É ele quem decide, valendo-se dos instrumentos democráticos de participação na tomada de decisão política, o seu futuro, e não uma autoridade de cunho paternalista, tal como ocorria no Estado Social. Como ensina Friedrich Müller:

O termo “democracia” não deriva apenas etimologicamente de “povo”. Estados democráticos chamam-se governos “do povo” [“Volks”herrschaften]; eles se justificam afirmando que em última instância o povo estaria “governando” [“herrscht”].

Todas as razões do exercício democrático do poder e da violência, todas as razões da crítica da democracia dependem desse ponto de partida.³⁵

E arremata:

O discurso de legitimação de uma democracia não só obriga a mesma a ser democrática no seu conteúdo – abstraindo do fato de que o significado desse adjetivo “democrático” pode ser matéria de grandes controvérsias. Ele deveria sobretudo realizar também no seu próprio procedimento o que designa, deveria, portanto, ser correlativamente estruturado, i. é: não formular afirmações em bloco, que se imunizam contra a discussão, não apresentar-se qual dedução cogente, não falar por intermédio de resultados antecipados. Muito pelo contrário, a legitimidade – como também a normatividade jurídica – é um *processo* e não uma substância, uma essência ou mesmo uma *qualidade* de textos.³⁶

Vale repetir, o público não mais se identifica com a figura do Estado. O privado, por seu turno, não se limita aos interesses individuais e egoísticos do indivíduo. E é tendo em vista tal perspectiva que o intérprete-aplicador do direito deve aplicá-lo e compreendê-lo.

[...] a democracia requer o reconhecimento equiprimordial das dimensões pública e privada. Também as esferas pública e privada são dimensões em permanente tensão e interdependentes [...]

Existem dimensões públicas que hoje atravessam mesmo os recintos mais privados, e o próprio público é uma esfera que não pode ser confundida com a do Estado, reatando-se, outra vez, com aquela noção de povo que não pode ser visto como consciência coletiva ou algo desse tipo, mas, a rigor, requer ser enfocado como fluxos comunicativos, como possibilidade de participação, enfim, toda uma

35 MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 47.

36 MÜLLER, op. cit., p. 107.

complexidade doutrinária que é requerida hoje para darmos conta dos desafios que temos que enfrentar.³⁷

Transferindo esses pressupostos para o tema do presente trabalho, chegada é a hora de se voltar os olhos, especificamente, para o papel da Advocacia Pública sob a única ótica possível e lícita na atual ordem constitucional brasileira – a do Estado Democrático de Direito.

2 DA ADVOCACIA PÚBLICA³⁸ NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988: SEU PAPEL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A existência de um órgão com a específica finalidade de apresentar o Estado em juízo é algo relativamente novo na história brasileira.

Afinal, antes da Constituição de 1988, o Ministério Público cumulava em si a dupla função de defesa da sociedade e de advocacia de Estado.

No âmbito federal, em meados dos anos 30, criaram-se as autarquias, que eram defendidas por seus procuradores ou advogados, os quais, com a Lei n.º 7.659/45, passaram a gozar das mesmas prerrogativas conferidas aos Procuradores da República. O Ministério Público, por sua vez, fixou-se na defesa da União.

Em 1986, com o Decreto n.º 93.237, foi instituída a Advocacia Consultiva da União, composta pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (do Ministério da Fazenda), pelas Consultorias Jurídicas, pelos órgãos jurídicos dos Gabinetes Militar e Civil da Presidência da República, pelas Procuradorias Gerais e departamentos jurídicos das autarquias e fundações federais, e pelos órgãos jurídicos das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente pela União³⁹.

Contudo, a função de defender o Estado em Juízo (advocacia contenciosa) continuava entre as atribuições do Ministério Público, juntamente com a defesa da sociedade. Tal situação, não raras vezes, gerava profundos conflitos de interesses dentro daquela instituição. Afinal, em algumas situações, o *parquet* poderia, em tese, exercer a função de autor em

37 CARVALHO NETTO, Menelick de. *Público e Privado na perspectiva constitucional contemporânea*. Disponível em: <<http://www.cead.unb.br/agu>>. Acesso em: 25 ago. 2009. p. 18-19.

38 A expressão *Advocacia Pública* ganhou, entre nós, foro constitucional com a Emenda n.º 19, de 05/06/1998, que alterou o nome da Seção II do Capítulo IV do Título IV da Constituição da República de “Advocacia-Geral da União” para, mais genericamente, “Advocacia Pública”.

39 Cf. OLIVEIRA, José Otaviano de. *Advocacia Geral da União: estrutura e funcionamento*. *Revista Virtual da AGU*, Ano VI, n.º 48, de janeiro de 2006. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=83091&ordenacao=50&id_site=1115>. Brasília, 16 de março de 2010, p. 01-02.

uma demanda em face do Estado e, nessa mesma demanda, defender este último.

Atento a tal discrepância, o Constituinte de 1988 reorganizou o Ministério Público da União e criou a Advocacia-Geral da União e a Defensoria Pública da União.

Ao Ministério Público reservou-se a função de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127, CR/1988).

À Defensoria Pública, a de orientação jurídica e defesa, em todos os graus, dos necessitados (artigo 134).

Finalmente, à Advocacia-Geral da União reservou-se a tarefa de representar a União, judicial e extrajudicialmente, bem como a de prestar consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo (artigo 131).

Em resumo, o Ministério Público defende a sociedade (direitos coletivos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis); a Defensoria Pública, os mais pobres e necessitados e; a Advocacia Pública, o Estado.

Como visto, embora tenham hoje papéis bem distintos e separados, a origem dessas três funções essenciais à justiça advém de um tronco comum – o Ministério Público. A Advocacia e a Defensoria Pública ficaram com parcela das atribuições que antes cabiam ao *parquet*. Vale destacar que tal gênese comum justifica muitas das conclusões a que se chegará com o presente trabalho. Afinal, todos eles foram criados com a inspiração de defender os interesses da sociedade em geral, cada um a seu modo.

Dito isso, mister se faz situar, em uma análise sistemática, o lugar reservado à Advocacia Pública na Constituição da República/88.

Vê-se que a CR/88 dispõe, em seu Título IV, acerca *da organização dos poderes*. Reservou, então, o Capítulo I ao Poder Legislativo; o Capítulo II, ao Poder Executivo; o III, ao Judiciário e; finalmente, o Capítulo IV, às funções essenciais à justiça.

Note-se que o Constituinte não inseriu as funções essenciais à justiça em um dos clássicos três poderes⁴⁰. Não. Elas estão em um capítulo à parte.

40 Neste ponto, cumpre registrar que, em que pese a redação legal, não se trata de verdadeiros “poderes”. Afinal, todo poder pertence ao povo (parágrafo único do artigo 1º da CR/88). Nesse sentido, melhor seria dizer que a organização do Estado é dividida em “funções” (poder-dever). Vale dizer, para melhor organizar a atuação Estatal, deve-se-a, precipuamente, nas funções Executiva, Legislativa e Judiciária. Contudo, tendo em vista a redação constitucional, bem como a nossa tradição publicística, continuar-se-á utilizando o termo “poderes”.

Ora, por princípio hermenêutico, é sabido que nenhuma disposição legal, ainda mais em se tratando de norma constitucional, deve ser tratada como inútil. Da mesma forma, a organização sistemática de um diploma legal deve sempre balizar a compreensão do mesmo pelo intérprete.

Nesse diapasão, imperioso concluir que não foi por acaso que a Constituição da República brasileira decidiu situar as funções essenciais à justiça fora da organização dos demais poderes.

Na verdade, ao assim fazer, pretendeu dizer que a essas funções, que são essenciais à justiça, reserva-se a importantíssima tarefa de auxiliar, aproximar democraticamente e, porque não dizer, fiscalizar os demais poderes instituídos.

Não se trata propriamente de um quarto poder, como outrora foi dito. Afinal, o poder é um só, que pertence ao povo (artigo 1º, parágrafo único, da CR/88).

Na verdade, aos órgãos cujas funções são consideradas essenciais à justiça incumbe a tarefa de, em um exercício dialógico de intercomunicação e diálogo próprio do Estado Democrático de Direito, tentar unir e direcionar as funções Executiva, Legislativa e Judiciária no sentido de atender aos anseios do verdadeiro titular do poder – o povo.

Noutros termos, se a divisão tripartite dos poderes tende a separá-los física e ideologicamente⁴¹, as funções essenciais à justiça funcionam como uma espécie de “cola”, preenchendo os espaços vazios entre os mesmos. Com isso, tenta-se formar uma amálgama, em um só corpo, constituindo-se, assim, o Estado Democrático de Direito.

O Ministério Público, a Advocacia Pública e Privada, bem como a Defensoria Pública não são órgãos do Poder Executivo⁴², como se

41 “A Montesquieu se deve o ter precisado a classificação das funções do Estado mostrando, igualmente, o fim de tal classificação (BARTHÉLÉMY e DUEZ, ob. cit. P. 140). A divisão das funções estatais, correspondente à existência de três órgãos, é hoje adotada por quase todas as organizações políticas. Com frequência se recrimina o publicista do *Espírito das Leis*, à vista dos defeitos que a divisão de poderes (como observa DUGUIT, *Traité, de Droit Constitutionnel*, vol. II, p. 664, ele jamais usou a expressão ‘separação de poderes’) convertida em separação irracional tem acarretado.” (FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed. (atualizada). Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 16)

42 É claro que, se se tiver em vista a separação *material* das funções estatais entre legislativa, judicial e administrativa, na forma proposta por Seabra Fagundes, as funções essenciais à justiça exercem atividade materialmente executiva. Afinal, “no sentido material, ou seja, sob o ponto de vista do conteúdo e da finalidade, os atos administrativos são aqueles através dos quais o Estado determina situações jurídicas individuais ou concorre para a sua formação.” (FAGUNDES, op. cit., p. 37). Ou ainda, “os atos administrativos apenas realizam o direito pela individualização das regras gerais e abstratas constitutivas do direito positivo” (FAGUNDES, op. cit., p. 20). Contudo, tal classificação leva em conta a natureza jurídica dos atos realizados, independentemente do órgão de onde promana o ato (critério *formal* ou *subjetivo*). Ou seja, isso não implica dizer que as funções essenciais à justiça são *órgãos* do Executivo, no sentido de serem subordinadas à sua estrutura hierárquica, mas apenas que a sua atuação é de natureza materialmente administrativa, já que realiza o direito no caso concreto, sem o poder de fazer coisa julgada.

costuma afirmar. Nem tampouco integram o Judiciário. Na verdade, tais órgãos transitam permanentemente entre os poderes da República. Ora em um, ora em outro. Em um movimento constante e pendular de tensão e aproximação.

Aliás, talvez seja essa a razão da dificuldade da frustrada tentativa, fadada ao fracasso, de se os situar, organicamente, em um dos poderes. A própria Constituição da República afastou, como visto, tal possibilidade.

Tal circunstância, contudo, parece ter passado despercebida pelo Supremo Tribunal Federal quando julgou a ADI n.º 291/MT. Nela, aquela Corte Superior, de início, deferiu pedido liminar⁴³ para suspender a eficácia das expressões constantes da Constituição do Estado do Mato Grosso que conferiam à Advocacia Pública prerrogativas semelhantes às do Ministério Público, tais como, escolha do Procurador-Geral dentre os integrantes da carreira e independência no exercício de suas funções institucionais. Com a relatoria do Ministro Moreira Alves, entendeu-se que “o desvinculamento da Procuradoria do Estado com relação ao Chefe do Poder Executivo estadual causa sérios prejuízos à administração pública do estado-membro”. No julgamento definitivo, exarado em 07/04/2010 pelo Pleno⁴⁴, manteve-se essa posição⁴⁵.

Tal entendimento, no entanto, não se amolda ao atual paradigma constitucional, vez que obriga, por via transversa, a Advocacia Pública a defender o Chefe do Executivo mesmo quando este agir contrariamente aos interesses públicos extraídos da própria Constituição.

Todavia, vale repetir, a Advocacia Pública, uma das funções essenciais à justiça, não integra o Poder Executivo. Tanto isso é verdade que a mesma não apresenta somente o Executivo. Quando o ato

43 Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADVOCACIA DO ESTADO DE MATO GROSSO. PEDIDO DE LIMINAR. - A RELEVÂNCIA JURÍDICA DA ARGÜIÇÃO E OS EMPECILHOS QUE PODEM SURGIR PARA A BOA MARCHA DA ADMINISTRAÇÃO, COM O DESVINCULAMENTO DOS ÓRGÃOS DE DEFESA DO ESTADO COM RELAÇÃO AO CHEFE DO PODER EXECUTIVO, INDICAM A CONVENIENCIA DE QUE SE SUSPENDA, EX NUNC, A EFICACIA DAS DISPOSIÇÕES DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL IMPUGNADAS, ATÉ O JULGAMENTO FINAL DA AÇÃO. - DEFERIMENTO DA MEDIDA LIMINAR. (ADI 291 MC, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, TRIBUNAL PLENO, julgado em 06/06/1990, DJ 14-09-1990 PP-09422 EMENT VOL-01594-01 PP-00015). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346294>>. Acesso em 17 jun. 2010.

44 Inteiro teor ainda não disponível pela internet. Contudo, o vídeo do julgamento pode ser obtido em: <<http://www.youtube.com/stf#p/a/u/2/wp6y7N8dpUg>>.

45 Vale destacar o voto divergente do Ministro Dias Toffoli, no qual o mesmo considerou estar em sintonia com a Constituição da República o dispositivo da Constituição Estadual do Mato Grosso que considerava como princípios institucionais da Procuradoria do Estado a unidade, indivisibilidade e *autonomia funcional e administrativa*. Fundamentou seu voto justamente no fato de a Advocacia Pública estar, na própria Constituição, em Seção distinta dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, não podendo, por isso, estar subordinada a este último. A Ministra Cármen Lúcia, embora por fundamentos diversos, acompanhou a divergência, acrescentando, ainda, concordância com a possibilidade de a Constituição Estadual dispor que a nomeação do Procurador-Geral do Estado se faça dentre os integrantes da carreira, após formação de lista triíplice por seus pares.

impugnado for praticado pelo Judiciário ou pelo Legislativo, quem atua em nome do Estado também é, igualmente, um Advogado Público. É ele, e só ele, quem possui capacidade de postular em juízo em nome da entidade pública.

Nesse quadro, não se pode dizer, sem erro, que o advogado público é *órgão* do Executivo. Seu papel constitucional ultrapassa tal limitação.

Enquanto função essencial de justiça, ele deve, sim, auxiliar os demais poderes na implementação de suas políticas públicas e interesses institucionais. Mas o faz em prol do interesse Estatal/público, que pode ou não coincidir com o do governante.

Não se quer dizer, com isso, que o advogado público deve reiteradamente contrariar os Administradores. Pelo contrário. Sua função é orientar a atuação deles de forma a fazê-la se pautar pela legalidade e pelos anseios constitucionais.

Como se verá adiante, sua tarefa não é dizer simplesmente “*não*” ao governante. Melhor seria dizer, para cumprir sua missão constitucional, dizer “*dessa forma não é possível, mas dessa outra, respeitados o contraditório e a ampla defesa, bem como os demais princípios constitucionais e legais, é, sim, possível*”.

Fixadas todas essas premissas, indispensáveis para se alcançar o objetivo visado, passe-se à análise do papel da advocacia pública no paradigma do Estado Democrático de Direito.

De início, lembre-se de que a advocacia, seja ela pública ou privada, é função essencial da justiça. Aliás, como bem salienta o Prof. José Afonso da Silva:

A advocacia não é apenas uma profissão, é também um *munus* e “uma árdua fátiga posta a serviço da justiça”. O advogado, servidor ou auxiliar da Justiça, é um dos elementos da administração democrática da Justiça. Por isso, sempre mereceu o ódio e a ameaça dos poderosos. Frederico, o Grande, que chamava os advogados de “sanguessugas e venenosos répteis”, prometia “enforcar sem piedade nem contemplação de qualquer espécie” aquele que viesse pedir graça ou indulto para um soldado, enquanto Napoleão ameaçava “cortar a língua a todo advogado que a utilizasse contra o governo”. Bem sabem os ditadores reais ou potenciais que os advogados, como disse Calamandrei, são as “supersensíveis antenas da justiça”. E esta sempre estará do lado contrário de onde se situa o autoritarismo.⁴⁶

46 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 583.

O advogado é, de uma certa forma, o *tradutor* dos interesses das pessoas que representa. Vale dizer, ele, após ouvir os fatos narrados pela parte e os interesses que a mesma intenta atingir, traduz tal narrativa para uma linguagem técnica-jurídica, na forma da legislação vigente. Daí dizer-se que o advogado:

[...] examina o fenômeno jurídico ao vivo, colhe-o diretamente na vida real, em toda a sua riqueza de detalhes, em toda a sua gama de cores, com toda a sua carga de aspirações, emoções e interesses conflitantes. Só o advogado, e particularmente antes da lide ou fora dela, é obrigado à análise do fato jurídico sob todos os seus ângulos, em seu pleno *fieri*, na sua dinâmica cambiante.⁴⁷

Dito isso, cumpre dizer que, conquanto sejam ambas funções essenciais à justiça, algumas características distinguem a Advocacia Pública da privada. Tanto assim é que a própria Constituição da República colocou-as em Seções distintas⁴⁸.

O advogado privado atua representando o seu cliente. Vale dizer, ele age mediante delegação de poderes conferida, voluntariamente, por uma pessoa, que o faz pelo instrumento de mandato (procuração).

Ressalvada sua independência técnica, uma vez admitido o encargo, também voluntariamente, de defender os interesses de seu cliente, deverá fazê-lo com todos os meios e recursos disponíveis, incansavelmente, segundo as diretrizes traçadas por aquele que o contratou.

Já o advogado público atua apresentando a pessoa jurídica de direito público que lhe é afeta. Ou seja, esse ente se faz presente pelo advogado público. Noutros termos, ele é a própria pessoa jurídica em juízo. Seu poder de apresentação não decorre de um mandato, mas, sim, da própria lei.

Além disso, o advogado público não decide se quer ou não defender aquela entidade, tal como ocorre com o advogado privado. Tal função (poder-dever) decorre de lei, e não de ato de vontade. O aspecto volitivo limita-se ao momento de decidir se a pessoa, aprovada em concurso público de provas e títulos, quer ou não preencher tal cargo. Feito isso, resta-lhe uma função, da qual não pode se furtar de exercer.

47 OSÓRIO, Antônio Carlos Elizalde. Situação do Advogado no mundo jurídico. In: PAIVA, Mário Antônio Lobato de (Coord.). *A importância do advogado para o direito, a justiça e a sociedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 70.

48 Título VI – Da organização dos Poderes: Seção II – da Advocacia Pública; Seção III – da advocacia e da Defensoria Pública.

No esteio do que já foi dito, o Advogado Público não é um profissional contratado pelo governante para representar seus interesses em juízo. A natureza pública de sua investidura no cargo impede tal exegese.

Tanto assim é que a sua capacidade de apresentar a pessoa jurídica de direito público que lhe é afeta não decorre de um mandato, plasmado em uma procuração. Tal função (poder-dever) de fazer o órgão público presente em juízo decorre, como já dito, diretamente de lei.

O Advogado Público, então, tal como os demais servidores públicos, é um agente que deve pautar sua atuação tendo em vista o interesse público, e não o interesse do governante. Ele é, em última análise, um servidor *do* público.

Afinal, como visto, no paradigma do Estado Democrático de Direito, o público não se confunde com o Estado, nem tampouco com o governante. É justamente daí que decorre a conclusão de que o advogado público, considerando-se como tal aquele devidamente investido em cargo público efetivo⁴⁹, defende os interesses do cidadão, genericamente considerado, enquanto servidor [do] público que é.

Enquanto tal, deve sempre balizar sua atuação pelos princípios e normas que regem a atividade administrativa. É, em última análise, à lei, aqui incluída a Constituição, que o advogado público deve realmente obediência.

Não se está aqui descurando da existência de uma hierarquia administrativa. É sabido que a organização dos agentes públicos estatais é feita de forma escalonada e hierarquizada. E não é diferente com o advogado público.

Contudo, tendo em vista o *status* de função essencial à justiça da Advocacia Pública, não pode ela estar sujeita ou subordinada à vontade dos governantes. Nesse sentido, ensina o Prof. Aldemário Araújo Castro:

O exercício da independência técnica (relativa) dos advogados públicos e o viés construtivo das manifestações consultivas e contenciosas reclamam um certo distanciamento dos “interesses imediatos” (e dos “humores imediatos”) dos gestores e administradores. Não é concebível, salvo dentro da triste lógica da advocacia de Governo, uma relação hierárquica, de subordinação,

⁴⁹ Ressalvam-se, neste ponto, os advogados privados contratados diretamente pelo Administrador para o patrocínio de uma demanda específica. Igualmente, os advogados ocupantes de cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração, não podem se enquadrar precisamente na figura do advogado público nos moldes aqui sustentados.

do advogado público em relação à “cadeia de comando” funcional de determinado órgão, ministério ou entidade.⁵⁰

Em idêntico sentido, sugere André Luiz Batista Neves:

A solução passa, certamente, pela garantia de independência funcional aos Procuradores – já há muito intuída como necessária pelo legislador, como, por exemplo, na possibilidade de atuação da pessoa jurídica de direito público ao lado do autor de ação popular, caso isso se afigure útil ao interesse público [art. 6º, §3º, da Lei nº 4.717, de 29.06.1965] – e pelo resgate de seu papel cívico. Como rememora Pereira e Silva, “não se concebe que ainda hoje a função do Procurador do Estado, para significativa parcela da população, seja confundida como a do advogado do governo, ou seja, que a sua atividade se vincule a interesses efêmeros, e não a interesses perenes: os interesses públicos” [Reinaldo Pereira e Silva, “A Função Social do Procurador do Estado” in *Revista Sequência* (CCJ/UFSC), Nº 31 (http://infojur.ccj.ufsc.br/Pereira_e_Silva-A_funcao_social_do_procurador_do_estado.htm - 03.06.1999).⁵¹

Vale dizer, o advogado público, se está subordinado a alguém, está-o apenas dentro de sua própria estrutura hierárquica. Noutros termos, deve obedecer apenas às diretrizes traçadas pela própria Advocacia Pública, de forma a tornar mais homogênea e coerente sua atuação. E, mesmo assim, se tais normas de homogeneização estiverem em sintonia com a legislação pátria.

Nunca ao chefe do Executivo, sob pena de inviabilizar o exercício da tarefa que lhe incumbiu o legislador constituinte – de velar e auxiliar a justiça, ou melhor, na implementação do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, afigura-se no mínimo questionável a validade constitucional do Decreto n.º 7.153, de 09/04/2010 (DOU 12/04/10)⁵²,

50 CASTRO, Aldemário Araújo. *Advocacia de Estado versus Advocacia de Governo*. Obtido via internet. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=2052_Aldemario_Castro&ver=591>. Acesso em: 6 abr. 2010, p. 2.

51 NEVES, André Luiz Batista. *Advocacia Pública: problemas e soluções*. In: PAIVA, Mário Antônio Lobato de (Coord.). *A importância do advogado para o direito, a justiça e a sociedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 53.

52 DECRETO Nº 7.153, DE 9 DE ABRIL DE 2010

Dispõe sobre a representação e a defesa extrajudicial dos órgãos e entidades da administração federal junto ao Tribunal de Contas da União, por intermédio da Advocacia-Geral da União.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VI, alínea “a”, e tendo em vista o disposto no art. 131, ambos da Constituição,

DECRETA:

Art. 1º A Advocacia-Geral da União exercerá a representação e a defesa extrajudicial dos órgãos e entidades da administração federal perante o Tribunal de Contas da União, nos processos em que houver interesse da União, declarado expressamente pelo Advogado-Geral da União, sem prejuízo do exercício do direito de defesa por parte dos agentes públicos sujeitos à sua jurisdição.

que permite a defesa, pela AGU, de gestores da administração federal em processos em tramitação no TCU. Tal vício já foi, inclusive, apontado em nota de Sindicato de Auditores Federais, que, acertadamente, criticou a norma:

Essa previsão infralegal poderá instaurar um conflito de interesse sem precedente entre os gestores e o Estado Brasileiro, pois a Constituição atribui à AGU a defesa judicial e extrajudicial da União, não a defesa de seus gestores pela consumação de atos irregulares. Em outras palavras, significa dizer que o dispositivo em questão poderá, na prática, resultar no uso da estrutura da AGU contra os interesses próprios da União discutidos nos processos que tramitam no TCU. A pergunta que fica no ar é: A AGU é mantida pela União para exercer a Advocacia de Estado ou a indesejável missão de Advocacia de Governo (ou dos governantes)?⁵³

Tal desconfiância procede na medida em que a extensão da possibilidade de defesa de gestores da Administração pela AGU é, na mencionada norma, bastante ampla e genérica. E, no entanto, o papel da Advocacia Pública deve restringir-se à defesa da entidade estatal, cuja criação e funcionamento só se justifica tendo em vista o interesse público, que não se confunde com o interesse do governante, Administrador ou gestor.

Afinal, o advogado público, em última análise, defende o Estado, e não o governante. É tendo em vista tal pressuposto que o mesmo deve pautar sua atuação, a qual, conforme sabido, é dividida em consultiva e contenciosa, como se passa a explicitar.

3 DAS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DO ADVOGADO PÚBLICO: CONSULTIVA E CONTENCIOSA

No exercício gerencial da coisa pública, é comum que o Administrador se depare com situações que suscitam dúvidas jurídicas quanto à forma e, até mesmo, quanto ao conteúdo dos atos que pretende praticar.

§ 1º A Consultoria-Geral da União da Advocacia-Geral da União será a responsável por exercer a orientação da representação e da defesa extrajudicial da União e dos órgãos e entidades da administração federal direta e indireta perante o Tribunal de Contas da União.

§ 2º A assunção da representação e da defesa extrajudicial, nos termos do caput, dar-se-á de forma gradativa, conforme ato a ser editado pelo Advogado-Geral da União, e não exime os gestores de suas responsabilidades.

§ 3º *A defesa dos gestores pela Advocacia-Geral da União, perante o Tribunal de Contas da União, dar-se-á na ocorrência de:*

I - atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, no interesse público, especialmente da União e de suas entidades da administração indireta; e

II - atos praticados em observância dos princípios elencados no caput do art. 37 da Constituição. [...]

53 Nota de esclarecimento à sociedade: Risco do Uso da AGU contra interesses da União, 20/04/2010, disponível em: <http://www.auditar.org.br/web/?h_pg=blog&bin=view&id=13>. Acesso em: 10 jun. 2010.

É justamente nesse contexto que se insere a atividade consultiva do advogado público. Por ela, o advogado público orienta juridicamente o Administrador para que o mesmo aja em sintonia com a legislação, os princípios que norteiam a atividade administrativa e, principalmente, com a Constituição da República.

Contudo, no esteio do que já foi dito, o advogado público, no Estado Democrático de Direito, não deve atuar como mero legitimador jurídico dos atos praticados pelo governante. No atual paradigma, a atividade consultiva se transmutou em uma autêntica forma de controle de legalidade e legitimidade da atuação da Administração Pública⁵⁴.

Aliás, ao menos potencialmente, o controle exercido pela Advocacia Pública é a mais eficiente e aconselhável forma de exercício do controle, já que possui feições essencialmente preventivas. Nesse sentido:

É possível afirmar, sem dúvidas ou receios: o mais eficiente controle de juridicidade da Administração Pública pode estar, se provida de meios necessários, na Advocacia Pública. Indaga-se, quem, além da Advocacia Pública, consegue, por exemplo, evitar ou se antecipar ao desvio ou abuso administrativo?⁵⁵

Mas, para isso, é preciso amparar o advogado público de uma série de garantias e prerrogativas que lhe permitam exercer sua atividade livre de constrangimentos ou pressões, de forma a se submeter unicamente às leis e à Constituição. Mais uma vez, oportuna a transcrição do que disse o professor Aldemário Araújo Castro a respeito:

A fixação de garantias e prerrogativas para o exercício das atividades da Advocacia Pública não surge como uma outorga de favores ou privilégios inaceitáveis, particularmente quando se observa a sua nobre missão de sustentar e aperfeiçoar o Estado Democrático de Direito, zelando pela incolumidade dos interesses públicos primários.

54 O saudoso Miguel Seabra Fagundes, com sua costumeira sabedoria e modernidade, já ensinava: “O controle administrativo é um autocontrole dentro da Administração Pública. Tem por objetivos corrigir os defeitos de funcionamento interno do organismo administrativo, aperfeiçoando-o no interesse geral, e ensejar reparação a direitos ou interesses individuais que possam ter sido denegados ou preteridos em consequência do erro ou omissão na aplicação da lei.

Uma das vantagens, ressalta Carlos S. de Barros Júnior, é melhor acobertar o Erário contra reparações futuras, que os erros dos agentes administrativos, reconhecidos em via judicial, poderão acarretar (*Recursos Administrativos*, Revista de Direito Administrativo, vol. 13, pág. 41)” (FAGUNDES, op. cit., p. 108).

55 CASTRO, Aldemário Araújo, *A Advocacia Pública como Instrumento do Estado Brasileiro no Controle da Juridicidade dos Atos da Administração Pública*. Revista da AGU – Advocacia Geral da União. Ano VII, número 15. Brasília, março de 2008, p. 14.

Afinal, a possibilidade efetiva de contrariar interesses os mais diversos, desde aqueles dos governantes do momento até poderosas manifestações econômicas privadas, reclama a existência de proteções institucionais ao desempenho retilíneo das atribuições da Advocacia Pública.

Assim, as garantias e as prerrogativas dos membros da Advocacia Pública revelam-se meios ou instrumentos de realização plena do interesse público submetido, de uma forma ou de outra, ao crivo de análise dos vários segmentos da Advocacia Pública.⁵⁶

Afinal, sem essas garantias e prerrogativas, pode o advogado público ver-se obrigado, como às vezes ocorre, a apenas cancelar o ato administrativo ilegal, dando-lhe as vestes de aparente legalidade com o seu parecer.

Todavia, para bem exercer sua função, que é essencial à justiça, o advogado público deve ser protegido contra o direcionamento que o governante tende a querer dar a sua atividade consultiva.

É verdade que essa função de controle de legalidade dos atos administrativos não é, como sabido, exclusiva da Advocacia Pública. O Ministério Público e o cidadão em geral, por meio de ação popular, também possuem tal legitimidade.

Contudo, a atuação desses últimos é exercida de forma muito mais repressiva do que preventiva. Vale dizer, é um controle que se exerce, normalmente, após a prática do ato, e não antes, evitando-o, como seria aconselhável.

É justamente essa a diferença que torna o controle exercido pela Advocacia Pública especial – o fato de ser, na maioria das vezes, preventivo, impedindo que o ato ilegal venha a ser implementado.

Com isso, previnem-se ilegalidades e, como corolário lógico, diminuem-se litígios judiciais impugnando o ato que, sem esse controle, seria praticado.

A isso se some mais uma característica que torna o controle exercido pela Advocacia Pública especial. Normalmente, quando o Ministério Público ou o cidadão impugnam um ato administrativo ilegal, eles apenas pedem que o ato seja anulado, com as conseqüências jurídicas que disso advirão. E só.

O advogado público, no entanto, deve ir além.

⁵⁶ CASTRO, op. cit., p. 14-15.

Para exercer em sua totalidade sua função institucional, o advogado público, após dizer que o ato, na forma como pretendido, é ilegal, deve orientar o Administrador acerca da forma como conseguirá, lícita e legitimamente, alcançar seu escopo.

Afinal, não é o advogado público quem define as políticas públicas a serem adotadas pelo governo. Quem o faz é o cidadão, diretamente ou por meio dos seus representantes eleitos.

Nesse contexto, se o governante intenta implementar determinada política pública, mas pretende fazê-lo de uma forma ilegal, o advogado público deve orientá-lo quanto à forma como poderá, lícitamente, atingir seu objetivo.

Conforme já dito, é dizer, ao invés de simplesmente “não pode”, que “dessa forma não é possível, mas, dessa outra, sim, o é”.

Isso, é claro, se a meta a ser atingida estiver em conformidade com o interesse público plasmado na Constituição da República e na legislação. Se, ao contrário, o Administrador pretender apenas beneficiar-se, em interesse próprio, com o ato que pretende praticar, ao advogado público incumbe a missão de rejeitá-lo sumariamente.

Se, contudo, a despeito do filtro exercido pela atuação consultiva, determinado ato administrativo vier a ser impugnado judicialmente, cumpre ao advogado público apresentar, em juízo, o ente que o praticou.

Trata-se, aqui, da chamada atuação contenciosa da Advocacia Pública.

Por ela, efetivam-se os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, indispensáveis para a formação legítima das decisões judiciais. Como ensina Aroldo Plínio Gonçalves:

[...] destinatários já não precisam recluir pelas preferências ideológicas dos juízes, porque, participando do iter da formação do ato final, terão sua dignidade e sua liberdade reconhecidas e poderão compreender que um direito é assegurado, uma condenação é imposta, ou um pretensão direito é negado não em nome de quaisquer nomes, mas apenas em nome do Direito, construído pela própria sociedade ou que tenha sua existência por ela consentida.⁵⁷

Quanto à importância do contraditório na formação do provimento judicial, ensina Dhenis Cruz Madeira:

57 GONÇALVES, Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p 196-197.

Após o magistério de Elio Fazzalari e Aroldo Plínio Gonçalves, já se pode afirmar que o destinatário do provimento, ou seja, aquele que sofre os efeitos da decisão, deve se reconhecer, também, como co-autor do ato decisional, sendo certo que o contraditório, aferido na esfera procedimental, deve ser referente lógico do provimento. Nesse sentido, o provimento não é fruto da vontade de uma autoridade ancoreta, eis que o julgador se sujeita, tal como as partes, às imposições normativas que regem a função jurisdicional. A função jurisdicional deve sempre propiciar às partes a possibilidade de fiscalização irrestrita dos atos processuais que a alicerça, eis que, como precitado, todo poder emana do povo, e os destinatários devem também se apresentar como co-autores do provimento⁵⁸.

Nesse mesmo sentido, arremata Lênio Luiz Streck:

[...] além de outros princípios (devido processo legal e igualdade, por exemplo), a garantia que cada cidadão tem de que a decisão estará devidamente fundamentada – porque cada ato de aplicação judicial é um ato de jurisdição constitucional – está umbilicalmente ligada (e dependente) à garantia do contraditório, que assume uma especificidade radical nesta quadra da história, isto é, o contraditório passa a ser a garantia da possibilidade de influência (e efetiva participação) das partes na formação da resposta judicial, questão que se refletirá na fundamentação da decisão, que deve explicitar o *iter* percorrido no processo, tornando a decisão visível e apta ao controle social-jurisdicional (inclusive, a toda evidência, transparente à apreciação que a doutrina deve fazer sobre as decisões judiciais).⁵⁹

É nesse contexto que se insere a atividade contenciosa do advogado público. Ao propor uma pessoa uma demanda em face do Estado, deve ele apresentar todos os argumentos jurídicos, se existentes, contrários à pretensão deduzida. E é dessa discussão dialógica entre autor e réu que nascerá o provimento judicial.

O Estado, ao se manifestar, em nome do povo, portanto, deve traduzir pronunciamento jurisdicional intrinsecamente ajustado à estrutura principiológica do devido processo constitucional, agindo, sempre, de acordo com a estrutura do devido processo legal, como pronunciamento que se realiza em contraditório entre as partes,

58 MADEIRA, op. cit., p. 114-115.

59 STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de "como discricionariedade não combina com democracia": o contraponto da resposta correta*. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (coordenadores). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 18-19.

garantindo, assim, a adequada participação dos destinatários da norma na formação do ato estatal.⁶⁰

Daí a importância de o advogado público, mesmo que *pessoalmente* não concorde com o mérito⁶¹ do ato impugnado, se for ele juridicamente válido e legítimo, apresentar todos os argumentos para defendê-lo em juízo. Primeiro porque não é o advogado público quem define as políticas públicas do Estado, mas, sim, a Constituição e o povo. Segundo porque, assim agindo, estará ele efetivando os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa na formação do provimento jurisdicional.

Contudo, no Estado Democrático de Direito, tal defesa não pode ser cega e irrestrita. Aquela velha noção de que o advogado público recorre, até as últimas instâncias, contra qualquer decisão que for contrária ao ente apresentado, ou que defende qualquer ato administrativo, por mais ilegal que seja, não se ajusta ao paradigma vigente⁶².

Ao contrário, é dever do advogado público, ao se deparar com ato manifestamente ilegal, reconhecer tal vício, mesmo que tal atitude implique deixar a parte contrária ver julgado procedente seu pleito

60 CUNHA, Maurício Ferreira. As reformas processuais e o processo constitucional. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 79-119, jul./set. 2009, p. 91.

61 Lembre-se aqui que o mérito administrativo “é a avaliação da conveniência e da oportunidade relativas ao motivo e ao objeto, inspiradoras da prática do ato discricionário. Registre-se que não pode o agente proceder a qualquer avaliação quanto aos demais elementos do ato – competência, a finalidade e a forma, estes vinculados em qualquer hipótese. Mas lhe é lícito valorar os fatores que integram o motivo e que constituem o objeto, com a condição, é claro, de se preordenar o ato ao interesse público” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18ª edição. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 113-114). Em outras palavras, se o agente tiver competência para praticar o ato, fazendo-o sob uma forma juridicamente válida e legítima e atentando-se para o interesse público (finalidade vinculada), o Advogado Público, mesmo que não concorde com a conveniência e oportunidade do mesmo, deverá, em princípio, defendê-lo.

62 “A defesa de atos de autoridades públicas não pode ser efetivada de forma acrítica, em todos os casos e em quaisquer circunstâncias. Afinal, existem inúmeras situações onde impera a ilegalidade, a imoralidade, a improbidade, a má-fé e o dolo. Esse olhar criterioso está em harmonia com a advocacia de Estado. A tal advocacia de Governo não consegue trabalhar bem a transgressão jurídica (pontual ou “patológica”) do gestor. Nesse sentido, a Portaria AGU n. 408, de 2009, editada pelo então Advogado-Geral da União José Antônio Dias Toffoli, bem demonstra o processo de construção de uma advocacia de Estado. O aludido ato, entre outras hipóteses, não viabiliza a defesa judicial de autoridades quando: a) não tenham sido os atos praticados no estrito exercício das atribuições constitucionais, legais ou regulamentares; b) não tenha havido a prévia análise do órgão de consultoria e assessoramento jurídico competente, nas situações em que a legislação assim o exige; c) tenha sido o ato impugnado praticado em dissonância com a orientação, se existente, do órgão de consultoria e assessoramento jurídico competente, que tenha apontado expressamente a inconstitucionalidade ou ilegalidade do ato, salvo se possuir outro fundamento jurídico razoável e legítimo; d) ocorra incompatibilidade com o interesse público no caso concreto; e) identificada conduta com abuso ou desvio de poder, ilegalidade, improbidade ou imoralidade administrativa, especialmente se comprovados e reconhecidos administrativamente por órgão de auditoria ou correição.” (CASTRO, Aldemário Araújo. *Advocacia de Estado versus Advocacia de Governo*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=2052_Aldemario_Castro&ver=591>. Acesso em: 6 abr. 2010)

deduzido em juízo. Aliás, nesse caso, o advogado público deve, até mesmo, reconhecer a procedência do pedido contrário.

Tal atitude decorre não só do Estado Democrático de Direito, mas também dos princípios da moralidade administrativa e da boa-fé que devem nortear a atuação estatal. Nesse sentido, adverte Maurício Ferreira Cunha:

O que não se pode, aliás, não se deve, é possibilitar ao mesmo Estado que, na qualidade de único responsável pelo exercício da dita soberania, assim agindo em nome do povo, extrapole suas determinações, de forma arbitrária, deixando de perceber as linhas mestras que devem direcionar seu papel de órgão controlador e feitor do bem-estar social.⁶³

Segundo tal raciocínio, é preciso que se abandone, imediatamente, aquela concepção, tão conhecida e criticada pelos advogados privados, muitas vezes, infelizmente, com razão, de que o advogado público é um procrastinador nato, que recorre por recorrer. Tal postura afigura-se, a par de um gravame ao erário, absolutamente inconstitucional.

Assim se afirma porque os interesses meramente patrimoniais do Estado são *secundários*, e não *primários*. A distinção, feita pela doutrina administrativista italiana, é lembrada por Celso Antônio Bandeira de Mello, que ensina:

Também assim melhor se compreenderá a distinção corrente na doutrina italiana entre interesses públicos ou interesses *primários* – que são interesses da coletividade como um todo – e interesses secundários, que o Estado (pelo só fato de ser sujeito de direitos) poderia ter como qualquer outra pessoa, isto é, independentemente de sua qualidade de servidor de interesses de terceiros: os das coletividades. *Poderia, portanto, ter o interesse secundário de resistir ao pagamento de indenizações, ainda que precedentes, ou de denegar pretensões bem fundadas que os administrados lhe fizessem, ou de cobrar tributos ou tarifas por valores exagerados. Não estaria, entretanto, atendendo ao interesse público, ao interesse primário, isto é, àquele que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade: o da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar o interesse de todos.*⁶⁴

Destaque-se, neste ponto, que os interesses secundários da Administração somente podem ser atendidos na medida em que coincidam com os primários. São, como o próprio *nomen iuris* indica,

63 CUNHA, Maurício Ferreira, p. 90.

64 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 22, *apud* NEVES, op. cit., p. 52.

secundários. Nesse sentido, poder-se-ia, inclusive, abandonar a distinção entre os interesses primários e secundários, porquanto, na verdade, há apenas um interesse a ser visado pelo Estado – o público.

Nessa linha de raciocínio, a interposição de recursos meramente procrastinatórios, para adiar pagamento certo, buscando preservar interesse secundário da Administração (patrimonial), em detrimento do interesse primário de respeito às normas determinadoras do adimplemento da indenização, é inconstitucional, ainda que reflexamente, uma vez que viola o princípio constitucional-administrativo implícito da *finalidade*⁶⁵ e, porque não dizer, da moralidade administrativa.

Tal conduta é, ainda, gravosa ao erário, na medida em que o Advogado Público poderia usar seu tempo para se concentrar em teses que têm chance real de êxito, fazendo-o de forma mais eficiente e satisfatória. Além disso, os juros e eventuais condenações por litigância de má-fé acabam por tornar a condenação imposta ainda mais gravosa do que se tivesse sido paga já no início da demanda.

Ademais, conforme já dito, o advogado público é, antes de tudo, um servidor público e, como tal, deve reportar-se sempre ao seu verdadeiro “patrão” – o povo.

Ao se sustentar, contudo, que o papel do advogado público, no atual paradigma, é defender o interesse público não se quer dizer que deve ele, sempre, reconhecer a procedência do pedido deduzido pela parte adversa. Afinal, se o interesse público não mais se identifica com o do Estado, igualmente não se confunde com o interesse individual da parte contrária. É o interesse genérico e coletivamente considerado. E quem define esse interesse é a Constituição e a população em geral.

Em síntese, o advogado público deve, em sua atuação contenciosa, defender a legalidade, mesmo que isso implique contrariar os interesses dos governantes.

Por fim, cumpre explicitar a atuação da Advocacia Pública na defesa dos interesses difusos e coletivos.

A Lei n.º 7.347/85, que disciplina a ação civil pública, dispõe que:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I- ao meio-ambiente;

⁶⁵ Nesse sentido, conferir NEVES, op. cit., p. 52-53.

II- ao consumidor;

III- aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV- à ordem urbanística;

V- a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

VI- por infração da ordem econômica e da economia popular; [...]

Art. 5º A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, *pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista* ou por associação [...]

§2º *Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.*

Vê-se, pois, que a Administração Pública Direta e Indireta, presentada pela Advocacia Pública, é legitimada ativa para propor ação civil pública para a tutela de direitos e interesses difusos e coletivos.

Nada mais lógico e coerente com o papel do poder público no Estado Democrático de Direito.

Afinal, se o Estado existe justamente para garantir e efetivar os direitos conquistados historicamente pelo cidadão, bem como para facilitar e permitir a sua efetiva e permanente participação nesse processo, em perfeita sintonia com tal paradigma está a legitimidade de o Estado poder propor demandas com o escopo de alcançar satisfatoriamente tal objetivo.

É claro que, nessa hipótese, deve-se averiguar se, no caso concreto, há a chamada adequada representação, também conhecida como pertinência temática. Vale dizer, a entidade pública deverá ter sido criada com o escopo específico de defender e resguardar os direitos e interesses que busca, com a ação civil pública, ver satisfeitos. Nesse sentido:

[...] entendemos que também os entes públicos legitimados (administração direta e indireta) deverão igualmente sujeitar-se a essa averiguação [quanto ao cumprimento do requisito da adequada representação ou da pertinência temática], quando pertinente. Esse é o magistério de Hugo Nigro Mazzilli: “a) as entidades e órgãos da administração pública direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, devem estar especificamente destinados à defesa dos interesses transindividuais, objetivados na ação civil pública ou coletiva que, como legitimados ativos, pretendem propor”.⁶⁶

66 ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 62.

Nesse sentido, o IBAMA, por exemplo, tem legitimidade ativa para propor ação civil pública em defesa do direito difuso a um meio ambiente saudável, mas não para defender o patrimônio histórico e urbanístico nacional. Para isso, quem tem legitimidade é o IPHAN.

Entendemos que, quando não há um órgão ou pessoa jurídica de direito público que tenha sido criada com o fim específico de proteger determinado bem de interesse difuso ou coletivo, é a Administração Direta (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) legitimada a propor a respectiva ação civil pública para resguardá-lo. Isso, é claro, concorrentemente com os demais legitimados ativos (Ministério Público, cidadão etc).

Por fim, cumpre esclarecer que não é só por meio de ações civis públicas que o poder público pode defender interesses difusos e coletivos. Afinal, ao fiscalizar e impor penalidades àqueles que descumprem normas de ordem ambiental ou urbanística, por exemplo, nada mais está o Estado do que defendendo aqueles direitos.

E, quando a parte não cumpre voluntariamente sua obrigação, pagando a multa fixada ou fazendo a obra determinada, incumbe à Advocacia Pública tomar as medidas judiciais cabíveis para impor seu adimplemento.

4 DA AUTONOMIA DA ADVOCACIA PÚBLICA EM RELAÇÃO AOS GOVERNANTES/ADMINISTRADORES DOS ENTES PRESENTADOS – UMA NECESSIDADE LÓGICA NO ATUAL PARADIGMA

Deflui-se do exposto que o advogado público tem por função institucional auxiliar o Estado na implementação do Estado Democrático de Direito.

Tal conclusão tem por pressuposto reconhecer a força normativa do preceito constitucional que diz que todo poder emana do povo (artigo 1º, parágrafo único). E é tendo em vista os interesses do titular do poder que os agentes públicos, tal como os advogados públicos, devem balizar sua atuação.

Ocorre que o advogado público, no exercício de seu mister, frequentemente se depara com atos administrativos contrários a esse preceito, violando leis, regras ou princípios constitucionais.

Nesses casos, conforme já dito, é dever institucional do advogado público apontar a irregularidade, seja previamente, em sua atividade consultiva, seja posteriormente, em sua atividade contenciosa.

No entanto, assim agindo, estará o advogado público, muitas vezes, contrariando os interesses dos governantes ou Administradores superiores das entidades que apresenta.

Em situações como essa, o advogado público não se pode ver compelido a agir dessa ou daquela forma pelo Administrador. Vale dizer, este último não pode direcionar a atividade do advogado público, sob pena de inviabilizar o cumprimento da função essencial da qual foi incumbido pelo legislador constituinte.

Em suma, a autonomia funcional do advogado público é pressuposto indispensável para o exercício completo de sua função constitucional.

Não pode ele se ver constringido, em momento algum, em sua atividade pelo Administrador.

No âmbito consultivo, deve ele, ao se deparar com alguma pretensão ilegal ou ilegítima, opinar pela abstenção da prática do ato pretendido, sem sofrer qualquer espécie de retaliação por sua conduta. Em seu parecer, o advogado público não pode agir apenas para dar supedâneo legal ao ato pretendido pelo Administrador.

Em sua atuação contenciosa, por sua vez, o advogado público, ao ver impugnado um ato claramente ilegal, deve ter autonomia para reconhecer tal vício.

É tendo em vista tais pressupostos que deve ser interpretado o artigo 131 da Constituição, quando diz:

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é 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*.

Vale dizer, se é verdade que lhe cabe a função consultiva do Poder Executivo e de defesa genérica da União em juízo⁶⁷, igualmente o é que tal função deve ser exercida, no paradigma do Estado Democrático de Direito, de forma livre e autônoma, tendo em vista os anseios da população, plasmados na Constituição da República, e não necessariamente os dos governantes.

Nesse sentido, afigura-se, no entender do autor, desaconselhável o preceito contido no §1º do artigo 131 da Constituição, que diz que o Advogado-Geral da União, chefe da Advocacia-Geral da União, é de livre

67 Disse-se “defesa genérica” porque, no âmbito judicial, o Advogado Público defende não só o Executivo, mas, outrossim, o Judiciário e o Legislativo. Afinal, independentemente de qual poder promana o ato jurídico impugnado, a pessoa jurídica que responderá pelo ato será, conforme o caso, a União, o Estado ou o Município. Isso porque, conforme sabido, os poderes Judiciário, Legislativo e Executivo não são pessoas jurídicas, mas sim funções especializadas de Estado.

nomeação (e exoneração) pelo Presidente da República. Tal circunstância pode ferir a indispensável autonomia da Advocacia Pública no exercício da importantíssima função que lhe reservou a Constituição da República.

Se a Constituição quis dar ao Presidente da República um assessor jurídico especial, que o fizesse por meio da criação de um cargo, por exemplo, de Assessor Jurídico da Presidência da República. Esse sim de livre nomeação e exoneração pelo chefe do Executivo. Entende-se, contudo, que tal atividade nunca poderia ter sido conferida ao maior cargo da Advocacia-Geral da União, enquanto função essencial à justiça, sob pena de inviabilizar o cumprimento eficiente de tal tarefa.

De lege ferenda, poder-se-ia prever, tal como ocorre com o Ministério Público, outra função essencial à justiça, para preservar o sistema de freios e contrapesos das funções de Estado, que os membros da própria Advocacia Pública formassem lista tríplice para, dentre eles, o chefe do Executivo nomeasse o Advogado-Geral da União, que teria mandato por período fixo.

Trata-se, contudo, de mera sugestão, a depender de alteração da Constituição da República pelo legislador constituinte derivado.

5 CONCLUSÕES

Conclui-se, de todo o exposto, que a Advocacia Pública, no exercício de sua função, essencial à justiça, deve ficar atenta ao paradigma jurídico-institucional adotado pela Constituição da República – o do Estado Democrático de Direito.

Nesse paradigma, não mais são cabíveis quaisquer espécies de apropriações do interesse público feitas pelos governantes ou Administradores. Afinal, não são eles os tradutores dos anseios populares, decidindo, solitariamente, a melhor forma de efetivar seus interesses.

O público, na atual ordem constitucional, não se confunde com a vontade (privada) do governante. Qualquer atividade do Administrador só será legítima se estiver em consonância com as regras e princípios plasmados na Constituição e nas leis válidas, sempre tendo em vista o atendimento dos interesses do verdadeiro e único titular do poder – o povo.

É tendo em vista tais balizas que o Advogado Público deve pautar sua atuação. Só assim sua função será, efetivamente, essencial à justiça.

O dever da Advocacia Pública é defender o Estado, enquanto pessoa jurídica criada única e exclusivamente para atender os anseios,

plasmados na Constituição, do povo. E, no esteio do que já foi dito, não é o governante quem dirá quais anseios são esses. Daí porque não se pode dizer, sem erro, que o Advogado Público é um defensor do governante ou Administrador. Isso ocorrerá tão-somente se a atitude destes últimos estiver relacionada com o atendimento do interesse do Estado, efetivando direitos e garantias fundamentais, e só nesse caso.

Nesse sentido, não se afigura legítima a atuação da Advocacia Pública em defesa de interesses privados ou, até mesmo, partidários dos governantes.

Não se insere entre as funções da Advocacia Pública responder a demandas propostas em face do Chefe do Poder Executivo quando este atua em interesse próprio ou de seu partido político. Aliás, tal conduta, que só empobrece, perante a sociedade, a importantíssima função reservada à Advocacia Pública pela Constituição, já vem sendo criticada, com razão, por importantes setores da sociedade, dentre os quais vale destaque a Ordem dos Advogados do Brasil⁶⁸.

A imprensa já vem destacando, outrossim, tal desvirtuamento⁶⁹.

68 Brasília, 13/04/2010 - O presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Ophir Cavalcante, criticou hoje (13), com veemência, a atuação da Advocacia Geral da União (AGU) na defesa de governantes já envolvidos em questões relacionadas às próximas eleições de outubro. Ophir citou o caso específico da multa imposta pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) ao presidente Luiz Inácio Lula da Silva, por ter feito campanha em prol da candidata Dilma Rousseff. Para Ophir, a AGU confunde o seu papel ao prestar uma advocacia em favor do governante, quando deveria desempenhar uma advocacia de Estado. "Esse desvirtuamento das funções da AGU precisa ser corrigido, pois acaba por diminuir a advocacia pública como um todo", afirma Ophir.

Na opinião do presidente nacional da OAB, se um governante é multado pela Justiça Eleitoral por propaganda antecipada ou por uma conduta não compatível com a legislação, quem tem que defender o governante é o partido, um advogado particular, mas nunca a advocacia do Estado. "Ali não é um ato de gestão pública, mas, sim, um ato de interesse político, de interesse eleitoral", afirmou Ophir Cavalcante. "A advocacia pública peca ao fazer esse tipo de defesa. Reverter esse desvirtuamento é o que deve ser perseguido pela OAB, é o que deve ser buscado por esta Casa", acrescentou.

As afirmações foram feitas por Ophir ao conduzir a sessão plenária em que se decidiu pela rejeição integral dos quatro projetos de lei que integram o pacote tributário proposto pelo Executivo e que autorizam, por exemplo, fiscais fazendários a confiscarem bens do contribuinte em débito com o Fisco, a realizar a penhora de bens e a quebrar sigilos bancários, independente de autorização judicial. Na avaliação dos integrantes do Plenário da OAB, esses projetos "beiram o totalitarismo e o absolutismo" e também estes não deveriam estar sendo defendidos pela Advocacia Geral da União. "Temos que dar à sociedade a ciência sobre esses projetos de lei. A OAB continuará ativa e ativa na defesa dos postulados constitucionais", complementou Ophir Cavalcante.

69 Série de vitórias de Lula e de Dilma no TSE acalora discussão sobre papel da AGU na defesa de interesses partidários (Correio Braziliense Online - Brasília/DF - POLÍTICA - 24/03/2010 - 07:00:00)
Diego Abreu

A desenvoltura de Luiz Inácio Adams na defesa do presidente Luiz Inácio Lula da Silva e da ministra Dilma Rousseff em acusações de propaganda eleitoral antecipada chama a atenção de especialistas e gera controvérsias no meio jurídico. Gatocho de 45 anos, o advogado-geral da União tem sido um competente escudeiro do titular do Palácio do Planalto e da pré-candidata petista na corrida às urnas.

Nas batalhas pré-eleitorais no Tribunal Superior Eleitoral (TSE), Dilma é alvo de nove ações movidas por adversários. O presidente, de oito. Adams, responsável pela defesa de ambos, ganhou quatro de forma definitiva. Em duas outras, os dois foram inocentados, mas cabe recurso. Na última quinta-feira, sofreu a única derrota, quando o ministro auxiliar Joelson Dias aplicou multa (1) de R\$ 5 mil ao presidente. A punição é decorrente da suspeita de campanha antecipada em favor da ministra durante a inauguração de um complexo poliesportivo em Manguinhos, no Rio de Janeiro, em maio de 2009. O ministro acatou os

É preciso resgatar o verdadeiro papel da Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito – defender o Estado, na medida traçada pela Constituição da República.

Enquanto servidor público que é, o Advogado Público deve pautar sua atuação de forma a atender aos anseios do seu verdadeiro “patrão” – o povo.

Mas, pode-se perguntar, como saber quais são os interesses da população? Já se disse que não são os manifestados, solitariamente, pelos governantes. Como, então, identificá-los considerando as mais díspares opiniões e vontades de cada cidadão? Não resta outra alternativa senão considerar aqueles plasmados nos princípios e regras constitucionais, sempre respeitando os direitos e garantias fundamentais lá expressos. Deve-se, ainda, ampliar os mecanismos de participação popular na formação das decisões legislativas, administrativas e judiciais. Nesses dois últimos âmbitos, a Advocacia Pública pode, e deve, tentar efetivar tal participação, garantindo, sempre, o devido processo legal e o exercício, como corolário lógico, do contraditório e da ampla defesa pelos cidadãos. Só assim será possível cumprir, efetivamente, o papel reservado pela Constituição da República à Advocacia Pública, sempre tendo por pressuposto o paradigma jurídico que a norteia – o do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 8. ed. rev. e ampl. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. *Legitimidade dos Provimentos: Fundamentos da Ordem Jurídica Democrática*. Curitiba: Juruá, 2009.

argumentos do PSDB, autor da ação, de que Lula teria feito do discurso “um palanque para as eleições”. A AGU recorreu. Caberá ao plenário do TSE julgar o caso em definitivo.

A dúvida de especialistas, no entanto, é sobre a propriedade de a AGU trabalhar a favor do presidente e da ministra em situações claramente ligadas à vida partidária. O cientista político David Fleischer diz ter dúvidas, mas avaliou que essa é uma prerrogativa constitucional. “Isso também ocorreu com Gilmar Mendes, atual presidente do STF, quando era advogado-geral da União de Fernando Henrique Cardoso. Correto não sei se é, mas é constitucional. Se a oposição achasse incorreto, teria proposto uma ação.”

Ex-presidente do STF e do TSE, Carlos Velloso opina que a AGU deve defender o titular do Planalto no que diz respeito à atuação como agente político. Ele pondera que caberia ao Partido dos Trabalhadores representar Lula e Dilma nos processos em que são acusados de campanha antecipada. “Se a acusação é de que está havendo propaganda político-partidária, caberia ao partido, que, em tese, está sendo beneficiado, ou a um advogado particular; defender o presidente da República e a ministra de Estado”, afirmou. “Eu penso que a AGU (2) deve, em regra, defender o agente público, o presidente e a ministra, mas não nesses casos de envolvimento em campanha antecipada”, completou. [...]

2 - Interesse público

Criada pela Constituição Federal de 1988, a Advocacia-Geral da União (AGU) foi instituída em 1993 para defender e promover o interesse público, por meio da representação judicial e extrajudicial dos órgãos e entidades dos três poderes da República. De acordo com o artigo 131 do texto constitucional, cabe à AGU orientar juridicamente o Poder Executivo, com o objetivo de manter sempre o respeito ao cidadão, às leis e à Constituição.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18. ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*. V. 3 (1999), maio 1999, semestral. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.

_____. *A Filosofia do Direito em face dos desafios do século XXI*. Disponível em: <<http://www.cead.unb.br/agu>>. Brasília. Acesso em: 25 ago. 2009.

_____. *Público e Privado na perspectiva constitucional contemporânea*. Disponível em: <<http://www.cead.unb.br/agu>>. Brasília. Acesso em: 25 ago. 2009.

_____. *A contribuição do Direito Administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição*. [s.l. : s.n. 20--?]. Disponível em: <<http://www.cead.unb.br/agu>>. Brasília. Acesso em 25 ago. 2009.

CASTRO, Aldemário Araújo. A Advocacia Pública como Instrumento do Estado Brasileiro no Controle da Juridicidade dos Atos da Administração Pública. *Revista da AGU – Advocacia Geral da União*. Ano VII, número 15. Brasília, março de 2008.

_____. *Advocacia de Estado versus Advocacia de Governo*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=2052_Aldemario_Castro&ver=591>. Belo Horizonte. Acesso em: 6 abr. 2010.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

_____. *Devido Processo Legislativo: Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

COSTA, Alexandre Bernardino. *Metodologia de pesquisa e ensino em Direito*. Disponível em: <<http://www.cead.unb.br/agu>>. Acesso em: 25 agosto 2009.

COURA, Alexandre de Castro. Reflexões acerca da (in)efectivação dos direitos fundamentais sociais no Brasil e do controle judicial de políticas públicas. Oficina do Centro de Estudos Sociais – CES – da Universidade de Coimbra n.º 314, setembro de 2008.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Direito Administrativo em enfoque: as contribuições da Teoria Discursiva de Jürgen Habermas*. Fórum

Administrativo – Direito Público – FADM, Belo Horizonte, n. 70, ano 6 dez. 2006. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=38457>. Acesso em: 11 jul. 2007.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2008.

CUNHA, Maurício Ferreira. As reformas processuais e o processo constitucional. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 79-119, jul./set. 2009.

DEL NEGRI, André. *Teoria da Constituição e do Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Contrôles dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed (atualizada). Rio de Janeiro: Forense, 1967.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre a facticidade e a validade*. Tradução de Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. V. 1 e 2.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de Conhecimento e Cognição: uma inserção no estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. *A noção de administração pública e os critérios de sua atuação*. Disponível em: <<http://www.cead.unb.br/agu>> Acesso em 25 ago. 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia moderna com, e contra Carl Shmitt. Tradução: Menelick de Carvalho Netto. *Revue Française de Science Politique*, vol. 42, nº 1, fev. 92. Cad. Esc. Legisl., Belo Horizonte, 1(2):87-108, jul/dez. 1994. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/index.?grupo=serviços&diretorio=cadernoscol&arquivo=cadernos&caderno=2>>.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NEVES, André Luiz Batista. Advocacia Pública: problemas e soluções. In: PAIVA, Mário Antônio Lobato de (Coord.). *A importância do advogado para o direito, a justiça e a sociedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

OLIVEIRA, José Otaviano de. Advocacia Geral da União: estrutura e funcionamento. *Revista Virtual da AGU*, ano VI, n.º 48, de janeiro de 2006. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=83091&ordenacao=50&id_site=1115>. Acesso em 16 mar. 2010.

OMMATI, José Emílio Medauar. *A igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.

OSÓRIO, Antônio Carlos Elizalde. Situação do Advogado no mundo jurídico. In: PAIVA, Mário Antônio Lobato de (Coord.). *A importância do advogado para o direito, a justiça e a sociedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PAIXÃO, Cristiano. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda Oliveira (org.). *O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Forum, 2003.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. São Leopoldo: Unisinos, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. *Sociologia Jurídica: condições sociais e possibilidades teóricas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (coordenadores). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2006.

APOSENTADORIA ESPECIAL POLICIAL: LC Nº 51/85 E PARÂMETROS DE SUA RECEPÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO E A EC 20/98¹

SPECIAL POLICE RETIREMENT: FEDERAL COMPLEMENTARY LAW N. 51/85 AND PARAMETERS OF ITS RECEPTION ACCORDING TO THE CONSTITUTION AND THE AMENDMENT NO. 20/98

*Éder Maurício Pezzi López. Advogado da União
Especialista em Direito Civil e Processo Civil*

SUMÁRIO: Introdução: A recepção da LC no 51/85 e a recente decisão do STF que modificou o entendimento até então assente no STJ; 1 Fundamentos conceituais para delimitação da recepção da LC no 51/85 pela Constituição; 1.1 A teoria da transcendência dos motivos determinantes e o alcance da decisão do STF; 1.2 O fenômeno da recepção constitucional e a técnica da interpretação conforme a Constituição; 1.2.1 O conceito de ‘recepção’ e as Emendas Constitucionais; 1.2.2 Interpretação conforme a Constituição e declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto; 1.2.3 A “interpretação conforme

¹ Artigo produzido e enviado para publicação na Revista da AGU em abril/2010.

construtiva” e seus limites; 2 Limites materiais à recepção da LC no 51/85: aposentadoria compulsória, “servidor policial” e o requisito da idade mínima; 2.1 Da não recepção da LC no 51/85 no tocante à aposentadoria compulsória; 2.2 O conceito de “funcionário policial” à luz dos requisitos para aposentadoria especial. Periculosidade e EC 20/98; 2.3 A EC 20/98 e a idade mínima como critério obrigatório para a aposentadoria de servidores públicos; 2.3.1 A emenda 20/98 e a idade mínima como critério obrigatório para a aposentadoria de servidores públicos; 2.3.2 Possibilidade de compatibilização da LC no 51/85 com a EC 20/89 no tocante à idade mínima. Isonomia e proporcionalidade. Interpretação conforme a Constituição; 2.4 Posicionamentos da Advocacia-Geral da União e do Tribunal de Contas da União a respeito da matéria em questão; 3 Conclusões; Referências.

RESUMO: O objetivo do presente artigo é estudar a recepção da Lei Complementar nº 51/85 pela Constituição de 1988, não só em relação ao seu texto originário, mas igualmente em relação às emendas supervenientes. Ao longo do trabalho, são analisados os requisitos de aposentadoria do servidor público policial, particularmente a exigência de efetiva exposição a risco ou dano à saúde e a idade mínima, bem como o cabimento de aposentadoria compulsória específica. Para tanto, abordam-se elementos de teoria constitucional, tais como a transcendência dos motivos determinantes, a recepção e a interpretação conforme a Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Aposentadoria Especial. Servidor Público Policial. Recepção Constitucional. Interpretação conforme a Constituição.

ABSTRACT: The aim of this article is to study the reception of the federal complementary law No. 51/85 by the Brazilian 1988 Constitution, not only in what refers to its ordinary text, but also concerning its amendments. In the study, the retirement conditions for the police public servants are analysed, specially the effective risk exposition or health damage and the minimum age, and also the possibility of specific compulsory retirement. In order to achieve this goal, the article includes constitutional theory elements, such as transcendence of determinative reasons, reception and *interpretation* according to the constitution.

KEYWORDS: Special retirement. Police Public Servant. Constitutional Reception. *Interpretation* according to the Constitution.

INTRODUÇÃO: A RECEPÇÃO DA LC Nº 51/85 E A RECENTE DECISÃO DO STF QUE MODIFICOU O ENTENDIMENTO ATÉ ENTÃO ASSENTE NO STJ

Até pouco tempo atrás, encontrava-se consolidado na Jurisprudência o entendimento de que a LC nº 51/85, a qual prevê aposentadoria especial para servidores policiais, não havia sido recepcionada pela Constituição de 1988. O argumento preponderante era o de que a referida lei trazia regras especiais de aposentadoria de forma genérica a todos os servidores que ocupassem cargo policial, sem atentar para os requisitos constitucionais específicos de periculosidade e prejuízo à saúde.

Ocorre que, em fins de 2008, o STF decidiu que a referida Lei havia sido recepcionada, ao julgar questão prejudicial em sede de ação direta de inconstitucionalidade. Tal circunstância fez surgir uma série de questionamentos a respeito das implicações dessa recepção, que não foram enfrentadas pelo julgado em tela, as quais serão devidamente analisadas no presente estudo.

Inicialmente, contudo, é de se consignar que a Constituição de 1988, desde sua redação originária, previu a possibilidade de que fosse instituída aposentadoria especial para servidores públicos que desempenhassem atividades perigosas, insalubres ou penosas, condicionada à edição de leis complementares para tanto.

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal vinha entendendo que tal faculdade legislativa ainda não havia sido exercitada de forma efetiva pelo legislador infraconstitucional, não reconhecendo a recepção de nenhuma lei anterior à Carta de 1988 que pudesse ser considerada como aplicável à espécie. A Corte, em realidade, vinha adotando a posição chamada de “não concretista”², pela qual não se concedia o direito postulado de forma direta, mas tão somente declarava-se a mora do Legislador. Nesse sentido, assentou-se no passado que a Constituição “não conferiu originariamente a nenhum servidor público o direito à obtenção de aposentadoria especial pelo exercício de atividades perigosas, insalubres ou penosas”, constituindo a sua instituição mera faculdade do legislador infraconstitucional³.

Posteriormente, alterando seu entendimento, o STF passou a proferir decisões concretistas, considerando o mandado de injunção como uma ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão legislativa. Assim, a Corte decidiu que, “inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via

2 Cf. LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 741.

3 RE 428.511-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 17/03/2006.

pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91”⁴.

Entretanto, a referida norma prevista na Lei 8.213/91 trata apenas do trabalho em “condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física”, não abordando especificamente os casos de atividades “perigosas”, conforme a previsão constitucional do art. 40, § 1º, em sua redação originária, nem os servidores “que exerçam atividades de risco”, na nova redação introduzida pela Emenda Constitucional nº 47/05.

Nesse contexto, a única norma que poderia regular a questão da aposentadoria especial em razão de atividades de risco, para o servidor policial, seria aquela constante do art. 1º da Lei Complementar 51/85, o qual assim dispõe:

Art. 1º - O funcionário policial será aposentado:

I - voluntariamente, com proveitos integrais, após 30 (trinta) anos de serviço, desde que conte, pelo menos 20 (vinte) anos de exercício em cargo de natureza estritamente policial;

II - compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de serviço, aos 65 anos (sessenta e cinco) anos de idade, qualquer que seja a natureza dos serviços prestados.

Ocorre que, na ausência de decisão específica do STF a respeito da matéria, o STJ⁵ vinha reconhecendo essa norma como não recepcionada pela Constituição de 1988. O principal argumento disso era o de que a lei em questão previa a aposentadoria especial ao “funcionário policial”, sem fazer qualquer exigência de risco ou prejuízo efetivo à saúde ou à integridade física. Com base nesse entendimento, negava-se a aposentadoria especial ao servidor policial, visto ausente norma a ser aplicada.

Entretanto, no julgamento da ADI 3.817⁶, havido em 13/11/2008, o STF parece ter modificado completamente tal entendimento. Embora o caso envolvesse a constitucionalidade de lei do Distrito Federal, o Pleno da Corte reconheceu incidentalmente que a referida Lei

4 MI 721, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007 p.29, RTJ V. 203-01 p.11, RDDP n. 60, 2008, p. 134-142.

5 1. O art. 40, § 4º, da Constituição Federal, com redação dada pela EC 20/98, determina que a aposentadoria especial somente será concedida nos casos de desempenho de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, cujos critérios serão definidos em lei complementar. 2. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a LC 51/85 não foi recepcionada pela Constituição Federal, pois prevê hipótese de aposentadoria especial sem prestação de serviço prejudicial à saúde ou à integridade física. Precedentes. 3. Recurso ordinário improvido. (RMS 19186/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 12/09/2006, DJ 09/10/2006 p. 313).

6 ADI 3817, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2008, DJe-064 divulgado em 02/04/2009, publicado em 03/04/2009.

Complementar 51/85 fora recepcionada pela Constituição de 1988. Por ser altamente relevante para o objeto do presente estudo, transcreve-se parte da ementa do julgado que trata da questão:

[...] 3. O art. 1º da Lei Complementar Federal n. 51/1985, que dispõe que o policial será aposentado voluntariamente, com proventos integrais, após 30 (trinta) anos de serviço, desde que conte pelo menos 20 anos de exercício em cargo de natureza estritamente policial foi recepcionado pela Constituição da República de 1988. A combinação desse dispositivo com o art. 3º da Lei Distrital n. 3.556/2005 autoriza a contagem do período de vinte anos previsto na Lei Complementar n. 51/1985 sem que o servidor público tenha, necessariamente, exercido atividades de natureza estritamente policial, expondo sua integridade física a risco, pressuposto para o reconhecimento da aposentadoria especial do art. 40, § 4º, da Constituição da República: inconstitucionalidade configurada.

Assim, considerando que a decisão em questão não fez parte do *decisum* do julgado, mas tão somente foi questão incidental, impõe-se analisar qual a sua abrangência e – principalmente – qual o seu grau de eficácia vinculante. Feito isso, poder-se-ão enfrentar as implicações de tal recepção e sua conformidade com o ordenamento constitucional instituído pela Constituição de 1988 e suas Emendas.

1 FUNDAMENTOS CONCEITUAIS PARA DELIMITAÇÃO DA RECEPÇÃO DA LC NO 51/85 PELA CONSTITUIÇÃO

1.1 A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E O ALCANCE DA DECISÃO DO STF

Em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal tem dado maior amplitude ao efeito vinculante de suas decisões, reconhecendo que ele se aplica não só ao dispositivo, mas também ao “conteúdo essencial”, aos “fundamentos” ou aos também chamados “motivos determinantes” constantes da fundamentação dos julgados.

Assim, tem-se dado provimento a reclamações ajuizadas por violação aos motivos determinantes de suas decisões, justamente sob argumento de que eles transcendem o julgado em que foram proferidos⁷. O fundamento disso decorre da própria força normativa da Constituição, cuja interpretação feita em sede de controle concentrado impõe que se lhe confira máxima efetividade, ainda que ela seja realizada

7 V. Rcl 1.987, Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2003, DJ 21/05/2004 p. 33, e MC/SE 2.986, decisão monocrática proferida em 14/03/2005, Relator: MIN. CELSO DE MELLO, DJU 18/03/2005, respectivamente.

em julgamento de questão prejudicial e incidental. Assim, vê-se a tendência de que a coisa julgada, em matéria de controle concentrado de constitucionalidade, não se restrinja apenas ao dispositivo dos acórdãos, ao contrário do que ordinariamente ocorre no processo concreto, não se aplicando o art. 469 do CPC.

Cumpra ressaltar, no entanto, que o “motivo determinante” não se confunde com o chamado *obiter dictum*, que constitui mero comentário ou afirmação que se faz de passagem, sem que constitua cerne do objeto em julgamento. O primeiro, em realidade, é o fundamento, a premissa sobre a qual se assentou o entendimento sintetizado no dispositivo e – principalmente – sobre o qual houve deliberação do colegiado da Corte. Em outras palavras, o motivo determinante constitui a *ratio decidendi* do *decisum*, ou seja, a questão prejudicial que obrigatoriamente deve ser ultrapassada pelo órgão julgador.

Por outro lado, não há como se reconhecer qualquer efeito vinculante ao *obiter dictum*, uma vez que sequer caberia um voto divergente em relação a ele, dado que não se encontra inserido no objeto do julgamento, mas apenas o tangencia. Em realidade, o *obiter dictum* é um mero parêntese na decisão, cujo suprimento em nada alteraria seu desfecho.

Estabelecidas essas premissas, pode-se concluir que a recepção da LC nº 51/85 pela Constituição de 1988 foi um fundamento determinante estabelecido de forma expressa no julgado da referida ADI 3.817, uma vez que isso foi o que, dentre outros motivos, possibilitou a configuração da inconstitucionalidade da Lei Distrital analisada. Prova disso é que, caso não tivesse sido declarada a recepção, não haveria como se vislumbrar o fundamento de que a combinação da LC nº 51/85 com a lei distrital ensejaria a consequência normativa contrária à Constituição.

Dito de outra forma, a recepção e atual vigência da LC nº 51/85 foi condição para que a Lei Distrital fosse declarada inconstitucional, tendo sido tal situação validamente decidida pelo pleno do STF, ainda que tal não conste do dispositivo *stricto sensu* do julgado. Entretanto, estabelecida genericamente a ocorrência da recepção, cumpre verificar em que amplitude e – principalmente – em que condições se deu a sua passagem pelo filtro da Constituição de 1988 e de suas posteriores emendas.

1.2 O FENÔMENO DA RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL E A TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

A análise do fenômeno da recepção, como se verá, guarda substanciais relações com a aferição de constitucionalidade de leis

editadas após a vigência da Constituição-parâmetro. Por essa razão, são plenamente aplicáveis a ele as técnicas de interpretação conforme e de declaração de nulidade (*rectius*, não recepção) sem redução de texto, como se abordará neste capítulo.

1.2.1 O CONCEITO DE 'RECEPÇÃO' E AS EMENDAS CONSTITUCIONAIS

Com a promulgação de uma nova Constituição, uma indagação de grande relevância surge no que tange ao ordenamento jurídico infraconstitucional anterior a ela. Sabe-se que, por vezes, uma grande produção legislativa se segue à promulgação da nova carta, mas tal produção jamais será suficiente para substituir toda a legislação até então vigente, produzida durante décadas e até séculos. Nesse contexto, de modo a evitar tal crise legislativa, a prática constitucional tem reconhecido o fenômeno da recepção, pelo qual se permite que o conjunto legislativo antigo possa continuar vigente.

Ao tratar do tema, Kelsen assentou que todo o ordenamento anterior à nova constituição perde seu fundamento de validade – a constituição revogada – e passa a ter novo alicerce na nova carta, nos seguintes termos⁸:

As leis que segundo a linguagem corrente, inexata, continuam a ser válidas, são, a partir de uma perspectiva jurídica, leis novas, cujo significado coincide com o das velhas. Elas não são idênticas às velhas leis antigas, porque seu fundamento de validade é diverso. O fundamento de sua validade é a nova Constituição, não a velha, e a continuidade entre as duas não é válida nem do ponto de vista de uma, nem do da outra.

A questão que se coloca, diante disso, é verificar se as leis que materialmente forem contrárias à nova constituição seriam revogadas ou se elas sofreriam de inconstitucionalidade superveniente.

Embora a Constituição Portuguesa traga regra a respeito da inconstitucionalidade superveniente⁹, Canotilho escreve que, em realidade, haveria uma dupla consequência: no plano da validade, a lei anterior seria marcada pela inconstitucionalidade, o que acarretaria, simultaneamente, a sua revogação, que se daria no plano da vigência. Por oportuno, leia-se o seguinte trecho de sua obra¹⁰:

8 *Teoria Geral do Direito e do Estado*, São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 171. Apud Mendes, p. 203.

9 Art. 290, 2: O direito ordinário anterior à entrada em vigor da Constituição mantém-se, desde que não seja contrário à Constituição ou aos princípios nela consignados.

10 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 1306.

A inconstitucionalidade (plano de validade) conduz, num caso concreto, à revogação (plano da vigência). Daí que, na inconstitucionalidade superveniente, haja um concurso de revogação (leis que se sucedem no tempo) e nulidade (leis de hierarquia diferente em relação de contrariedade).

Na Jurisprudência do STF, a questão foi amplamente debatida no julgamento da ADI 2. De um lado, o Min. Sepúlveda Pertence sustentou que seria o caso de inconstitucionalidade (ou nulidade) superveniente, visto que a nova Constituição afetaria especialmente o plano da validade da norma. Contudo, prevaleceu a tese do relator, Min. Paulo Brossard, o qual sustentou que a nova Constituição revoga todas as normas que lhe sejam incompatíveis, operando seus efeitos no plano da própria vigência da norma¹¹.

Nessa senda, negada a tese da inconstitucionalidade superveniente, consolidou-se na Corte a impossibilidade de análise de normas anteriores à Constituição em sede de ADI ou ADC. A única possibilidade de controle concentrado do ordenamento anterior, atualmente, seria em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, na forma do art. 1º, parágrafo único, I, da Lei nº 9.882/99.

Entretanto, há que se assentar que a verificação de conformidade da lei anterior à Constituição se dá no âmbito puramente material, no que tange ao seu conteúdo normativo. Isso porque não se exige que a norma anterior cumpra as exigências formais previstas no novo texto constitucional, seja no tocante à espécie normativa, procedimento, iniciativa ou qualquer outro aspecto extrínseco. Assim, é plenamente possível que ocorra a recepção de lei ordinária com *status* de lei complementar, situação em que se situa o atual Código Tributário Nacional, por exemplo.

Além disso, estabelecido que a contrariedade das normas anteriores à Constituição gera revogação, é importante assentar que esse fenômeno ocorre igualmente com as alterações posteriores que o texto constitucional sofre em razão de emendas. Embora as emendas constitucionais sejam espécies normativas diversas das leis infraconstitucionais, elas igualmente geram a revogação das que não lhe forem compatíveis, não só por serem *leges posteriores*, mas por possuírem *status* de norma constitucional.

11 Leia-se parte da ementa: "A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária" (ADI 2, Relator Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/1992, DJ 21/11/1997 p. 60585).

Caso interessante ocorre quando uma emenda constitucional altera algum requisito formal da lei para dispor acerca de determinada matéria. Nesse caso, em havendo compatibilidade material, dá-se a recepção da lei anterior normalmente, visto que ela obedeceu ao procedimento vigente quando da sua produção. Exemplo disso verificou-se com a promulgação da EC nº 20/98, a qual, para dispor sobre a aposentadoria especial para o regime geral, passou a exigir lei complementar (Art. 201, § 1º). No art. 12 da própria emenda, foram expressamente recepcionados os arts. 57 e 58 da lei ordinária nº 8213/91.

Por fim, há que se ressaltar que a recepção pode-se dar em diversos níveis, seja declarando-se não recepcionado parte do texto da lei, seja utilizando-se dos mecanismos de interpretação conforme a constituição ou de declaração de nulidade (não recepção) sem redução de texto. Tal como ocorre na declaração de inconstitucionalidade, não se está diante de um “tudo ou nada”: a lei poderá ser parcialmente recepcionada, ou recepcionada com reservas. Em realidade, a nova Constituição estabelece uma espécie de filtro, que afasta do ordenamento não só aquilo que lhe é textual e expressamente contrário, mas também possíveis interpretações que igualmente o sejam.

1.2.2 INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO E DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO

Diante da pluralidade de interpretações possíveis das leis, e da inerente polissemia das palavras nelas contidas, verificou-se que o controle meramente textual do diploma normativo limitava demasiadamente a aferição de sua constitucionalidade. Em muitos casos, seria preciso declarar toda a lei inconstitucional por conta de apenas uma determinada interpretação, não obstante as demais fossem conformes à Constituição.

Assim, passou-se a adotar na Jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, a Corte Constitucional alemã, as chamadas decisões interpretativas, pelas quais se controlava a constitucionalidade de interpretações do texto legal analisado, eliminando as desconformes, sem alterar sua redação. Tal tendência foi seguida por diversas Cortes Constitucionais européias, passando a ser igualmente adotada no Brasil, mormente a partir dos anos 90¹².

12 Veja-se, como exemplo, trecho da ementa do seguinte julgado: “impõe-se a utilização da técnica de concessão da liminar “para a suspensão da eficácia parcial do texto impugnado sem a redução de sua expressão literal”, que, se feita, abarcaria normas autônomas, e, portanto, cindíveis, que não são atacadas como inconstitucionais. (ADI 491 MC, Relator: Min. MOREIRA ALVES, TRIBUNAL PLENO, julgado em 13/06/1991, DJ 25/10/1991)

Em realidade, a interpretação conforme a Constituição, como preconiza Jorge Miranda¹³, não é uma regra de interpretação, mas sim um “método de fiscalização da constitucionalidade”. No mesmo sentido, Gilmar Mendes¹⁴ assevera que “a interpretação conforme a Constituição não deve ser vista como simples princípio de interpretação, mas sim como modalidade de decisão do controle de normas, equiparável a uma *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*.” Isso porque tais decisões não fixam simplesmente um critério ao julgador, mas excluem da aplicabilidade da norma uma ou mais interpretações possíveis que não sejam conformes ao texto constitucional.

Em que pese haver certa confusão na Jurisprudência do STF a respeito da delimitação conceitual entre a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto¹⁵, há que se ver que os institutos não se confundem. Observe-se, a esse respeito, que a própria lei 9.868/99 faz nítida separação entre as duas figuras em seu art. 28, parágrafo único¹⁶.

Sobre tal distinção, pode-se dizer que a interpretação conforme a Constituição tem lugar quando apenas uma ou algumas determinadas interpretações da lei sejam constitucionais, o que acarreta, *contrario sensu*, a inconstitucionalidade das demais. Já a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto se dá quanto uma ou mais determinadas interpretações sejam declaradas inconstitucionais, preservando-se as demais. Sobre o ponto, assim escreve Gilmar Mendes¹⁷:

Ainda que se não possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme à Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na declaração de nulidade sem redução de texto, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal.

Tais modalidades de aferição da constitucionalidade da interpretação da lei podem ser aplicadas, perfeitamente, aos casos

13 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. II, Coimbra: Coimbra, 1987. p. 264.

14 MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1252.

15 Cf. Fabíola Souza Araújo. A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade: interpretação conforme a constituição e declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. *Revista da Advocacia-Geral da União*, nº 19, jan/mar 2009, p. 179.

16 Art. 28. [...] Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

17 MENDES, op. cit., p. 1253.

de recepção constitucional, seja em razão da promulgação da nova Constituição, seja em razão da entrada em vigor de determinada emenda. Dessa forma, constata-se ser plenamente possível que ocorra a recepção parcial da norma, ainda que se mantenha íntegro o seu texto. Dito de outra forma, poderá haver recepção parcial sem redução de texto, ou mesmo uma recepção condicionada a uma interpretação conforme a nova Constituição.

Entretanto, é possível que, ao determinar qual seja a “interpretação constitucional” da norma, a Corte que realiza o controle concentrado a complemento, adicionando-lhe algum elemento, com base numa interpretação sistemática da Constituição e do próprio ordenamento, tema que se tratará no próximo tópico.

1.2.3 A “INTERPRETAÇÃO CONFORME CONSTRUTIVA” E SEUS LIMITES

Um dos grandes dilemas que se deve enfrentar ao tratar de controle de constitucionalidade diz respeito ao conflito entre a “vontade da Constituição” e a “vontade do Legislador”, especialmente quando é um terceiro – a Corte Constitucional – quem realiza tal aferição. Nesse embate, o critério que deve prevalecer, conforme a lição de Kelsen, é que a Corte atue tão somente como um legislador negativo, derogando unicamente aquilo que for contrário à Constituição, e preservando ao máximo a norma que foi democraticamente produzida. Nesse sentido, as decisões interpretativas são um excelente instrumento, visto que justamente têm como escopo preservar o máximo da constitucionalidade presente na norma questionada.

Dessa forma, como adverte Alexandre Viala¹⁸, a utilização das decisões interpretativas deve obedecer a duas exigências: uma interpretação que salve a constitucionalidade da lei e uma interpretação que respeite a vontade do legislador. Não se trata, assim, de escolher-se dentre várias interpretações possíveis a mais conveniente; isso seria substituir a tarefa do juiz ordinário, e violar a própria autonomia do Parlamento. As decisões interpretativas devem elidir apenas as interpretações que forem contrárias à Constituição, deixando intactas todas aquelas que não o forem, para que, dentre elas, escolha o aplicador ordinário da lei. No mesmo sentido, Gilmar Mendes¹⁹ consigna que “a interpretação conforme a Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador”.

18 VIALA, Alexandre. *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, LGDJ, Paris, 1999.

19 MENDES, op. cit., p. 1255.

Há casos, no entanto, em que não há como simplesmente fixar uma interpretação da lei que lhe preserve a constitucionalidade. É preciso acrescentar algum complemento interpretativo para que ela possa efetivamente ser aplicável. Tal complemento, diga-se, deve ter como base o que seja estritamente necessário, e deve ser proveniente de uma interpretação sistemática da Constituição. Do contrário, ter-se-á a chamada “decisão manipulativa com eficácia aditiva”, que não só viola a vontade legítima do Legislador eleito pelo povo, mas subverte o próprio estado democrático de direito.

Um exemplo bastante singelo e elucidativo pode ser visto na Jurisprudência do Conselho Constitucional francês, órgão encarregado do controle concentrado prévio de constitucionalidade, no qual se desenvolveu o conceito de “reservas de interpretação construtivas”. Uma determinada lei submetida ao Conselho determinava que os sindicatos poderiam agir em nome do associado, bastando para tanto notificá-lo por carta com aviso de recebimento. Determinou-se²⁰, então, que a norma só seria constitucional se na carta estivessem contidas todas as informações a respeito da natureza e do objeto da ação e outras que fossem pertinentes. Essa “adição” normativa, a despeito de não constar na norma promulgada, foi atribuída com efeito vinculante pelo Conselho, de modo a preservar a sua conformidade constitucional.

Na atuação do STF veem-se, igualmente, diversas decisões com esse caráter aditivo, tais como a proferida na edição da Súmula Vinculante 11 (algemas) ou na imposição das chamadas “condições” (Serra Raposa do Sol). Nesse tipo de decisão, mais do que a determinação de uma interpretação, a Corte realizou uma verdadeira complementação legislativa, construída com o intuito de dar máxima efetividade às normas constitucionais.

Em suma, pode-se dizer que a técnica da interpretação conforme construtiva, onde há eventual adição de significado à norma, é medida excepcional e só deve ser utilizada quando não restar outra alternativa para salvar-lhe a constitucionalidade.

2 LIMITES MATERIAIS À RECEPÇÃO DA LC NO 51/85: APOSENTADORIA COMPULSÓRIA, “SERVIDOR POLICIAL” E O REQUISITO DA IDADE MÍNIMA

2.1 DA NÃO RECEPÇÃO DA LC NO 51/85 NO TOCANTE À APOSENTADORIA COMPULSÓRIA

Além de prever a aposentadoria especial, o art. 1º, II, da LC nº 51/85 previu que o “funcionário policial” será aposentado “compulsoriamente,

²⁰ Decisão 89-257 DC (25/07/89).

com proventos proporcionais ao tempo de serviço, aos 65 anos (sessenta e cinco) anos de idade, qualquer que seja a natureza dos serviços prestados”. É preciso, assim, verificar se tal norma é compatível e se foi recepcionada pelo regime constitucional de 1988.

Antes, contudo, é de se observar que a Constituição de 1967 previu expressamente no seu art. 100²¹ a possibilidade de a lei, “atendendo à natureza especial do serviço”, reduzir a idade da aposentadoria compulsória, fixada em 70 anos. O artigo foi alterado pela EC n° 1/69, que passou a exigir, no art. 103, lei complementar para que fossem estabelecidas “exceções às regras estabelecidas, quanto ao tempo e natureza de serviço, para aposentadoria, reforma, transferência para a inatividade e disponibilidade”. Apesar suprimida a norma expressa pela EC n° 1/69, considerou-se ainda possível estabelecer diminuição de idade para aposentadoria compulsória, ante o permissivo geral de “exceções às regras estabelecidas”, editando-se então a LC n° 51/85.

Ocorre que a Constituição de 1988, ao tratar da aposentadoria compulsória, não parece permitir qualquer exceção, estabelecendo que ela se dará “aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço”²². As únicas exceções permitidas pelo texto constitucional são aquelas relativas à aposentadoria voluntária. Ressalte-se que, em sua redação originária, o § 1° do art. 40 era expresso ao dispor que “lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III”, não abrangendo o inciso II do artigo, o qual tratava da aposentadoria compulsória.

Em realidade, é possível afirmar que, se as exceções foram previstas expressamente apenas para a aposentadoria voluntária, fica cristalino que é inconstitucional qualquer lei que modifique a idade de 70 anos para a aposentadoria compulsória. Dá-se, no caso, o que a doutrina alemã chama de “silêncio eloqüente” (*beredtes Schweigen*), entendimento já utilizado tantas vezes na Jurisprudência do E. STF²³. Em outras palavras, ao silenciar quanto à possibilidade de uma diminuição da idade para a aposentadoria compulsória, a Constituição veda que a lei o faça.

21 Art. 100, § 2° - Atendendo à natureza especial do serviço, a lei federal poderá reduzir os limites de idade e de tempo de serviço, nunca inferiores a sessenta e cinco e vinte e cinco anos, respectivamente, para a aposentadoria compulsória e a facultativa, com as vantagens do item I do art. 101.

22 Consigne-se que tramita no Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição n°. 457/2005, que prevê o aumento da idade da aposentadoria compulsória para 75 anos.

23 Por exemplo, RE 130552, Relator Min. MOREIRA ALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/06/1991, DJ 28/06/1991, p.08907.

Por essa razão, tem-se que a norma do art. 1º, II, da LC nº 51/85 não foi recepcionada pela Constituição de 1988²⁴. A respeito disso, ainda que o STF tenha-se limitado a afirmar que a LC nº 51/85 foi recepcionada pela Constituição, sem fazer ressalvas, há que se ressaltar que ele o fez em sede de questão prejudicial, a qual era relacionada exclusivamente à questão da aposentadoria especial voluntária, não havendo qualquer referência à questão da redução da idade para aposentadoria compulsória.

2.2 O CONCEITO DE “FUNCIONÁRIO POLICIAL” À LUZ DOS REQUISITOS PARA APOSENTADORIA ESPECIAL. PERICULOSIDADE E EC 20/98

A Lei Complementar 51/85, ao instituir nova modalidade de aposentadoria especial, tem como único requisito “pelo menos 20 (vinte) anos de exercício em cargo de natureza estritamente policial”. Entretanto, não há na lei qualquer delimitação conceitual mais pormenorizada a respeito do que seria tal natureza “estritamente policial” e – o mais importante – a que condições deveriam estar sujeitos os servidores que a desempenhassem, a fim de justificar a diferenciação que se faz com os demais servidores da Administração.

Por isso, numa primeira leitura, poder-se-ia entender que todo servidor que ocupasse cargo policial faria jus ao benefício, sem qualquer consideração no tocante às atividades desempenhadas e quanto à sua efetiva exposição a fatores de periculosidade, penosidade ou insalubridade. Isso porque a referida LC nº 51/85 foi editada sob a égide da Emenda Constitucional nº 1/69, a qual se limitou a referir que “lei complementar, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, indicará quais as exceções às regras estabelecidas, quanto ao tempo e natureza de serviço, para aposentadoria, reforma, transferência para a inatividade e disponibilidade” (art. 103). Vê-se, assim, que foi dada ampla discricionariedade ao Legislador infraconstitucional para aferir quais seriam os critérios relativos à “natureza do serviço”, de modo a justificar exceções ao regime ordinário de aposentadoria dos servidores públicos.

A Constituição de 1988, no entanto – analítica que é – inovou na matéria, estabelecendo critérios expressos e objetivos para a instituição de aposentadoria especial. Nesse sentido, a redação originária do art. 40, § 1º, dispôs que lei complementar poderia estabelecer exceções “no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas”.

²⁴ Consigne-se o entendimento contrário esposado na Nota AGU/MS 06/2007, aprovada pelo Advogado-Geral da União em 13/02/2007, a respeito da qual adiante se fará referência.

Com base nesse dispositivo, vê-se que a aposentadoria especial em questão só se justificaria para servidores que concreta e imediatamente estivessem expostos aos agentes nocivos que acarretassem risco ou prejuízo a sua saúde ou integridade física. Assim, quaisquer servidores que não se enquadrem no permissivo constitucional, mesmo que titularizem cargo inserido na carreira “policial”, não poderão fazer jus às regras de aposentadoria especial²⁵.

Fazendo a leitura do voto proferido pela Ministra Cármen Lúcia, Relatora da referida ADI 3.817, observa-se que foi expressamente ressaltado esse entendimento, condicionando a recepção da LC nº 51/85 a tais requisitos constitucionais. No caso apreciado pelo STF, analisou-se a constitucionalidade de uma lei distrital que concedia indiscriminadamente a aposentadoria especial a servidores públicos policiais, sem qualquer consideração a respeito da efetiva periculosidade de sua atividade. Por oportuno e essencial à compressão da questão, transcreve-se parte do voto da e. Relatora:

A combinação dos dispositivos das duas leis poderia ensejar a interpretação de que policiais que não exercem efetiva e estritamente atividades de natureza estritamente policial e, portanto, não cumprem as exigências constitucionais do risco a que se expõem, à periculosidade que autoriza o tratamento diferenciado da sua situação pela norma, estariam abrigados pelo benefício de aposentadoria especial dos policiais civis.

[...]

Enquadrada a natureza especial da atividade policial no critério de perigo ou risco, e ainda, considerando ter sido a matéria objeto da mesma espécie normativa exigida pela Constituição atual (lei complementar), tenho como recepcionada a Lei Complementar n. 51/85 pela Constituição de 1988.

Dessa forma, considerando o balizamento exposto na ratio decidendi do julgado, a norma da LC nº 51/85 só é constitucional se for aplicada aos casos em que se constate atividade que implique perigo ou risco permanente à integridade física e psicológica do servidor policial. Por conseguinte, será contrária à Constituição a aplicação da norma indistintamente a servidores policiais que não estejam sujeitos a tais condições.

²⁵ Cumpre destacar que o Projeto de Lei Complementar nº 554/2010, enviado ao Congresso Nacional em fevereiro de 2010, considera como atividades de risco: I - a de polícia, relativa às ações de segurança pública, para a preservação da ordem pública ou da incolumidade das pessoas e do patrimônio público, exercida pelos servidores referidos nos incisos I a IV do art. 144 da Constituição; ou II - a exercida no controle prisional, carcerário ou penitenciário e na escolta de preso.

Diante disso, pode-se dizer que não fazem jus à aposentadoria especial em tela servidores que desempenhem atividades meramente administrativas, gerenciais ou mesmo de inteligência²⁶, uma vez que elas, apesar de importantíssimas ao funcionamento da atividade policial, não expõem seus sujeitos a elementos de risco ou prejuízo à saúde. Em realidade, os servidores que desempenham tais funções o fazem geralmente *intra muros*, ou seja, dentro da própria repartição pública, sem qualquer exposição a risco que seja diferente daquele a que naturalmente estão expostos os demais servidores.

É importante destacar, entretanto, que tudo o que até agora se expôs é relativamente claro no que concerne à redação originária da Constituição. Isso porque a redação do art. 40 foi modificada pela EC n° 20/98, permitindo-se a aposentadoria especial apenas para os “casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física” (§ 4° do artigo). Vê-se, assim, que foi suprimida da redação do artigo qualquer alusão à periculosidade da atividade desempenhada, surgindo aí questões relevantes a serem enfrentadas.

Nesse caso, fazendo-se uma interpretação restritiva da Constituição, poder-se-ia entender que a EC 20/98 excluiu a possibilidade de aposentadoria especial a servidores que desempenhassem atividades tão somente perigosas, ou seja, que não ocasionassem efetivo prejuízo à saúde e à integridade física. Assim, se compreendida a atividade policial tão somente como perigosa, mas não insalubre²⁷, estaria excluída a possibilidade de tal modalidade de aposentadoria para atividade estritamente policial.

Caso prevaleça esse entendimento, a conclusão que se chega é que a LC n° 51/85 teria sido integralmente revogada pela EC 20/98, não havendo como aplicá-la nem mesmo no período posterior à EC 47/05, a qual previu a aposentadoria especial também para servidores que “exerçam atividades de risco”. Saliente-se que, como já referido, a não recepção tem como efeito a revogação da lei, não sendo possível falar-se em repristinação tácita de lei já não mais vigente no ordenamento²⁸.

26 Joanival Brito Gonçalves refere que a atividade de inteligência se dá “por meio de análise sistemática de informações disponíveis” a respeito da materialidade e autoria de crimes, buscando-se a identificação dos criminosos e os aspectos essenciais da consumação do delito. Além disso, destaca o referido Autor que ela envolve um caráter consultivo, “quando contribui para elaboração e adoção de medidas ou políticas de prevenção e combate à criminalidade” (*Atividade de Inteligência e Legislação Correlata*. Niterói, RJ: Impetus, 2009. p. 31). Vê-se, assim, que a atividade em questão é eminentemente burocrática, não pressupondo em tese qualquer exposição concreta a risco extraordinário. No entanto, caso as atividades de inteligência envolvam acompanhamento de investigados, instalação de equipamentos de escuta ou mesmo infiltração em organizações criminosas, poderá ser configurado risco que enseje o enquadramento da atividade como de risco, a exemplo das atividades investigativas *stricto sensu*.

27 Em realidade, embora não seja

28 Não se confunda esse fenômeno com os chamados “efeitos repristinatórios” havidos no caso de se declarar a inconstitucionalidade da lei revogadora. Aqui o caso é de revogação direta da Lei, por Emenda Constitucional.

De outra parte, é possível entender-se que o perigo e o risco estejam inseridos na categoria de condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, o que faz com que, de fato, não se tenha materialmente modificado a norma. Esse entendimento, embora de forma não aprofundada, foi expresso no voto da Min. Cármen Lúcia na já citada ADI 3.817²⁹:

E, conforme realçado pelo Procurador-Geral da República em seu parecer (fls. 69), as alterações procedidas pelas emendas constitucionais posteriores à promulgação da Constituição de 1988 (ns. 20/1998 e 47/2005) não subtraíram a distinção conferida à atividade considerada perigosa ou de risco.

Em verdade, rigorosamente falando, se for aceito o argumento de que a recepção da LC nº 51/85 constituiu verdadeira questão prejudicial transcendente ao julgado, ter-se-á que admitir que a referida lei foi também recepcionada pela EC 20/98. Isso se dá porque no julgado já referido decidiu-se que a inconstitucionalidade da lei distrital nº 3.556/2005 – posterior à EC 20/98 – se deu justamente em decorrência de sua combinação com a LC nº 51/85, considerada vigente. Entretanto, é cedo ainda para dar a questão como encerrada, mesmo porque ela será novamente enfrentada no julgamento do RE 567.110, de relatoria da mesma Min. Carmen Lúcia, já tendo sido expressamente reconhecida a sua repercussão geral³⁰, tendo havido a inclusão de vários *amici curiae*.

Vale aqui ainda mencionar que, embora se trate de um recurso extraordinário, de controle difuso e concreto, poderá ser dado à decisão um efeito que transcenda o caso individual, aplicando-se a chamada “objetivização” do recurso extraordinário³¹. Dessa forma, a *ratio decidendi* exposta no caso concreto poderá ter efeitos vinculantes, tal qual a decisão de controle concentrado de constitucionalidade, situação que já foi reconhecida em alguns casos pelo STF³².

De qualquer sorte, embora não seja o objetivo do presente estudo adentrar na questão com a profundidade que ela merece,

29 O mesmo entendimento foi esposado pelo Min. Eros Grau, em decisão monocrática proferida nos autos do MS 26.165, julgado em 27/09/2006, publicado em DJ 04/10/2006, p.40.

30 “Recepção pela Emenda Constitucional n. 20/1998 do art. 1º, inc. I, da Lei Complementar n. 51/1985. Adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria a servidores cujas atividades não são exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Repercussão geral reconhecida. (RE 567110 RG, Relatora: Min. CARMEN LÚCIA, julgado em 08/02/2008, DJe-036 divulgado em 28/02/2008, publicado em 29/02/2008).

31 Cf. Fredie Didier Jr. Transformações do recurso extraordinário. In FUX, Luiz *et alii*. *Processo e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

32 Por exemplo, no RE 197.917/SP, rel. Min. Maurício Correa, j. em 06/06/2002, Pleno e no HC 82.959/SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/02/2006.

parece ser razoável o entendimento de que a atividade policial estrita possa ser enquadrada de forma ampla dentre aquelas que, de alguma forma, apresentam “condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física”. De fato, é possível entender-se o risco e o perigo como compreendidos na *ratio* que inspirou tanto o legislador constituinte originário quanto o derivado, fazendo com que as sucessivas alterações de redação não tenham, de fato, alterado a essência da norma constitucional. Além disso, verifica-se que é plenamente possível enquadrar a atividade policial como insalubre, na hipótese de se verificar o contato direto do servidor com agentes nocivos (por exemplo: sangue, pessoas, pólvora, poluentes, etc.)³³.

2.3 A EC 20/98 E A IDADE MÍNIMA COMO CRITÉRIO OBRIGATÓRIO PARA A APOSENTADORIA DE SERVIDORES PÚBLICOS

Como visto, existe a possibilidade de que a LC nº 51/85 venha a ser considerada como revogada pela EC 20/98, por conta da supressão da aposentadoria especial para atividades perigosas. Entretanto, caso isso não ocorra, necessário será adentrar no tema atinente ao requisito de idade mínima para aposentadoria voluntária do servidor público, o que a seguir se faz.

2.3.1 A EMENDA 20/98 E A IDADE MÍNIMA COMO CRITÉRIO OBRIGATÓRIO PARA A APOSENTADORIA DE SERVIDORES PÚBLICOS

A redação originária da Constituição de 1988 fixou que a aposentadoria voluntária de servidores públicos se daria (art. 40, III):

- a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais;
- b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais;
- c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo;
- d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

Como se vê, a única exigência de idade mínima para a aposentadoria voluntária era atinente àquela com vencimentos proporcionais, para os servidores que não se enquadrassem na hipótese da alínea “c”. Ocorre

³³ Não é à toa que muitos servidores dos Estados e mesmo da Polícia Federal recebem ou já receberam o adicional de insalubridade.

que a Emenda nº 20/98 alterou profundamente o sistema previdenciário relativo ao servidor público e passou a exigir idade mínima para a aposentadoria voluntária integral, prevendo a nova redação do art. 40, § 1º, III, que o servidor seria aposentado:

III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher;

b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

Não obstante as emendas 41/03 e 47/05 tenham estabelecido uma série de regras a respeito da aposentadoria dos servidores, manteve-se na Constituição a redação da Emenda 20/98, constando até hoje o requisito da idade mínima como uma exigência constitucional expressa. Em realidade, esse requisito foi incluído no texto constitucional no contexto das reformas do sistema previdenciário brasileiro, e teve como finalidade torná-lo atuarialmente mais adequado, e socialmente mais justo³⁴.

Analisando o texto constitucional, verifica-se que o único caso em que é determinada a atenuação do critério de idade mínima para a aposentadoria por tempo de contribuição de servidor público, de forma expressa, é o de função de magistério, na forma do art. 40, § 5º, o qual assim dispõe³⁵:

§ 5º - Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, em relação ao disposto no § 1º, III, "a", para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

Para os demais casos, a Constituição silencia a respeito de tal requisito, o qual deve ser abordado pela lei complementar que

34 Conforme Mensagem 306, do Poder Executivo (Diário do Congresso, 28/03/1995), enviada ao Congresso Nacional, um dos objetivos da Emenda 20/98 foi o de impedir as aposentadorias por tempo de serviço de trabalhadores muito jovens, que teriam uma expectativa de vida incompatível com o montante de sua arrecadação. A ausência de limite de idade para a aposentadoria por tempo de serviço, geralmente usufruída por pessoas de maior poder econômico, gerava, conforme a mensagem referida, um contraste social injusto em relação aos beneficiários das aposentadorias por idade, geralmente requeridas por pessoas de baixa renda.

35 Na redação dada pela EC 20/98.

instituir a aposentadoria especial, nos casos do § 4º do mesmo art. 40. Isso não significa, contudo, que a lei infraconstitucional possa irrestritamente abolir o requisito da idade mínima para a aposentadoria especial, visto que tal imposição é aplicável a todos os servidores públicos, inclusive o professor, que goza igualmente de modalidade especial de aposentadoria.

Ter-se-ia, de fato, uma violação ao princípio da isonomia, seja com os servidores que estão sujeitos ao regime ordinário de aposentadoria, seja com os servidores que, gozando de aposentadoria especial para função de magistério, estão igualmente sujeitos a limite de idade, ainda que atenuado. Em verdade, a partir da EC 20/98, a idade mínima para a aposentadoria voluntária por tempo de contribuição passou a ser norma que baliza todo o sistema previdenciário dos servidores públicos, incluindo até aqueles que têm direito à aposentadoria especial³⁶, não podendo ser derogado por norma infraconstitucional.

Se a própria Constituição previu idade mínima para a aposentadoria especial do professor, não poderá uma lei infraconstitucional derogar tal imposição, sob pena de inconstitucionalidade. Em outras palavras, se ao professor, que tem disciplinada a sua aposentadoria especial diretamente pela Constituição, é imposto o requisito da idade, não poderiam outros servidores, em situação análoga, serem dispensados disso.

Contudo, não obstante a LC no 51/85 não estabeleça qualquer requisito de idade mínima, não se verifica adequado tê-la, por si só, como inconstitucional. Ao contrário, considerando que essa lei busca dar concretude a uma norma constitucional (o § 4º do art. 40), é plenamente possível compatibilizá-la através dos mecanismos de interpretação conforme a Constituição, com base em critérios de isonomia e proporcionalidade.

Assim, em que pese não se ter enfrentado a questão no julgamento da referida ADI 3.817, poderá o debate ter lugar no julgamento do já referido RE 567.100, que tratará exatamente da questão da recepção da LC nº 51/85 pela EC 20/98.

³⁶ Ressalte-se que o STJ já assentou que “por força do art. 57 da lei 8.213/91 é inexigível idade mínima para a concessão de Aposentadoria Especial, àqueles que exerçam atividade profissional sujeita a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física” (REsp 158996/MG, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2000, DJ 05/02/2001 p. 122). Ocorre que tal entendimento é aplicável tão somente a trabalhadores da iniciativa privada, uma vez que, para eles, a Constituição não impõe qualquer requisito de idade mínima.

2.3.2 POSSIBILIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO DA LC NO 51/85 COM A EC 20/89 NO TOCANTE À IDADE MÍNIMA. ISONOMIA E PROPORCIONALIDADE. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Sem adentrar na intrincada discussão a respeito do conceito dos princípios, a qual refoge ao objeto do presente estudo³⁷, é possível dizer, de acordo com Dworkin³⁸, que eles são postulados dotados de alto grau de abstração, cuja aplicação não se dá na base do “tudo ou nada”, ao contrário do que ocorre com as regras. De fato, a medida de aplicação dos princípios é a dimensão do seu peso ou importância, constituindo eles, como expõe Alexy³⁹, verdadeiros “mandados de otimização”, impondo-se aplicá-los no maior grau possível e em consonância com os demais princípios do ordenamento.

Nesse contexto, situa-se o princípio da igualdade como um dos mais importantes princípios fundamentais insculpidos na Constituição, em seu art. 5º, *caput*, o qual serve de parâmetro não só para a elaboração de leis novas, mas para a conformação das já existentes com o ordenamento constitucional superveniente. Nesse sentido, a igualdade pode também ser equiparada à isonomia, na medida em que a lei deve tratar de forma igual os iguais, e “desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem”, na célebre máxima de Rui Barbosa em sua Oração aos Moços.

Assim, não obstante a idade mínima seja um requisito constitucional aplicável a todos os servidores públicos, não há como postular que ele seja aplicado de maneira idêntica para todos eles, tendo em vista a desigualdade das atividades por eles desempenhadas. Por isso, não há como impor a mesma idade mínima para servidores civis que estejam sujeitos a condições especiais de trabalho, tais como os que desempenhem atividades de risco ou que causem prejuízo à saúde, e os demais servidores. Da mesma forma, não há como se considerar que o requisito da idade mínima seja exigido de um grupo de servidores que fazem jus à aposentadoria especial (os professores) e derogá-lo para os demais.

A questão que surge, então, é como compatibilizar o requisito da idade mínima para aposentadoria especial e a referida LC nº 51/85, que silencia a respeito. Para tanto, é preciso buscar parâmetros no próprio texto constitucional, com base não só no princípio da isonomia, mas especialmente com foco no princípio da proporcionalidade, cuja aplicação poderá traçar

37 A respeito do tema, ver o belo estudo de Roberta Pereira Negrão Costa (Proporcionalidade: Uma clarificação do conceito. *Revista da Advocacia Geral da União*, edição virtual nº 96, 2010. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>.

38 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

39 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

um meio de colmatar a omissão da lei recepcionada, pelo menos até que sobrevenha nova lei que disponha de forma completa sobre o tema.

Sobre isso, é de se referir que Willis Guerra Filho⁴⁰ entende que o princípio da proporcionalidade está, de fato, “incrustado” na isonomia, uma vez que a própria idéia de igualdade se coaduna com o que seja proporcional, ou “geométrico”. Dissentindo desse entendimento, Humberto Ávila⁴¹ afirma que a proporcionalidade não é um princípio, mas, sim, um postulado normativo aplicativo, o qual subjaz “da estrutura das próprias normas jurídicas estabelecidas pela Constituição”.

Conciliando tais entendimentos, é possível dizer que a aplicação do princípio da isonomia, num determinado contexto, é que vai expressar a proporcionalidade existente no ordenamento, ou seja, vai estabelecer proporções entre os bens jurídicos que se quer disciplinar. Chame-se de princípio ou de postulado, o fato é que tudo se dá num mesmo momento: a justa aplicação do princípio da isonomia pressupõe proporcionalidade no trato do bem jurídico.

Voltando os olhos para o caso em análise, vê-se que o que se quer é encontrar uma forma que contemple a imposição de idade mínima para aposentadoria do servidor policial e a sua medida adequada de proporção. Para tanto, o mais adequado é valer-se de um parâmetro constitucional expresso, tomando-se por medida a aposentadoria especial do servidor professor, que se dá com redução de 5 anos nos requisitos de idade e tempo de serviço (art. 40, § 5º). Assim, se para os servidores públicos do sexo masculino o tempo de contribuição exigido é de 35 anos, e para o servidor policial ele é reduzido para 30 anos, nada mais isonômico – e proporcional – que seja o requisito da idade igualmente reduzido em 5 anos. Ficaria o requisito da idade mínima idêntico ao do servidor professor, sendo ele de 55 anos para o homem e 50 anos para a mulher⁴².

Essa medida, além disso, preserva a própria igualdade entre homens e mulheres, uma vez que a LC nº 51/85 não faz qualquer distinção entre servidores policiais de sexos diferentes. Assim, ainda que o tempo de contribuição se mantenha o mesmo – 30 anos – as servidoras mulheres teriam a vantagem de ter o requisito da idade reduzido em 5 anos. Dessa forma, estar-se-iam tratando os iguais de forma igual –

40 GUERRA FILHO, Willis. Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da fazenda pública. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 82, p. 70-91, abr./jun. 1996.

41 ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista diálogo jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v.I, nº 4, julho, 2001. Disponível em: < <http://www.direitopublico.com.br>>, acesso em 28/01/2009.

42 Veja-se que o já referido Projeto de Lei Complementar nº 554/2010 traz exatamente esses parâmetros de idade mínima, além dos demais requisitos relativos a tempo de exercício na atividade de risco (25 anos), tempo no cargo (5 anos) e tempo de contribuição (30 anos).

idade mínima para todos os servidores – e os desiguais de forma desigual – idade reduzida para os servidores que desempenhassem funções abrangidas pela LC nº 51/85. Igualmente, preservar-se-ia a isonomia entre os servidores professores e os policiais, ambos beneficiários de aposentadoria especial com redução na idade mínima.

Há que se consignar, no entanto, que o juízo de proporcionalidade que aqui se faz é provisório e linear, e jamais poderá substituir a ponderação realizada pelo legislador infraconstitucional a respeito do tema. Por isso, uma lei complementar que venha disciplinar a aposentadoria especial em tela poderá estabelecer outros critérios de idade mínima para a aposentadoria – contanto que imponha esse requisito constitucional –, dentro do processo democrático de produção legislativa.

Na realidade, o que aqui se preconiza é que seja conferida uma interpretação conforme a Constituição à LC nº 51/85, de modo a preservar a sua aplicabilidade em consonância com a EC 20/98. Para tanto, pode-se dizer que a referida lei só será constitucional na medida em que aos requisitos por ela previstos se some o requisito da idade mínima de 55 anos para o homem e 50 anos para a mulher.

De fato, mais do que uma simples interpretação, estar-se-á diante de uma sentença aditiva, que acrescentará previsão não constante originalmente da lei. Entretanto, é de se ver que tal acréscimo é feito no estrito limite dos parâmetros previstos na própria Constituição, e tem por única finalidade permitir que os destinatários da aposentadoria especial prevista na Carta possam exercer seu direito de forma efetiva. A respeito disso, Paulo Bonavides⁴³ escreve que, mais do que um exercício arbitrário da atividade Jurisdicional, o princípio da proporcionalidade, “abraçado assim ao princípio da interpretação conforme a Constituição”, fortalece o Legislador, salvando a constitucionalidade da lei e propiciando sua aplicação de forma adequada.

Em outras palavras, se preservar a constitucionalidade da lei à custa de uma interpretação conforme construtiva é algo incômodo, a ausência de lei é situação que obsta o exercício de direito constitucional dos servidores policiais, constituindo – isso sim – grave ofensa a tal categoria de trabalhadores.

2.4 POSICIONAMENTOS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO A RESPEITO DA MATÉRIA EM QUESTÃO

De maneira geral, as questões abordadas no presente estudo foram apreciadas pela Advocacia-Geral da União na Nota AGU/MS

43 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 427.

06/2007, aprovada pelo Advogado-Geral da União em 13/02/2007, na qual se consignou que a LC nº 51/85 foi integralmente recepcionada pela Constituição de 1988, bem como pelas emendas que sucederam a sua promulgação. Além disso, a nota afirma que a aposentadoria compulsória prevista na LC nº 51/85 teria sido também recepcionada, sendo essa exceção conforme com a nova Carta.

No tocante ao requisito da idade mínima, a Nota em questão refere que a EC 20/98 permitiu amplamente à lei complementar elidilo no caso de aposentadorias especiais, haja vista a “redação aberta” do novo § 4º do art. 40 da Constituição. De acordo em esse posicionamento, o fato de a LC nº 51/85 ter silenciado a respeito de tal requisito não impede a sua recepção pela referida emenda, não sendo a idade mínima exigível aos destinatários de aposentadoria especial. Conclui-se, no entanto, que não seria devido abono permanência aos servidores que atingissem os requisitos para a aposentadoria voluntária com base na referida lei.

Corroborando tais entendimentos, foi aprovada pelo Advogado-Geral da União, em 16/10/2008, a Nota AGU/JD 2/2008, a qual tão somente reviu a Nota anterior no tocante ao abono permanência, entendendo que ele seria devido aos servidores policiais desde o momento em que preenchessem os requisitos da LC nº 51/85 para aposentadoria voluntária.

Tais Notas, por terem sido aprovadas pelo Advogado-Geral da União, fixam “a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal”, na forma do art. 4º da LC nº 73/93. Além disso, ficam vinculados a elas os membros efetivos da Advocacia-Geral da União, conforme preconiza o art. 28, II, da mesma lei. Em realidade, a aprovação de tais notas técnicas pelo Advogado-Geral da União tem como objetivo uniformizar o entendimento a respeito das matérias analisadas, prevenindo litígios e aumentando a segurança jurídica da atividade administrativa, razão pela qual muitas vezes são baseadas em decisões do Poder Judiciário.

Por isso mesmo, não há qualquer impedimento a que as orientações esposadas em tais notas sejam revistas, ou mesmo que decisão do STF dotada de efeitos vinculantes derogue parte das conclusões ali expostas. Dessa forma, e considerando que muitas das questões constantes de tais notas serão apreciadas pelo STF nos autos do já citado RE 567.100, há que se aguardar para ver se elas se manterão na íntegra, ou se serão objeto de reconsideração, ante decisão judicial vinculante em sentido contrário.

De outra parte, o Plenário do TCU⁴⁴ proferiu decisão em 11/03/2009 a respeito da mesma matéria, chegando a conclusões semelhantes àquelas constantes das referidas Notas da AGU, ou seja, que a LC no 51/85 foi recepcionada não só pelo texto originário da Constituição de 1988, mas por todas as emendas que lhe sucederam. Com base nisso, foram considerados legais todos os atos de aposentadoria praticados com base nessa lei, tendo-se determinado de ofício a revisão daqueles que foram considerados ilegais pelo próprio TCU por conta do antigo posicionamento da não recepção da LC no 51/85.

Veja-se que essa aferição da recepção da lei pela Constituição se deu dentro da atribuição da Corte de Contas de exercer o controle externo da Administração, no qual pode apreciar a constitucionalidade das leis, segundo entendimento desde muito sedimentado no STF⁴⁵. No entanto, tal decisão do TCU não é dotada de efeito vinculante, razão pela qual jamais ficará indene a eventual posicionamento diverso do STF em sede de controle abstrato.

Portanto, em que pese haver posicionamentos já consolidados tanto na AGU quanto no TCU, a discussão da recepção ou não da LC nº 51/85 pela EC 20/98 mantém-se atual, uma vez que a matéria será apreciada especificamente pelo STF, em decisão que poderá ser dotada de efeitos vinculantes.

3 CONCLUSÕES

Diante do que se expôs, podem-se fazer as seguintes conclusões:

- a) No julgamento da ADI 3.817, o STF considerou como motivo determinante que a aposentadoria especial prevista na LC nº 51/85 foi recepcionada pela Constituição de 1988, possuindo tal decisão efeitos vinculantes.
- b) O fenômeno da recepção constitucional se dá não só em relação à entrada em vigor de uma nova constituição, mas também em relação a suas emendas, sendo que, de acordo com a Jurisprudência assente no STF, a não recepção importa em revogação.
- c) As técnicas de interpretação conforme a constituição e declaração de nulidade sem redução de texto são plenamente

44 Acórdão 379/2009 – Plenário, Relator: Min. Aroldo Cedraz, Ata 09/2009 – Plenário, Sessão 11/03/2009, DOU 13/03/2009.

45 Enunciado 347 de sua Súmula de Jurisprudência: O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

aplicáveis à aferição da recepção do ordenamento anterior à nova ordem constitucional.

- d) A técnica da interpretação conforme construtiva, onde há eventual adição de significado à norma, é medida excepcional e só deve ser utilizada quando não restar outra alternativa para salvar-lhe a constitucionalidade.
- e) A norma do art. 1º, II, da LC nº 51/85, que prevê aposentadoria compulsória do servidor policial aos 65 anos, não foi recepcionada pela Constituição de 1988, visto que essa Carta, a contrário das anteriores, não previu nenhuma exceção para a idade da aposentadoria compulsória, fixada taxativamente em 70 anos.
- f) A aposentadoria especial prevista na LC nº 51/85 só foi recepcionada para os casos de atividade que implique perigo ou risco permanente à integridade física e psicológica do servidor policial. Por conseguinte, será contrária à Constituição a aplicação da norma indistintamente a servidores policiais que não estejam sujeitos direta e imediatamente a tais condições.
- g) A modificação do texto constitucional feita pela EC 20/98, eliminando a previsão expressa da “periculosidade”, não implicou na revogação da LC nº 51/85, visto que inalterada a *ratio* que inspira a previsão da aposentadoria especial.
- h) O requisito da idade mínima para a aposentadoria voluntária, introduzido pela EC 20/98, é aplicável a todos os servidores públicos, inclusive aos beneficiários de aposentadoria especial, ainda que atenuado.
- i) Com base nos princípios da isonomia e proporcionalidade, é possível fazer uma interpretação conforme à LC nº 51/85, acrescentando como requisito à aposentadoria especial nela prevista a idade mínima prevista para o servidor professor, até que a matéria seja disciplinada por lei complementar.
- j) Em que pese haver posicionamentos já consolidados tanto na AGU quanto no TCU, a discussão da recepção ou não da LC nº 51/85 pela EC 20/98 mantém-se atual, uma vez que a matéria será apreciada especificamente pelo STF, em decisão que poderá ser dotada de efeitos vinculantes.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ARAÚJO, Fabíola Souza. A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade: interpretação conforme a constituição e declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. *Revista da Advocacia-Geral da União*, n. 19, jan/mar 2009, p. 179.
- ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista diálogo jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v.I, nº 4, julho, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 28 jan. 2010.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 427
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 1306.
- COSTA, Roberta Pereira Negrão. Proporcionalidade: Uma clarificação do conceito. *Revista da Advocacia Geral da União*, edição virtual nº 96, 2010. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 29 jan. 2010.
- DIDIER JR., Fredie. Transformações do recurso extraordinário. In FUX, Luiz et alii. *Processo e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GONÇALVES, Joanisval Brito. *Atividade de Inteligência e Legislação Correlata*, Niterói, RJ: Impetus, 2009
- GUERRA FILHO, Willis. Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da fazenda pública. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 82, p. 70-91, abr./jun. 1996.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de Direito Constitucional*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, T. II, Coimbra: Coimbra, 1987.
- VIALA, Alexandre. *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. LGDJ, Paris, 1999.

**INTERCULTURALIDADE E
POLÍTICAS PÚBLICAS: DESAFIOS AO
CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL NO
CASO RAPOSA SERRA DO SOL**

**INTERCULTURALITY AND PUBLIC POLITICS:
CHALLENGES TO THE FRATERNAL
CONSTITUTIONALISM IN THE CASE
RAPOSA SERRA DO SOL**

*Fábio Campelo Conrado de Holanda
Procurador Federal em Boa Vista/RR
Mestre em Direito Constitucional pela UFC*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A ocupação de terras no Estado de Roraima e o indigenato; 2 Perspectivas da decisão do Supremo Tribunal Federal no caso Raposa Serra do Sol; 3 A interação de culturas e os desafios do século XXI; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O multiculturalismo impulsionou ao longo da história inúmeras reivindicações e conquistas das chamadas minorias, dando ênfase à necessidade de reconhecimento político destes grupos, com amparo no Direito. Tal corrente de pensamento se contrapõe ao que julga ser uma forma de etnocentrismo, procurando resistir à chamada homogeneidade cultural, principalmente quando esta homogeneidade é considerada única e legítima, sujeitando as minorias a particularismos e dependência. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda da identidade étnica, mas somatório de mundividências. Porém, a construção e o fortalecimento de um estado democrático exigem não apenas o reconhecimento da sua diversidade cultural, mas a implementação de políticas públicas especiais que possam garantir a pacífica convivência e interação dos diversos grupos culturais que o compõem.

ABSTRACT: The Multiculturalism boosted throughout history various claims and achievements of so-called minorities, emphasizing the need for political recognition of these groups, in reliance on the law. This line of thought is opposed to believing that it is a form of ethnocentrism, resist the call for cultural homogeneity, especially when this homogeneity is considered the only legitimate, subjecting minorities to particularity and dependence. An acculturation process that dissolves in contact with non-Indians because the acculturation that the Constitution is not a loss of ethnic identity, but the sum of world views. However, the construction and strengthening of a democratic state requires not only recognition of its cultural diversity, but the implementation of specific policies that can ensure the peaceful coexistence and interaction of various cultural groups that compose it.

PALAVRAS-CHAVE: Interculturalidade. Constitucionalismo. Fraternidade. Constitucional.

KEYWORDS: Interculturalism. Constitutionalism. Constitutional Fraternity.

INTRODUÇÃO

O presente artigo se dispõe a debater os reflexos da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol no Estado de Roraima, tendo como referencial a robusta fundamentação teórica exarada no âmbito do Supremo Tribunal Federal e as múltiplas perspectivas sociais do julgado, identificadas no multiculturalismo presente na região.

Para tanto, será traçada breve digressão histórica sobre a ocupação das terras indígenas no Estado, a par da conceituação da corrente de pensamento denominada indigenato e seus reflexos no Direito pátrio, notadamente na tutela dos direitos indígenas.

Em seguida, estabelecidas as premissas conceituais do debate, será discutida a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o histórico julgado da demarcação contínua da terra indígena Raposa Serra do Sol e os desafios sociais à implementação do chamado *constitucionalismo fraternal* na região (expressão utilizada pelo Ministro Carlos Ayres Britto), com alusão ao paradigma da interação e a necessidade de execução de políticas públicas voltadas à convivência pacífica dos diversos grupos culturais.

1 A OCUPAÇÃO DE TERRAS NO ESTADO DE RORAIMA E O INDIGENATO

A ocupação territorial brasileira pós-cabralina se iniciou reconhecidamente no litoral, sendo a população indígena que ali habitava completamente dizimada pela nova civilização que se impunha. Tal fenômeno social foi progressivamente se interiorizando, sedimentando históricas disputas pelo território brasileiro entre os chamados colonizadores e os antigos ocupantes da terra.¹

Aimberê Freitas² destaca dois fatos históricos como precursores do processo de colonização no Estado de Roraima, quais sejam, a introdução do gado no vale do Rio Branco no final do século XVIII e a evangelização dos nativos pela igreja católica apostólica romana. As revoltas promovidas pelos nativos não tardaram a acontecer:

A história registra que os nativos não estavam satisfeitos com o processo de colonização. Isso provocou revoltas entre os nativos. A

1 Em sua obra "Raízes do Brasil", Sérgio Buarque de Holanda afirma que "a tentativa de implantação da cultura européia em extenso território, dotado de condições naturais, se não adversas, largamente estranhas à sua tradição milenar, é, nas origens da sociedade brasileira, o fato dominante e mais rico em conseqüências. Trazendo de países distantes nossas formas de convívio, nossas instituições, nossas idéias, e timbrando em manter tudo isso em ambiente muitas vezes desfavorável e hostil, somos ainda hoje uns desterrados em nossa terra." (2009, p. 31).

2 FREITAS, Aimberê. *Geografia e História de Roraima*. Boa Vista: IAF, 2009. p. 120-138.

maior razão das revoltas e dos descontentamentos foi detectada por Lobo D'Almada, na função de Governador do Amazonas. E o cerne da questão estava dentro do Forte de São Joaquim do Rio Branco. Ele partia da certeza de que aquele Forte foi construído para ser um marco da presença portuguesa no rio Branco, mas seus comandantes e demais componentes não cumpriam os acordos estabelecidos com os nativos. Isso acontecia, principalmente no que se refere à utilização do seu trabalho com o respectivo pagamento. [...] Conflitos entre nativos e fazendeiros são registrados por essa razão principalmente entre aqueles mais resistentes à subordinação. Os relacionamentos mais humanitários que ocorriam entre fazendeiros e nativos era de compadrio. O fazendeiro tornava-se padrinho de um filho do nativo. Os macuxi foram então considerados pelos fazendeiros como insolentes, insubordinados e rebeldes à disciplina da civilização por se recusarem a ensinar sua língua aos *brancos*

Esta contínua expansão da fronteira de colonização do território nacional propiciou um choque de interesses (por vezes, não claramente definidos), próprio de um Estado multicultural e repleto de contradições, de modo a reclamar intensa reflexão da sociedade sobre a forma de execução das políticas públicas de proteção dos índios e das terras por eles ocupadas.³

O indigenato, corrente de pensamento jurídico que reconhece o direito dos índios ao domínio das terras que ocupam, fundamenta tal defesa no fato de que seu título é legítimo e adquirido congenitamente, ao passo que a ocupação não-índia depende de ser legitimada, através de títulos adquiridos.⁴ Esta orientação foi acolhida na Constituição Federal de 1988, notadamente na idéia de que as terras indígenas são reconhecidas (e não, criadas), cabendo à União demarcá-las administrativamente.⁵

Assim, a terra indígena denominada Raposa Serra do Sol, área constituída por vegetação de cerrado, cujo relevo montanhoso culmina com o Monte Roraima, localizada no nordeste do Estado e destinada à posse permanente dos grupos indígenas ingaricós, macuxis, patamonas, taurepangues e uapixanas, medindo 1.743.089 hectares, com

3 Segundo José Afonso da Silva, quando a Constituição declara a terra indígena como de *posse permanente*, não se deve compreendê-la como um pressuposto no passado, mas como uma garantia para o futuro, já que "a questão da terra se transforma no ponto central dos direitos constitucionais dos índios, pois, para eles, ela tem um valor de sobrevivência física e cultural" (2002, p. 832).

4 MENDES JR., João. Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos, Typ. Irmãos Hennies, 1912, Comissão Pró-Índio de São Paulo, 1988.p. 58-59.

5 Luiz Fernando Villares esclarece que "o sucesso da política republicana de demarcação de terras é demonstrado pela circunstância de que são poucos os povos que ainda dependem do reconhecimento de seus territórios. Outro caso ainda pendente de consideração é o fenômeno recente do renascer de alguns povos e comunidades indígenas, que, num tempo de promoção do multiculturalismo, deixam o escuro e se afirmam como índios. Esse renascer é devido, além do orgulho de pertencer a uma cultura diferente e ao novo respeito pela diferença e, por que não, à eficácia da política governamental de proteção aos povos indígenas (2009, p. 126).

1.000 quilômetros de perímetro, foi demarcada pelo Ministério da Justiça através da Portaria nº 820/98 (alterada pela Portaria nº 534/05), sendo o referido ato de demarcação homologado pela Presidência da República em 15 de abril de 2005.⁶

Dentre os principais opositores da demarcação contínua da área estava um grupo de produtores de arroz, que queriam permanecer em parte dela, defendendo, portanto, uma demarcação não contínua. Argumentavam que sua retirada da área representara grave perda para a economia do Estado de Roraima, já que respondiam por 7% de sua renda (Roraima, maior produtor de arroz da região norte do Brasil, contribui, também, para o abastecimento dos Estados vizinhos com o cereal). Outro argumento foi o de que a área indígena é fronteira e que sua entrega somente aos índios poderia representar risco para a segurança nacional.⁷

2 PERSPECTIVAS DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CASO RAPOSA SERRA DO SOL

Instado a decidir a questão, o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional a demarcação contínua da terra indígena e determinou que fossem observadas algumas condições⁸.

Passada esta conturbada fase da desintração de não-índios da Raposa Serra do Sol⁹, os dilemas que ora se apresentam são talvez ainda mais difíceis de serem resolvidos. É que, apesar de se reconhecer que a posse da terra é a primeira etapa para a autonomia indígena, outros obstáculos devem

6 O parágrafo único do art. 5º, da Portaria nº 534, de 13 de abril de 2005, deu prazo não superior a um ano para os não-índios abandonarem a área. No entanto, logo após a edição deste documento e do decreto presidencial que o homologou, começaram a tramitar diversas ações no Poder Judiciário, contestando a demarcação (dentre as quais a Ação Popular nº 3388, ajuizada em 25 de maio de 2005 pelo Senador Affonso Botelho Neto, cujo mérito continha o pedido de declaração de nulidade da Portaria nº 534/05).

7 Ao reconhecer a constitucionalidade da demarcação contínua da reserva indígena Raposa Serra do Sol, o Supremo Tribunal Federal definiu dezenove condições que, segundo o ministro Gilmar Mendes, se aplicam à Raposa Serra do Sol, mas tem também um efeito transcendente para as demais demarcações, uma delas a permissão para instalação de unidades das Forças Armadas e da Polícia Federal na reserva.

8 Dentre outras, o usufruto das riquezas naturais existentes nas terras indígenas pode ser relativizado sempre que houver relevante interesse público da União, na forma de lei complementar; o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, nem a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerão sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei, neste último caso; o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a fiação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira; a instalação, pela União, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União; 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, serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI.

9 “A Operação Upatakon III foi deflagrada no primeiro trimestre de 2008, para retirada de não-índios que ainda ocupavam a área indígena Raposa Serra do Sol. A Operação ficou suspensa durante vários meses por determinação do Supremo Tribunal Federal. Os trabalhos foram efetivamente retomados em 1º de maio de 2009 e o último não-índio deixou a área em 14 de junho” do referido ano, conforme noticiado pela Polícia Federal no Ofício nº 250/09 – UPATKON III, lavrado em 03 de agosto de 2009.

ser transpostos pelo Estado no afã de aperfeiçoar a gestão do deslocamento populacional (de índios e não-índios), como a análise das condicionantes impostas pelo Supremo Tribunal Federal para a homologação; o direcionamento do desenvolvimento econômico da reserva; a capacidade técnica atual para a execução deste desenvolvimento e o papel dos governos estadual e federal; o problema do desenvolvimento agrícola de pequeno porte dos não índios desintrusados; dentre outros temas relacionados ao desenvolvimento político-econômico da região e à interação destas culturas objetivando a convivência pacífica e dialógica¹⁰.

Impõe-se, assim, a compreensão do multiculturalismo presente na região, como premissa ao desenvolvimento de um raciocínio crítico acerca da gestão pública dos deslocamentos populacionais ali realizados, protagonizada pela convivência de múltiplos atores sociais. O multiculturalismo impulsionou ao longo da história inúmeras reivindicações e conquistas das chamadas minorias (homossexuais, negros, índios etc.)¹¹, dando ênfase à necessidade de reconhecimento político destes grupos, com amparo no Direito. Tal corrente de pensamento se contrapõe ao que julga ser uma forma de etnocentrismo, procurando resistir à chamada homogeneidade cultural, principalmente quando esta homogeneidade é considerada única e legítima, sujeitando as minorias a particularismos e dependência.

Em artigo intitulado “Constitucionalismo y Multiculturalismo”, Miguel Carbonell¹² esclarece que a discussão sobre o multiculturalismo tem se estendido a muitas áreas do conhecimento, tratando de temas relacionados à proteção jurídica das diferentes culturas que convivem dentro de um determinado Estado, e promovendo o debate acerca dos direitos fundamentais, sobretudo no que se refere à proteção de sua autonomia moral e a tolerância entre os grupos sociais. Alerta, ainda, para o fato de que as maiores dificuldades do debate multiculturalista se encontram no momento de traduzir normativamente as opções tomadas com base em posturas próprias da filosofia moral, política e antropologia, ou seja, é um discurso extremamente sereno no plano das idéias, mas tormentoso quando aplicado às realidades sociais complexas.

10 Importante legado sobre a questão da dialética foi deixado pelo filósofo pré-socrático Heráclito de Éfeso, para quem: “fogo é o elemento e ‘todas as coisas são permutas de fogo’ (fragmento 90), originadas por rarefação e condensação; mas nada explica com clareza. Tudo se origina por oposição e tudo flui como um rio (cf. fragmentos 12, 91), e limitado é o todo e um só cosmo há; nasce ele de fogo e de novo é por fogo consumido, em períodos determinados, por toda a eternidade. E isto se processa segundo o destino. Dos contrários, o que leva a gênese chama-se guerra e discórdia (cf. fragmento 80), e o que leva a conflagração, concórdia e paz, e a mudança é um caminho para cima e para baixo, e segundo ela se origina o cosmo.” (RÉGIS, 2000, p. 83)

11 Remillard (*Les droits des minorités*. In: *Atas da II Conferência Internacional de Direito Constitucional*, Quebec, 5-8 de março de 1986, p. 14) ensina que a história moderna da proteção internacional dos direitos das minorias começou nos séculos XVI e XVII, em relação à proteção das minorias religiosas. Desse modo, o Tratado de Westphalia de 1648, que declarou o princípio da igualdade entre católicos e protestantes, pode ser mencionado como o primeiro documento que garantiu direitos a um grupo minoritário. (*apud*, LOPES, 2008, p. 161-169).

12 CARBONELL, Miguel. Constitucionalismo y multiculturalismo. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derycul/cont/13/ens/ens3.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2006. p. 22-24.

Em razão da substituição do “paradigma da integração”¹³ pelo “paradigma da interação”, deve-se preservar a identidade própria e o reconhecimento das diferenças como premissas à tal convivência, não estando o Estado obrigado apenas a fornecer mecanismos de resgate da identidade cultural dos múltiplos grupos que o compõem, mas a viabilizar a progressiva interação entre estas culturas (sem descurar da armadilha da homogeneidade cultural), com a finalidade de estabelecer comunicação, aprendizagem, cooperação e solidariedade entre seu povo.

O próprio Supremo Tribunal Federal¹⁴ entende a demarcação de terras indígenas como capítulo avançado do que chama de “constitucionalismo fraternal”:

Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, lingüística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda da identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de muito proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica.

3 A INTERAÇÃO DE CULTURAS E OS DESAFIOS DO SÉCULO XXI

Atentando para o alheamento gregário do homem contemporâneo, avesso à idéia de solidariedade, Rubens Godoy Sampaio¹⁵ aponta que a ideologia que vai se impondo atualmente é a do individualismo

13 “Convencionou-se denominar *evolucionismo unilinear* a corrente de pensamento que dominou a antropologia na primeira metade do século XIX. Nessa corrente era predominante a idéia de que a cultura desenvolve-se de maneira mais ou menos uniforme, sendo aceitável pressupor que cada sociedade percorresse as mesmas etapas evolutivas. A partir dessa perspectiva, então, era justificada a adoção de uma escala ‘hierárquico-evolutiva’. [...] A perspectiva ‘evolucionista unilinear’, subjacente à classificação contida no Estatuto do Índio (art. 4º), ao que parece não goza de grande aceitabilidade entre os antropólogos contemporâneos. Segundo alguns de seus críticos ‘não existem sociedades na infância’, mas ‘formas diferentes de sociedades, cada uma com seu valor próprio e cada uma com projetos próprios de futuro.’ (BARRETO, 2009, p.35-36)

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Pet. 3388/RR, relator: Ministro Carlos Ayres Britto, julgado em 19/03/2009. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto (Assistente: Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti). Requerido: União. In:< <http://www.stf.jus.br>> Acesso em 16 de fevereiro de 2010.

15 SAMPAIO, Rubens Godoy. *Crise Ética e Advocacia*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000. p. 57

consumista e hedonista, marcado pelo predomínio de uma relação que nasce do encontro do homem com as coisas e com os objetos:

A sociedade moderna, regida e organizada pelos critérios do útil, do funcional, do lucrativo, do eficaz e pelas forças do mercado, deteriora e diminui a excelência ou a virtude mesma do *ser-com-os-outros* do homem contemporâneo. E com isto, este *existir-em-comum* vai, aos poucos, adquirindo um contorno única e exclusivamente jurídico, formal e legal, destituído das virtudes da amizade, da fidelidade, da lealdade, enfim da justiça.

Ao cuidar da transição civilizacional vivida atualmente, com seus problemas e perspectivas, Paulo G. Fagundes Visentini e Analúcia Danilevicz Pereira¹⁶ destacam a possibilidade dos imperativos do individualismo e da sociedade de consumo cederem lugar a uma sociedade axiologicamente gregária:

A realidade mundial atingiu tal dinamismo sob a globalização, que se produziram novos e imensos desafios e possibilidades. É preciso identificar o impacto de tendências como a megaurbanização e o futuro do Estado-Nação. De qualquer maneira, alguns imperativos são claros: o individualismo e a sociedade de consumo (inimiga do meio ambiente) tendem a ceder lugar a uma sociedade norteada por valores societários. Por este caminho os benefícios da ciência e da civilização tenderão a ser estendidos ao conjunto da humanidade.

Sobre a necessidade de interação de culturas e o permanente diálogo entre elas como forma de fomentar a convivência pacífica, Ana Maria D'Ávila Lopes¹⁷ destaca a evolução do debate científico sobre o tema, antes centrado na idéia de multiculturalismo, e hoje incrementado pela compreensão da interculturalidade como meio de enfrentar os desafios dos direitos das minorias no século XXI:

Buscando superar algumas das deficiências do Multiculturalismo, acusado de fomentar a criação de guetos na sociedade, surge a Interculturalidade. A Interculturalidade é um conceito que, embora tenha também surgido como reação dos estados nacionais ao processo de uniformização cultural decorrente da globalização, difere substancialmente do Multiculturalismo. [...] A construção e o fortalecimento de um estado democrático exigem não apenas o reconhecimento da sua diversidade cultural, mas a implementação de políticas públicas especiais que possam garantir a pacífica

16 VISENTINI, Paulo G. Fagundes. *História do mundo contemporâneo: da Pax Britânica do século XVIII ao Choque das Civilizações do século XXI*. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 248.

17 LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Desafios e perspectivas dos direitos das minorias no século XXI*, *Nomos*, v. 28.2. Fortaleza: Edições Universidade Federal do Ceará, 2008. P. 166-168.

convivência e interação dos diversos grupos culturais que o compõem, haja vista que a defesa da diversidade cultural torna-se um imperativo ético indissociável do respeito à dignidade humana, conforme o disposto na 'Declaração Universal sobre a diversidade cultural' da UNESCO e na Constituição Federal de 1988.

A análise de políticas públicas que possam garantir a interação dos diversos grupos sociais (com o enfoque espacial no Estado de Roraima) objetivando garantir-lhes a convivência pacífica, se impõe através de uma análise da argumentação utilizada pelo Ministro Carlos Ayres Britto no caso da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol.

Ensina Celina Souza¹⁸ que não existe uma única, ou melhor, definição do que seja política pública, acrescentando que todas essas definições assumem uma visão holística do tema, uma perspectiva de que o todo é mais importante do que as partes e de que as instituições, interesses, ideologias envolvidas no processo, sempre contam, mesmo que cada um desses fatores tenha importância relativa diversa.

As políticas públicas se identificam com um processo complexo, um todo que empresta uma conotação diversa às partes que o compõe, e se concretizam em programas, ações, projetos¹⁹. Segundo leciona Edite da Penha Cunha²⁰:

As políticas públicas têm sido criadas como resposta do Estado às demandas que emergem da sociedade e do seu próprio interior, sendo expressão do compromisso público de atuação numa determinada área a longo prazo. [...] O processo de formulação de uma política envolve a identificação dos diversos atores e dos diferentes interesses que permeiam a luta por determinada questão na agenda pública e, posteriormente, a sua regulamentação como política pública. Assim, pode-se perceber a mobilização de grupos representantes da sociedade civil e do Estado que discutem a fundamentam suas argumentações, no sentido de regulamentar

18 SOUZA, Celina. Políticas Públicas: questões temáticas e de pesquisa. *Caderno CRH*, n. 39, Jul./dez. 2003. p. 12-24.

19 Segundo Joaquim Barbosa Gomes, "as ações afirmativas se definem como políticas públicas (e provadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, da idade, de origem nacional e de compleição física. Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade. Impostas ou sugeridas pelo Estado, por seus entes vinculados e até mesmo por entidades puramente privadas, elas visam a combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação, mas também a discriminação de fato, de cunho cultural, estrutural, enraizada na sociedade. De cunho pedagógico e não raramente impregnadas de um caráter de exemplaridade, têm como meta, também, o engendramento de transformações culturais e sociais relevantes, aptas a inculcar nos atores sociais a utilidade e a necessidade de observância dos princípios do pluralismo e da diversidade nas mais diversas esferas do convívio humano." (2003, p. 21-22)

20 CUNHA, Edite da Penha. Políticas Públicas Sociais. In CARVALHO, Alysson (org.). *Políticas Públicas*. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 12-15..

direitos sociais e formular uma política pública que expresse os interesses e as necessidades de todos os envolvidos.

Will Kymlicka²¹ indica quatro fatores que têm gerado interesse em torno da proteção das minorias dentro dos Estados democráticos contemporâneos: em primeiro lugar, a derrocada dos regimes comunistas do leste europeu, deflagrando uma onda de nacionalismos étnicos nessa parte do mundo; depois, o aumento do número de imigrantes nos Estados Unidos e nos Estados democráticos ricos da Europa, comprometendo a colocação dos nacionais no mercado de trabalho; em terceiro, o ressurgimento dos movimentos indígenas e sua mobilização política, com reflexos importantes nas Constituições dos países da América Latina; e, ainda, a constante ameaça de secessão em alguns países, como Espanha, Grã Bretanha, Canadá e Bélgica.

O Brasil, enquanto berço de tradicionais povos indígenas da América Latina está, portanto, sujeito aos influxos mundiais de proteção desta minoria, justificando o atual momento de desenvolvimento do Estado constitucional brasileiro, engajado na gestão dos múltiplos conflitos culturais deflagrados pela posse da terra.

Adite-se ao exposto, que as tensões sociais peculiares ao multiculturalismo, invariavelmente trazem consigo algumas indagações e desafios a serem reconhecidos e superados, conforme evidencia Boaventura de Sousa Santos e João Arriscado Nunes²²:

Como é possível, ao mesmo tempo, exigir que ‘os outros’ nos olhem como iguais e nos reconheçam os mesmos direitos de que são titulares? Como compatibilizar a reivindicação de uma diferença enquanto coletivo e, ao mesmo tempo, combater as relações de desigualdade e de opressão que se constituíram acompanhando essa diferença? Como compatibilizar os direitos coletivos e os direitos individuais? Como reinventar as cidadanias que sejam capazes, ao mesmo tempo, de ser cosmopolitas e locais? Que experiências existem neste campo e o que nos ensinam elas sobre as possibilidades e as dificuldades de construção de novas cidadanias e do multiculturalismo emancipatório?

Está-se diante de uma realidade cuja solução ainda não foi adequadamente encontrada, o que dificulta uma convivência harmoniosa entre índios e não-índios, calcada numa cultura política

21 KYMLICKA, Will. *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Barcelona: Paidós, 2003. p. 30.

22 SANTOS, Boaventura de Souza; NUNES, João Arriscado. *Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade*. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/res/pdfs/IntrodMultiPort.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2004.. p. 1..

assimilada e sentida por todos acerca dos alicerces jurídico-políticos da convivência, envolvendo a autoconsciência de si mesmos como partes de uma unidade política fundada no pluralismo, fomentada pela interpretação conjugada dos artigos 1º, V; 3º, I, II e IV; e 231, todos da Constituição Federal de 1988, ao se prever a construção de uma sociedade solidária, desenvolvida e sem preconceitos.

Sobre a aproximação do sentir constitucional como modo de integração política de um povo, Pablo Lucas Verdú²³ afirma que:

O sentimento constitucional consiste na adesão interna às normas e instituições fundamentais de um país, experimentada com intensidade mais ou menos consciente porque estima-se (sem que seja necessário um conhecimento exato de suas peculiaridades e funcionamento) que são boas e convenientes para a integração, manutenção e desenvolvimento de uma justa convivência.

4 CONCLUSÃO

Diante do exposto, vê-se que o enfoque local da presente explanação teve o propósito de viabilizar uma compreensão mais direta do contexto global da tentativa de inclusão comunitária das minorias (no caso, os índios), consequência do chamado constitucionalismo fraternal, exarado no voto vencedor do Ministro Carlos Ayres Britto.

Nesse sentido, é impostergável destacar que Roraima é um estado de expressiva população indígena, albergando, ainda, correntes migratórias diversas que produzem um ambiente fértil ao debate entre diversas culturas, reclamando intensas reflexões sobre as políticas públicas que deverão ser deflagradas a fim de pavimentar o caminho em prol da mencionada interação de culturas na região, como meio à pacificação das tensões gregárias na região.

A Advocacia-Geral da União, enquanto importante protagonista na materialização das políticas públicas de desintração dos não-índios da terra Raposa Serra do Sol, se revela também como instituição vocacionada ao fomento da interação cultural na região, concretizando a romântica argumentação constitucional proclamada pela jurisdição constitucional do STF, especialmente no que se refere ao constitucionalismo fraternal, ilação que serviu de mote às pretensões deste breve arrazoado que, espera-se, tenha aguçado o interesse sobre o tema.

²³ LUCAS VERDÚ, Pablo. O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 75

REFERÊNCIAS

BARRETO, Hélder Girão. *Direitos Indígenas: vetores constitucionais*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

CARBONELL, Miguel. *Constitucionalismo y multiculturalismo*. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derycul/cont/13/ens/ens3.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2006.

CUNHA, Edite da Penha. Políticas Públicas Sociais. In CARVALHO, Alysson (org.). *Políticas Públicas*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

DENCKER, Ada de Freitas Maneti; VIÁ, Sarah Chucid da. *Pesquisa Empírica em Ciências Humanas com Ênfase em Comunicação*. São Paulo: Futura, 2002.

DÍAZ POLANCO, Héctor. *Elogio de la diversidad*. Globalización, multiculturalismo y etnofagia. México: siglo XXI, 2006.

FRASER, Nancy. *Reconhecimento sem Ética?* Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n70/a06n70.pdf>>. Acesso em 22 fev. 2010. (artigo originalmente publicado na Revista *Theory, Culture & Society*, v. 18, p. 21-42, traduzido por Ana Carolina Freitas Lima Ogando e Mariana Prandini Fraga Assis).

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. 36. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

FREITAS, Aimerê. *Geografia e História de Roraima*. Boa Vista: IAF, 2009.

GONÇALVES, Luiz Alberto Oliveira. *O jogo das diferenças: o multiculturalismo e seus contextos*. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

HABERMAS, Jürgen, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*. Barcelona: Paidós, 1999, 189-227.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*, 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Desafios e perspectivas dos direitos das minorias no século XXI*, Nomos. v. 28.2. Fortaleza: Edições Universidade Federal do Ceará, 2008.

LUCAS VERDÚ, Pablo. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MARCONI, Mariana de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Técnicas de Pesquisa*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

MENDES JR., João. *Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*, Typ. Irmãos Hennies, 1912, Comissão Pró-Índio de São Paulo, 1988.

KYMLICKA, Will. *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Barcelona: Paidós, 2003.

OLIVEIRA, Luciano. *Sua Excelência o Comissário e Outros Ensaios de Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

RÉGIS, Wilson. *Pré-socráticos: vida e obra*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

SAMPAIO, Rubens Godoy. *Crise Ética e Advocacia*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A Crítica da Razão Indolente Contra: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2002.

_____. NUNES, João Arriscado. *Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade*. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/res/pdfs/IntrodMultiPort.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2004.

GOMES, Joaquim Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. In SANTOS, Renato Emerson. *Ações afirmativas: políticas públicas contra desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

SARTORI, Giovanni. *La sociedad multiétnica*. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros. Bogotá: Taurus, 2001.

SCHRADER, Achim. *Introdução à Pesquisa Social Empírica: um guia para o planejamento, a execução e a avaliação de projetos de pesquisa não experimentais*. Porto Alegre: Globo, 1974.

SILVA, Ângela Maria Moreira. *Normas para apresentação dos trabalhos técnicos-científicos da UFRR*: baseadas nas normas da ABNT. Boa Vista: UFRR, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: questões temáticas e de pesquisa*. *Caderno CRH*, n. 39, Jul./dez. 2003.

TORRES, Carlos Alberto. *Democracia, educação e multiculturalismo*. Dilemas da cidadania em um mundo globalizado. Petrópolis: Vozes, 1998.

TURATO, Egberto Ribeiro. *Tratado da Metodologia da Pesquisa Clínico-Qualitativa*: construção teórico-epistemológica, discussão comparada e aplicação Mn, nas áreas da saúde e humanas. Petrópolis: Vozes, 2003.

VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2009

VISENTINI, Paulo G. Fagundes. *História do mundo contemporâneo*: da Pax Britânica do século XVIII ao Choque das Civilizações do século XXI. Petrópolis: Vozes, 2008.

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Pet. 3388/RR, relator: Ministro Carlos Ayres Britto, julgado em 19/03/2009. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto (Assistente: Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti). Requerido: União. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 16 fev. 2010.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 nov. 2009.

ANÁLISE ECONÔMICA DA CONCILIAÇÃO PREVIDENCIÁRIA

ECONOMIC ANALYSIS OF CONCILIATION REGARDING SOCIAL SECURITY DISPUTES

Igor Fonseca Rodrigues

Procurador Federal

Mestrando em Direito Internacional Público pela

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO: Introdução; 1 Análise econômica do contrato de prestação de serviços de advocacia previdenciária e a problemática agente-principal; 2 Sistema de conciliação Previdenciária implantado Junto à Subseção Judiciária de Novo Hamburgo; 3 Identificação do problema agente-principal: metodologia; 4 Aplicação da metodologia no Juizado Especial Federal da Subseção Judiciária de Novo Hamburgo/RS; 5 Conclusões; Referências.

RESUMO: O “Movimento pela Conciliação”, idealizado e promovido pelo Conselho Nacional de Justiça, tem como objetivo fomentar a transação enquanto meio de solução pacífica dos litígios. No âmbito público, destaca-se a conciliação previdenciária, responsável pela extinção de número expressivo de processos judiciais em trâmite.

Todavia, constata-se que parcela relevante dos autores recusa-se a cogitar da possibilidade de conciliar com o INSS, ao argumento de que a transação implicaria sensível perda financeira.

No presente artigo, através do uso de metodologia típica da análise econômica do direito, constata-se que a perda financeira decorrente da não-aceitação de proposta de acordo é potencialmente inferior à perda financeira decorrente da mora judicial em sentenciar o processo.

PALAVRAS-CHAVE: Análise Econômica. Previdenciário. Conciliação. Honorários. Teoria dos Jogos.

ABSTRACT: The “Movement for Conciliation”, conceived and promoted by the CNJ – National Council of Justice, aims fomenting transaction as a mechanism for peaceful settlement of disputes. On the public sphere, social security conciliations stand out for being responsible for the extinction of a significant number of lawsuits in progress.

However, it appears that a relevant part of the authors refuses to contemplate the possibility of reconciling with the INSS, defending that the transaction would entail significant financial loss.

In this article, through the methodology of typical economic analysis of law, it appears that the financial loss resulting from the non-acceptance of proposed agreements is potentially inferior than the financial loss arising from the delay in judicial sentencing process.

KEYWORD: Law & Economics. Social security Law. Settles. Contingent fee. Game Theory.

INTRODUÇÃO

Em 2006 foi lançado pelo Conselho Nacional de Justiça o “Movimento pela Conciliação”. Cuida-se de programa que é reeditado a cada ano e tem como objetivo básico o desenvolvimento no Brasil da cultura da autocomposição das lides.

Tal movimento surgiu da constatação da impossibilidade fática de o Poder Judiciário atender, de forma adequada e célere a todas as demandas judiciais existentes, especialmente considerando a cultura do litígio existente no Brasil.

No desenvolvimento desse programa, conta, o CNJ, com o auxílio direto de todos os órgãos do Poder Judiciário¹, sem, entretanto, deixar de reconhecer que seu sucesso está atrelado à atuação da sociedade e dos órgãos públicos, notadamente aqueles com índices maiores de litigiosidade².

Dentre os órgãos de maior litigiosidade no Brasil, destaca-se o Instituto Nacional do Seguro Social, que contava, em janeiro de 2009, com cerca de 5,8 milhões de processos em andamento no judiciário brasileiro³.

Responsável pela consultoria e pela defesa judicial da autarquia previdenciária, a Advocacia-Geral da União, através da Procuradoria Federal Especializada do INSS, um de seus órgãos de execução, encampou a proposta do Conselho Nacional de Justiça, expedindo súmulas e orientações incentivando a conciliação judicial e ampliando a alçada das unidades locais para, independente de prévia análise dos órgãos superiores, propor e celebrar acordos.

Assim, sempre em parceria com unidades locais do Poder Judiciário, a Procuradoria Federal buscou instalar programas de conciliação em processos nos quais seja discutida matéria de fato ou matéria de Direito que já esteja pacificada pelos Tribunais Superiores e pelos Órgãos Superiores da Advocacia-Geral da União.

Nada obstante, a experiência prática demonstra que apesar do relativo sucesso dessas práticas conciliatórias, parcela substancial dos

- 1 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação n. 8, de 2007. Recomenda aos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Tribunais Regionais do Trabalho a realização de estudos e de ações tendentes a dar continuidade ao Movimento pela Conciliação. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&task=view&id=2732&Itemid=163>. Acesso em 03 fevereiro 2010
- 2 BUZZI, Marco Aurélio, NOGUEIRA, Mariella. *Conciliar é legal*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=51:conciliar-egal&catid=74:artigos&Itemid=676>. Acesso em: 03 fev. 2010.
- 3 SOALHEIRO. Marco Antônio. Ministros discutem alternativas para reduzir ações judiciais contra o INSS. Disponível em: <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2009/01/19/materia.2009-01-19.2386568865/view>>. Acesso em: 03 fev. 2010.

segurados, orientados por seus respectivos patronos, prefere seguir com o processo a buscar conciliação junto ao INSS.

O conhecimento comum (ou convencional, na linguagem utilizada pelos doutrinadores de Direito e Economia) sugere que advogados teriam interesse na prolongação do processo judicial, e que, por conta disso, orientariam seus clientes a não aceitar propostas de acordo advindas da Procuradoria Federal.

Por sua vez, a alegação usual seria a de que as propostas de acordo veiculadas pela Procuradoria Federal ensejariam prejuízo ao segurado e que, portanto, sua aceitação não seria interessante.

No presente artigo, buscar-se-á analisar a conciliação previdenciária sob a ótica do Direito e Economia⁴, com o objetivo de determinar se, de fato, práticas conciliatórias beneficiam o segurado e se o incentivo à não aceitação é justificável.

1 ANÁLISE ECONÔMICA DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADVOCACIA PREVIDENCIÁRIA E A PROBLEMÁTICA AGENTE-PRINCIPAL

Partindo-se de uma visão econômica, segundo a qual os agentes atuam de forma a maximizar seus ganhos, é possível identificar o contrato de prestação de serviços advocatícios como um “jogo de agência”.

Nestes, segundo a lição de Cooter e Ulen, um dos jogadores, chamado “principal”, coloca nas mãos de outro jogador, chamado “agente”, o controle sobre o resultado de determinado investimento⁵. Os jogadores, ao final, repartem o lucro do investimento.

As razões pelas quais o principal busca o agente para o investimento variam de negócio para negócio. No caso do contrato entre cliente e advogado, não só o advogado se torna necessário por conta de seu conhecimento jurídico, como também pelo fato de, como regra, apenas ele deter capacidade postulatória⁶.

Estabelecido o jogo, cada qual das partes buscará a maximização de seu retorno. Ocorre que nesse intento de maximizar ganhos, a depender das regras postas, as partes contratantes podem acabar

4 No que diz com atuação comportamental, a análise econômica do direito parte do pressuposto fundamental de que os agentes econômicos agem condicionadas pelos incentivos recebidos para cada ação. Nesse sentido, COOTER, Robert, ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 5. ed. Boston: Person, 2007. 581 p.

5 COOTER, op. cit., p. 203

6 BRASIL. Lei n. 5869, de 11 de janeiro de 1973, art. 36. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 03 fevereiro 2010.

por atuar contra o objetivo do próprio contrato, causando distorções indesejadas.

Uma dessas atitudes ofensivas ao objetivo do negócio é chamada *moral hazard*, ou, em tradução literal, “risco moral”, o qual é assim caracterizado pelos professores Cooter e Ulen, ao dispor acerca do comportamento de contratantes de seguros⁷:

Moral hazard arises when the behavior of the insuree changes after the purchase of insurance so that the probability of loss or the size of the loss increases. An extreme example is the insured's incentive to burn his home when he has been allowed to insure it for more than its market value. A more realistic example come from loss due theft. Suppose that you have just purchased a new sound system for your car but that you do not have insurance to cover your loss from theft. Under these circumstances you are likely to lock your car whenever you leave it, to park in well-lighted places at night, to patronize only well-patrolled parking garages, and so on.

Now suppose that you purchase an insurance policy. With the policy in force you now may be less assiduous about locking your car or parking in well-lighted places. In short, the very fact that your loss is insured may cause you to act so as to increase the probability of a loss.⁸

Esse tipo de mudança de comportamento após a celebração do contrato pode ser observada em várias situações do cotidiano, especialmente naqueles casos nos quais há uma assimetria informacional acentuada, ou seja, nas hipóteses em que uma das partes tem pouco ou nenhum conhecimento acerca do campo de atuação de seu parceiro contratual.

Outrossim, esse tipo de afronta aos objetivos do contrato é observada com frequência maior em contratos que consubstanciam um jogo de agência, na medida em que o agente, a despeito de qualquer atitude do principal, tem o controle sobre os resultados do

7 COOTER, Robert, ULEN, Thomas. *Law e Economics*. 5. ed. Boston: Person, 2007. p. 53

8 “Risco moral advém quando o comportamento do segurado muda depois da contratação do seguro de tal sorte que a probabilidade de perda ou o tamanho da perda aumenta. Um exemplo extremo é o incentivo para o segurado queimar sua casa quando tiver sido permitida a contratação de indenização maior do que o seu valor de mercado. Um exemplo mais realista vem da perda decorrente de furto. Suponha que você acabou de adquirir um novo rádio para seu carro, mas que você não tenha seguro que cubra a perda decorrente de furto. Sob essas circunstâncias você provavelmente irá trancar seu carro sempre que o deixar, estacionar em lugares bem iluminados, frequentar apenas garagens seguras e assim sucessivamente.

Agora suponha que você contratou um seguro. Com a apólice vigendo você agora pode ser menos assíduo acerca da tranca do carro ou do estacionamento em áreas bem iluminadas. Em resumo, o fato de sua perda estar segurada pode causar que você aja de forma a aumentar a probabilidade de uma perda.” (tradução livre)

negócio, e onde não exista incentivo (material ou moral) à abstenção da atuação nociva.

Levitt identificou a situação acima apresentada em contratos de corretagem imobiliária. Percebeu, este economista, que corretores de imóveis da cidade de Chicago tendem a fechar a venda de casas de seus clientes abaixo do valor máximo que poderia ser obtido, resultando na perda de alguns milhares de dólares para seus clientes, mas de apenas poucas dezenas de dólares para eles próprios. Ou seja: pela ausência de um bom incentivo à busca pelo melhor preço possível pelo imóvel de seu cliente, e pela assimetria informacional existente entre o homem médio e o especialista em mercado imobiliário, corretores são estimulados a “aceitar a primeira proposta decente que surgir”⁹.

Aplicando o arcabouço conceitual acima desenvolvido à realidade brasileira, é possível vislumbrar o potencial existente para a ocorrência da problemática agente-principal e do risco moral nos contratos de prestação de serviços advocatícios, especialmente na advocacia previdenciária, área na qual se verifica acentuada assimetria informacional entre cliente (principal) e advogado (agente).

No caso da advocacia previdenciária, o conselho de classe (Ordem dos Advogados do Brasil) indica que os honorários advocatícios devem ser cobrados em percentual do montante das parcelas vencidas, acrescido de percentual de 12 parcelas vincendas. Determina, ainda, que o percentual mínimo equivale a 20%, podendo ser negociado entre cliente e advogado percentual maior¹⁰.

Isso significa dizer que a remuneração do advogado, nas causas previdenciárias, cresce em relação direta com o tempo de duração do processo, de tal forma que o jogo de agência resta assim estruturado.

Cliente (principal)	Advogado (agente)		
		Trabalha para acelerar o julgamento	Não trabalha para acelerar o julgamento
Ajuíza ação		$\%A(X)$ $\%P(X)+Y$	$\%(A)(X+Y)$ $\%(P)(X+Y)$
Não ajuíza ação		0 0	0 0

9 LEVITT, Steven D., DUBNER, Stephen J. *Freakonomics: O lado oculto de tudo que nos afeta*. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 9

10 BRASIL. Resolução OABRS n. 07, de 21 de agosto de 2009. Dispõe sobre a remuneração mínima das atividades dos Advogados e apresenta Tabela de Honorários Advocatícios no Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: < http://www.oabrs.org.br/tabela_honorarios.php>. Acesso em: 03 fev. 2010.

Onde:

%A = Percentual das parcelas vencidas cobradas pelo Advogado

%P = Parcelas vencidas, descontado %A

X+Y = Tempo médio (em meses) do curso de uma ação previdenciária

X = Tempo médio (em meses) do curso de uma ação previdenciária na qual são usados meios para acelerar seu trâmite, acrescido de 12 parcelas vincendas

A construção acima dá conta de que, para o Cliente, seu jogo dominante (i.e. estratégia que lhe traz melhor resultado) será sempre buscar o ajuizamento da ação, independentemente da opção do Advogado, enquanto que, para o Advogado, ciente da estratégia do cliente, o jogo dominante será sempre não trabalhar de forma que a ação seja julgada no menor tempo possível.

Disso decorre a inexistência de incentivo prático para que o advogado previdenciário busque a solução que maximize os ganhos de seu cliente.

Tal panorama dá conta de que, sem interferência externa, é esperada uma atuação do advogado previdenciário contra a celeridade processual.

Um dos meios tradicionais de abreviação da duração do processo é, notadamente, a transação judicial, figura em que as partes abrem mão de parcela do julgamento esperado em prol de uma solução consensual, de tal sorte que ambas terminem o litígio em posição juridicamente superior àquela decorrente do curso regular do feito.

Nada obstante, na medida em que a conciliação no âmbito previdenciário implica, no mais das vezes, redução do montante de parcelas vencidas e abreviação significativa do feito, a forma de remuneração supra descrita faz com que as regras do jogo não se traduzam em incentivo à busca da transação, na ótica do advogado previdenciário.

A título de incentivo à busca pela conciliação, e desincentivo ao risco moral, verifica-se a existência de alguns dispositivos no Estatuto da OAB e no Código de Ética da OAB, abaixo transcritos

LEI Nº 8.906, DE 4 DE JULHO DE 1994.

Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

[...]

Art. 34. Constitui infração disciplinar:

[...]

IX - prejudicar, por culpa grave, interesse confiado ao seu patrocínio;

[...]

Art. 35. As sanções disciplinares consistem em:

I - censura;

II - suspensão;

III - exclusão;

IV - multa.

Parágrafo único. As sanções devem constar dos assentamentos do inscrito, após o trânsito em julgado da decisão, não podendo ser objeto de publicidade a de censura.

Art. 36. A censura é aplicável nos casos de:

I - infrações definidas nos incisos I a XVI e XXIX do art. 34;

II - violação a preceito do Código de Ética e Disciplina;

[...]

Art. 37. A suspensão é aplicável nos casos de:

[...]

II - reincidência em infração disciplinar.

[...]

Art. 38. A exclusão é aplicável nos casos de:

I - aplicação, por três vezes, de suspensão;

[...]

Parágrafo único. Para a aplicação da sanção disciplinar de exclusão, é necessária a manifestação favorável de dois terços dos membros do Conselho Seccional competente.

CÓDIGO DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB

TÍTULO I

DA ÉTICA DO ADVOGADO

CAPÍTULO I

DAS REGRAS DEONTOLÓGICAS FUNDAMENTAIS

[...]

Art. 2º [...]

[...]

Parágrafo único. São deveres do advogado:

[...]

VI – estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios;

O conjunto de normas acima dá conta de que, inicialmente, o estímulo à conciliação aparece como dever do advogado apenas no Código de Ética da OAB, não estando incluído no Estatuto da OAB.

Além disso, apenas quando comprovadamente o desestímulo à conciliação tiver, por culpa grave do patrono, causado prejuízo ao cliente, poderá ser sujeito o advogado ao regime de sanções disciplinares do conselho de classe.

Quanto às sanções, observa-se que a punição por excelência ao trabalho contrário ao interesse do cliente é a censura, à qual não pode ser sequer dada publicidade. Apenas com a reincidência da pena de censura, caso não existam na hipótese específica nenhuma causa atenuante, poderá essa atuação encerrar pena de suspensão.

Finalmente, apenas com a aplicação efetiva da pena de suspensão por três vezes o patrocínio infiel pode gerar a exclusão do profissional dos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

Em resumo, o desincentivo a práticas conciliatórias, malgrado esteja previsto como violação ao código de ética, não é efetivamente coibido, por conta da dificuldade de caracterização dessa conduta, bem como pelo extenso *iter* a ser trilhado para que se alcance alguma sanção relevante (devendo, ainda, ser destacada a inerente contradição da “censura secreta” prevista pelo EOAB).

Além disso, a própria prática de atos contra o interesse legítimo do cliente também sofre do mesmo problema acima exposto, sendo irrelevante o fato de estar, diferentemente do dever de estímulo à conciliação, previsto no EOAB. Sua punição efetiva, além de depender da caracterização da culpa grave, conceito jurídico indeterminado, exige a reiteração sucessiva da conduta.

Quanto à perseguição penal por conta do crime de patrocínio infiel, previsto no art. 355 do Código Penal, pesquisa jurisprudencial não foi capaz de encontrar um único caso no qual um advogado tenha sido julgado e condenado.

Conclui-se, pois, que sob uma perspectiva puramente jurídico-econômica, o advogado previdenciário não possui incentivo prático ao estímulo a práticas conciliatórias. Bem assim, inexistente desincentivo eficaz a uma atuação contrária a uma transação que represente vantagem

econômica real ao cliente, mas que contenha, como contrapartida, desvantagem econômica real ao advogado.

O patrocínio fiel da causa previdenciária resta, sob esse prisma, dependente apenas da boa-fé e dos valores morais da pessoa do advogado, não sendo promovido pelo arcabouço jurídico ou pelos termos do contrato de honorários.

De outra banda, há que se observar que o desestímulo à conciliação somente pode ser visto como nocivo ao cliente nas hipóteses em que efetivamente a transação constitua um benefício a este.

Esse elemento, por óbvio, depende do trâmite particular de cada espécie de processo, bem como de elementos próprios de cada unidade do Poder Judiciário.

Logo, sua detecção deve se dar de forma específica, o que, se de um lado torna mais difícil verificar a validade da teoria acima defendida, assegura que os dados e conclusões obtidas gozam de confiabilidade e aplicabilidade.

No presente estudo, optou-se por desenvolver a metodologia de verificação da validade da hipótese apresentada a partir da experiência da Subseção Judiciária da Justiça Federal de Novo Hamburgo¹¹, Estado do Rio Grande do Sul.

Parte-se, pois, para a análise do sistema de conciliação de Novo Hamburgo, para posteriormente se elaborar a metodologia para identificação de eventual problema agente-principal e de prática de patrocínio infiel.

2 SISTEMA DE CONCILIAÇÃO PREVIDENCIÁRIA IMPLANTADO JUNTO À SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE NOVO HAMBURGO

Na cidade de Novo Hamburgo, no âmbito do esforço concertado pelo Juizado Especial Federal e pela Procuradoria Federal¹² para reduzir o volume de processos em trâmite, foi instituído um procedimento diferenciado para lides envolvendo benefícios previdenciários decorrentes de incapacidade laboral do segurado.

Nestes, uma vez que a discussão resume-se, na maioria dos casos, à adequação da perícia médica do INSS, a ser confrontada através de perícia elaborada por perito de confiança do juízo, observou-se que o

11 A referida escolha se deu pela existência de um sistema de conciliação já consolidado e pela disponibilidade dos dados referentes aos processos que ingressaram no referido sistema.

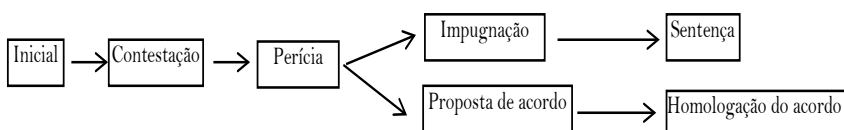
12 Representada, nesse âmbito, pela Procuradoria Federal Especializada do INSS

procedimento usual (Inicial – Contestação – Perícia – Manifestação das partes – Sentença) não se mostrava o mais eficiente.

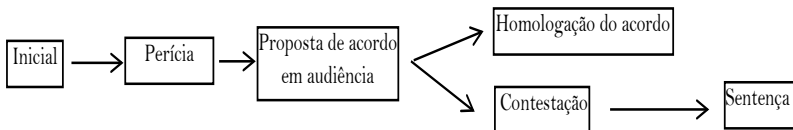
Assim, foi estipulada a inversão da instrução processual, de tal sorte que a perícia é realizada logo após o ajuizamento da demanda, em datas pré-agendadas, com acompanhamento do assistente técnico do INSS. Após o resultado da perícia, marca-se audiência de conciliação, a qual, frustrada, dá azo à abertura de prazo para oferecimento de contestação e posterior prolação da sentença, caso inexistam outros incidentes processuais relevantes.

Ambos os procedimentos podem assim ser esquematizados, na hipótese de perícia favorável ao autor, sem discussão quanto à qualidade de segurado:

Procedimento comum:



Procedimento alterado:



Uma rápida análise dos fluxogramas acima demonstra que no procedimento adotado em Novo Hamburgo o processo tramita de forma mais célere (pois uma das fases – ciência e impugnação da perícia – é eliminada), além de ser um procedimento que incentiva a realização de conciliações, uma vez que a aceitação do acordo proposto gera uma antecipação da implantação do benefício.

A experiência mostra que referida alteração efetivamente promoveu um incremento no número de conciliações efetuadas no âmbito da Justiça Federal de Novo Hamburgo, (fala-se em níveis de 70 a 80% de aceitação). Nada obstante, há ainda uma parcela significativa de não-aceitação das propostas.

Referidas recusas usualmente são fundamentadas verbalmente por segurados e patronos, sob a alegação de que o deságio proposto pela Procuradoria Federal, 20%, representa prejuízo significativo para o segurado, uma vez que há certeza do julgamento da lide de forma pelo

menos idêntica à proposta oferecida, já que a prova do direito alegado já fora produzida.

Nada obstante a alegação de existir certeza de julgamento seja temerária, na medida em que o erro de avaliação do Procurador Federal ou do Juiz Federal é uma possibilidade inerente às lides forenses, na prática verifica-se ser verdadeira.

Casos em que, não aceito o acordo, sobrevém sentença de improcedência são tão raros que podem ser estatisticamente desprezados.

Logo, em uma primeira análise, de fato não haveria risco para o segurado, de tal sorte que a aceitação do acordo representaria uma perda econômica, compensada unicamente pela antecipação da implantação do benefício previdenciário.

Todavia, essa se mostra uma conclusão errônea, na medida em que deixa de considerar todos os elementos econômicos do processo previdenciário.

A antecipação da implantação do benefício representa, além da garantia do sustento diário do segurado (elemento que não deve ser desprezado economicamente, malgrado seja de difícil valoração objetiva), o limite sobre o montante devido pelo segurado ao seu patrono.

Propõe-se, pois, uma metodologia de análise que permita determinar todos os custos econômicos do processo previdenciário e sirva como critério para a identificação da vantajosidade da conciliação para o segurado.

3 IDENTIFICAÇÃO DO PROBLEMA AGENTE-PRINCIPAL: METODOLOGIA

De início, impõe-se sejam elencados os elementos envolvidos no trâmite do processo previdenciário que são irrelevantes para a análise em questão, por não representarem custo ao segurado ou por não variarem em relação à forma de extinção do processo (acordo ou julgamento).

As custas processuais, além de inexistirem na primeira instância microsistema dos juizados especiais, por força do art. 54 da Lei 9.099/95¹³¹⁴, ainda são afastadas pela concessão do benefício da Assistência

13 “ Art. 54. O acesso ao Juizado Especial independará, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas.”

14 BRASIL. Lei n. 9099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L9099.htm>>. Acesso em: 03 fev. 2010.

Judiciária Gratuita (AJG)¹⁵, sendo raras as situações nas quais o segurado goze de situação financeira tão benéfica que inviabilize sua aplicabilidade. Assim, a taxa judiciária é irrelevante para a análise em apreço.

Da mesma forma, os honorários periciais estão ao abrigo do art. 54 supra referido, bem como do benefício da AJG.

Também não deve entrar na análise econômica da vantajosidade da conciliação qualquer parcela fixa cobrada a título de honorários advocatícios. Assim, valores cobrados a título de consulta e percentual sobre parcelas vincendas restam excluídos da metodologia proposta.

Outrossim, uma vez que, na Subseção Judiciária de Novo Hamburgo, seja entendimento pacífico de todos os julgadores ser devida a concessão de antecipação de tutela por ocasião da prolação da sentença que determine a implantação de benefício por incapacidade laboral¹⁶, valores vencidos após o mês em que publicada a sentença merecem ser excluídos da análise.

O microsistema dos Juizados Especiais afasta, ainda, a incidência de honorários de sucumbência no primeiro grau de jurisdição, razão pela qual são estes desimportantes para o presente estudo.

De ser ressaltado, ainda, que a metodologia em tela somente pode ser aplicada nos casos em que a proposta de acordo seja idêntica ao julgamento esperado do feito.

Nos casos em que a proposta se encontra abaixo do resultado esperado do feito, a conciliação se mostra estratégia manifestamente nociva ao segurado, sendo, nesse caso, dever do patrono agir contra sua aceitação, tanto em favor próprio quanto em favor do cliente.

Já quando a proposta se apresenta superior ao julgamento esperado, sua aceitação é estratégia dominante tanto para o advogado quanto para o cliente, hipótese na qual também não existirá o problema agente-principal.

Portanto, para a elaboração de estatísticas de aceitação de acordos, devem ser excluídos todos os processos nos quais, não aceita a proposta, a sentença prolatada dela diverge.

15 BRASIL. Lei n. 1060, de 05 de fev. de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L1060.htm>>. Acesso em: 03 fevereiro 2010.

16 Ou seja, auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, benefício assistencial e auxílio-acidente.

Excluídos os elementos acima, restam apenas, como custos do processo previdenciário para o segurado, os honorários advocatícios fixados sobre percentual das parcelas vencidas.

Referidos honorários, como já explanado alhures, variam em função do tempo de duração de processo.

Portanto, para que uma transação judicial represente efetivo proveito econômico (além da implantação antecipada do benefício e recebimento mais célere dos valores em atraso), o deságio envolvido deve representar valor menor que o incremento no valor devido ao advogado a título de honorários advocatícios sobre a quantidade de meses em que o processo é abreviado.

Matematicamente, assim pode ser representado o raciocínio acima proposto:

$$P1(1 - DP)(1 - HA) + P2 > P1(1 - HA) + P2(1 - HA)$$

Onde:

$P1$ = Parcelas vencidas até o mês da propositura de acordo;

$P2$ = Projeção de meses até a prolação da sentença em caso de não aceitação de acordo;

HA = Valor percentual dos honorários advocatícios estabelecidos

DP = Deságio proposto pela Procuradoria Federal

Passa-se às considerações acerca de cada elemento da fórmula.

Quanto às parcelas vencidas até o mês da propositura de acordo, observa-se existir uma tendência de Mercado, dependente de fatores como a disponibilidade de advogados no local, a quantidade de indeferimentos administrativos e a confiança no Poder Judiciário como forma de solução do problema do segurado.

Assim, é razoável esperar que cada localidade tenha uma média de meses entre o indeferimento ou cancelamento do benefício por incapacidade laboral e o oferecimento de proposta de conciliação pela Procuradoria Federal.

O número de meses que o processo leva para ser julgado após a não aceitação de proposta de acordo também é dado variável conforme a situação local, considerando especialmente a litigância

do Procurador Federal atuante no feito e a agilidade na prolação da sentença por cada Juízo.

O Deságio proposto pela Procuradoria Federal, varia em cada unidade, mas não entre processos da mesma Subseção Judiciária, na medida em que, a fim de evitar quebra de isonomia, a maioria das unidades da Procuradoria Federal opta pelo oferecimento de um deságio-padrão, o qual somente sofre variações em caso excepcionais.

Finalmente, os Honorários Advocatícios sobre parcelas vencidas tendem, pela lei da oferta e procura, a um valor similar entre advogados da mesma região. A obtenção desse dado, todavia, mostra-se mais complexa, por conta de certa resistência que profissionais da área possuem em revelar formalmente o quanto cobram a título de honorários advocatícios.

Nada obstante, é possível extrair esse valor tanto de aproximações informais quanto de processos em que, a fim de receber diretamente a parcela que lhe corresponde, o patrono acosta aos autos o contrato de honorários.

4 APLICAÇÃO DA METODOLOGIA NO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE NOVO HAMBURGO/RS

A coleta de dados para o presente estudo partiu da relação de processos submetidos ao procedimento especial de conciliação previdenciária descrito no ponto III entre os meses de Abril e Julho de 2009, excluídos aqueles em que não houve oferecimento de proposta de acordo por parte da Procuradoria Federal, bem como aqueles em que, frustrada a conciliação, a sentença prolatada divergiu da proposta.

Alcançou-se, assim, o quantitativo de 242 processos, dos quais foi possível extrair as seguintes informações:

- em 74,38% (180) dos processos houve aceitação da proposta de acordo;
- quando da propositura da conciliação, há, em média, 5,55 parcelas vencidas, valor este que se mantém razoavelmente estável entre os quatro meses analisados¹⁷;

¹⁷ 7,47 parcelas em Abril, 5,02 em Maio, 5,37 em Junho e 5,3 em Julho

- após tentativa de conciliação frustrada, a sentença com antecipação de tutela é concedida, em média, em três meses, valor este que não apresenta variação substancial mês a mês¹⁸;

O valor proposto pela Procuradoria Federal a título de deságio foi, no período, equivalente a 20% das parcelas vencidas entre o indeferimento administrativo e o primeiro dia do mês em que proposto o acordo.

Quanto aos honorários advocatícios, pesquisas informais determinaram que o menor valor cobrado em Novo Hamburgo representa 30% das parcelas vencidas (pagas mediante RPV).

Aplicando-se a fórmula desenvolvida acima ao caso concreto, tem-se o seguinte resultado:

- a) não aceitação da proposta de acordo

$$\begin{aligned} & P1(1 - HA) + P2(1 - HA) \\ & 5,55(1 - 0,30) + 3(1 - 0,30) \\ & 3,885 + 2,1 \\ & 5,985 \end{aligned}$$

Logo, em caso de não aceitação do acordo, o segurado, ao final do processo, recebe, em média, 5,985 das 8,55 parcelas em discussão, o que representa 70% do valor da condenação.

- b) aceitação da proposta de acordo

$$\begin{aligned} & P1(1 - DP)(1 - HA) + P2 \\ & 5,55(1 - 0,3)(1 - 0,2) + 3 \\ & 3,108 + 3 \\ & 6,108 \end{aligned}$$

Logo, em caso de aceitação da proposta de acordo, o segurado, ao final do processo, recebe, em média, 6,108 das 8,55 parcelas em discussão (3,108 efetivamente pagas no âmbito do processo judicial, mais 3 recebidas administrativamente em sua integralidade), o que representa 71,43% do valor da lide.

Portanto, é possível concluir que, no âmbito do programa de conciliação previdenciária da Subseção da Justiça Federal de Novo Hamburgo, a aceitação da proposta de acordo oferecida pelo INSS representa, além da antecipação em três meses da implantação do benefício, um ganho real de 2,04% em comparação com a não aceitação da proposta.

¹⁸ 3,83 meses em Abril, 3,07 em Maio, 2,75 em Junho e 2,92 em Julho

5 CONCLUSÕES

No presente estudo foi possível qualificar o contrato de prestação de serviços advocatícios na área previdenciária como típico jogo de agência, constatando-se, ainda, a inexistência de incentivos ao melhor desempenho do agente (advogado) com relação aos interesses do principal (cliente).

Tal situação, no âmbito de projetos de conciliação previdenciária, traz o potencial de se trasladar em resistência, por parte do advogado, à aceitação de propostas de acordo, por mais vantajosas que sejam ao cliente, potencialmente frustrando projetos como o “Movimento pela Conciliação”.

Aplicada a referida hipótese à prática da Subseção Judiciária de Novo Hamburgo/RS, observou-se que, de fato, a conciliação previdenciária representa ganho efetivo ao segurado, de tal sorte que resistências apresentadas por advogados da área consubstanciam, ao final, prática prejudicial aos interesses do cliente.

Deve ser observado, por oportuno, que as varas do Juizado Especial Federal da Subseção Judiciária de Novo Hamburgo são tidos como mais céleres que a média regional, alegação essa que, aparentemente, é suportada pelas estatísticas mensais da Justiça Federal.

Logo, ainda que a diferença constatada neste estudo (menor de três por cento) não seja expressiva, vislumbra-se uma tendência de agravamento em Subseções Judiciárias com trâmite processual menos célere. A confirmação desse dado, contudo, pende de análises específicas.

Foi verificado, também, a inexistência de elementos normativos que tenham o potencial de coibir essa prática, o que a agrava, dada a assimetria informacional entre advogado e cliente.

Logo, mostra-se necessária a criação de formas que alterem a estrutura de estratégias observadas na relação cliente-advogado, de tal forma que seja benéfico ou, ao menos, desimportante para o advogado a abreviação do processo judicial.

Somente assim, com a sintonia de interesses entre ambos os jogadores, poder-se-á confiar no sucesso de práticas conciliatórias no âmbito previdenciário.

Alternativamente, trabalhos no sentido de minimizar a assimetria informacional hoje existente também poderiam servir como paliativos ao problema apresentado, sem, todavia, possuir o condão de solucioná-lo.

Em suma, maiores estudos e reflexão acerca da forma como o sistema judiciário brasileiro (conceito que inclui, além do Poder Judiciário em si, todos os atores do processo) está estruturado, buscando reformas no sentido de potencializar sua eficiência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 5869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 03 fev. 2010.

BRASIL. Lei n. 8906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 03 fev. 2010.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 03 fev. 2010.

BRASIL. Lei n. 9099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L9099.htm>>. Acesso em: 03 fev. 2010.

BRASIL. Lei n. 1060, de 05 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L1060.htm>>. Acesso em: 03 fev. 2010.

BRASIL. Resolução OABRS n. 07, de 21 de agosto de 2009. Dispõe sobre a remuneração mínima das atividades dos Advogados e apresenta Tabela de Honorários Advocatícios no Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.oabrs.org.br/tabela_honorarios.php>. Acesso em: 03 fev. 2010.

BRASIL. Lei n. 8906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 03 fev. 2010.

BRASIL. Código de Ética e Disciplina da OAB. Disponível em: <http://www.oabrs.org.br/cod_etica_disciplina.php>. Acesso em: 03 fev. 2010.

COOTER, Robert, ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 5. ed. Boston: Person, 2007. 581 p.

LEVITT, Steven D; DUBNER, Stephen J. *Freakonomics: O lado oculto de tudo que nos afeta*. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

A PARASSUBORDINAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO: PERSPECTIVAS DE UMA RELEITURA DA SUBORDINAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

PARASUBORDINATION IN LABOR LAW: PANORAMA OF A REREADING OF THE SUBORDINATION IN THE BRAZILIAN LAW

*Lucas dos Santos Pavione,
Procurador Federal, Pós-Graduado em Direito Civil e Processual Civil pela
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC.
Co-autor da obra Improbidade Administrativa.
Coordenador e Co-autor da obra Estudos Dirigidos – OAB – CESPE*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Subordinação enquanto Elemento Caracterizador da Relação De Emprego; 1.1 Subordinação e Autonomia na Relação de Trabalho; 2 A Parassubordinação e seu Enquadramento entre o Trabalho Autônomo e o Trabalho Subordinado ; 2.1 Regime Jurídico Aplicável ao Trabalho Parassubordinado na Itália; 2.2 o Contrato a Projeto; 3. Da releitura do Conceito Clássico de Subordinação e da sua Contraposição ao Instituto da Parassubordinação; A Crise da Subordinação Jurídica; 3.2 Da Necessidade de se Repensar o Critério da Subordinação: a adoção do critério da dependência econômica e a possibilidade de extensão das normas protetivas ao trabalho parassubordinado; 3.3 A Parassubordinação e o Direito Brasileiro; 3.3.1 Tendências Jurisprudenciais; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho destina-se ao estudo do instituto da parassubordinação, originário da Itália e representativo de um terceiro gênero entre a subordinação e a autonomia, e sua possível recepção no Direito Brasileiro. Para tanto, partimos de uma análise do clássico conceito da subordinação, enquanto elemento nuclear da relação de emprego, propondo uma ampla rediscussão e releitura de seu conteúdo diante de sua insubsistência para a caracterização das novas formas de trabalho atípicas surgidas a partir da década de 70, dentre as quais o trabalho parassubordinado. Estabelecidas as bases legais e doutrinárias do trabalho parassubordinado, procuramos propor, então, a reintegração do critério da dependência econômica como porta de entrada destas novas formas de trabalho - que já se observam na prática, conquanto carentes de regulamentação específica - para todo o sistema protetivo construído pelas normas trabalhistas.

PALAVRAS-CHAVE: Parassubordinação. Subordinação. Dependência. Empregado.

ABSTRACT: This present paper intends to study the institute of parassubordination, originally from Italy and representative of a third kind between subordination and autonomy, and its possible reception by the Brazilian Law. In order to do so, we start from an analysis of the classical concept of subordination, as a core element of the employment relationship, suggesting a new large discussion and rereading of its content facing its invalidity to characterizing new forms of atypical employment that emerged in the seventies and on, with the parasubordinate work being one of them. Legal and doctrinaire basis of parasubordinate work being established, we attempt to propose, then, the new integration of the criterion of the economical dependence as acceptance of these new forms of working - that are already observed in practice despite the fact of lacking in specific regularization- to the whole protective system built by the labor laws.

KEYWORDS: Parasubordination. Subordination. Dependency. Employee.

INTRODUÇÃO

Decerto, uma das principais características do Direito do Trabalho é sua grande proximidade com a realidade, o que torna este ramo mais sensível e expansionista às constantes transformações observadas na sociedade, quando estas dizem respeito às relações de trabalho.

São inevitáveis, assim, as constantes rediscussões acerca dos seus diversos institutos afetos, alguns, inclusive, de longa sedimentação histórica e presentes na própria estrutura do Direito do Trabalho.

O critério da subordinação – elemento nuclear de diferenciação das várias relações de trabalho – não passou imune a todos estes processos de transformação; antes disso, representou um núcleo pulsante de embates doutrinários e jurisprudenciais necessários para que a própria relação de emprego acompanhasse a evolução da realidade.

Dessa forma, é importante que se estabeleça um delineamento do trabalho subordinado e sua contraposição ao trabalho autônomo.

Neste contexto demonstra-se relevante pontuar o instituto da parassubordinação, que representa uma *zona grís* entre a subordinação e a autonomia e que atualmente vem ganhando grande repercussão principalmente em alguns países europeus.

Mais uma vez vem à tona a rediscussão do clássico conceito de subordinação, em um possível alargamento de seus conceitos para abranger estas novas formas de trabalho parassubordinado, que à míngua de qualquer regulamentação já se encontra presente em nossa realidade.

Uma vez pontuados os principais aspectos da parassubordinação e a releitura do critério da subordinação, será proposta discussão versando sobre possível receptibilidade no ordenamento jurídico pátrio daquele instituto, contrapondo-o às escassas menções que o instituto até o presente momento recebeu na jurisprudência de nossos Tribunais.

1 A SUBORDINAÇÃO ENQUANTO CARACTERIZADOR DA RELAÇÃO DE EMPREGO

A relação de emprego caracteriza-se pela presença simultânea dos requisitos clássicos: pessoa natural, personalidade, onerosidade, não-eventualidade e subordinação (Arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis Trabalhista - CLT).

Dentre tais requisitos a subordinação ganha maior proeminência, principalmente por ser um dos aspectos determinantes na diferenciação entre relação de emprego e relação de trabalho.

Segundo Maurício Godinho Delgado, a subordinação consiste “na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços”.¹

Deste conceito abstrai-se o entendimento majoritário de que a subordinação existente na relação de emprego é jurídica – nada obstante a referência à palavra dependência no Art. 3.º da CLT –, concepção surgida a partir da vasta discussão superação dos demais modelos ou critérios propostos desde os primórdios de sistematização do Direito do Trabalho, quais sejam, os critérios da subordinação técnica, da dependência econômica, dependência moral e o critério da subordinação social.

A subordinação é analisada, destarte, sob o aspecto objetivo, ou seja, foca-se no exercício ou prestação da atividade laboral, em contraposição ao aspecto subjetivo, segundo o qual a subordinação incidiria sobre a pessoa do trabalhador e sua qualidade de hipossuficiente na relação. Assim, pelo aspecto objetivo da subordinação, a prestação de trabalho é integrada aos fins da empresa, concepção bem mais ampla do que a mera intensidade do poder hierárquico exercido pelo empregador sobre a pessoa do trabalhador.

Alice Monteiro de Barros aponta, todavia, a insuficiência da integração do trabalhador na organização empresarial como critério autônomo para determinar a existência de um contrato de emprego, sendo apenas, um fundamento teórico para a conceituação do trabalhador subordinado. Segundo a autora, com supedâneo na moderna doutrina italiana, a integração do trabalhador na organização empresarial também pode ocorrer com relação ao trabalhador autônomo. Assim, é necessário que a esta integração associe-se a observância por parte do trabalhador das diretivas do empregador acerca da prestação e ao seu poder disciplinar.²

A partir desta clássica conformação a subordinação se firmou com destaque para a definição da incidência das diversas normas protetivas voltadas a uma classe de trabalhadores tutelados.

1.1 SUBORDINAÇÃO E AUTONOMIA NA RELAÇÃO DE TRABALHO

Os conceitos de autonomia e subordinação são tratados de maneira dicotômica no Direito do Trabalho. O trabalho autônomo possui como

1 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 302.

2 Cf. BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 277-278.

elemento essencial que o difere do vínculo empregatício a ausência de subordinação jurídica, razão pela qual não se lhes estende a tutela material do Direito do Trabalho. Por esta razão, não cuidou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) de conceituar o trabalhador autônomo.

Sérgio Pinto Martins define o trabalhador autônomo como “a pessoa física que presta serviços habitualmente por conta própria a uma ou mais de uma pessoa, assumindo os riscos da sua atividade econômica”.³

O trabalhador autônomo dirige sua própria atividade e, logicamente, suporta os riscos da exploração econômica da mesma.

Neste caso, o trabalhador autônomo é remunerado apenas pelo resultado útil do serviço prestado e, em virtude de o tomador dos serviços interessar-se apenas pelo resultado do trabalho, não se dispõe a correr os riscos inerentes à sua execução, daí porque também não se interessa em interferir no modo como o trabalho é desenvolvido.

Nada obstante existirem definições teóricas bem apartadas, certo é que na prática nunca foi fácil apartar relações de trabalho de natureza subordinada e autônoma, o que se tornou ainda mais dificultoso com o surgimento do instituto da parassubordinação, que se situa entre aquelas espécies de relação de trabalho.

2 A PARASSUBORDINAÇÃO E SEU ENQUADRAMENTO ENTRE O TRABALHO AUTÔNOMO E O TRABALHO SUBORDINADO

HISTÓRICO

As discussões sobre a existência do trabalho parassubordinado surgiram na década de cinquenta na Itália, quando a subordinação jurídica clássica dava indícios de que passaria por uma crise iminente.

Segundo Pinho Pedreira a insuficiência dos critérios de autonomia e subordinação para a definição de algumas relações de trabalho existentes foi o ponto de partida para as discussões, apontando como fatores que contribuíram para este quadro o surgimento de novas formas de trabalho e a existência de super-proteção para alguns trabalhadores subordinados, enquanto os autônomos ficavam à míngua de qualquer proteção jurídica.⁴

3 MARTINS, Sérgio Pinto. Trabalhador Autônomo. *Revista LT*; São Paulo, SP, v. 69, nº 02, p. 158-165, fev. 2005.

4 PEDREIRA, Pinho. “Da “Velha” Parassubordinação ao Novo Contrato de Trabalho a Projeto. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 122, p. 343-352, abr-jun. 2006.

A doutrina aponta a normatização inicial do trabalho parassubordinado com a edição da lei 741/59, em que se atribuiu ao governo a disciplina das relações de colaboração que se concretizassem em prestações de obra continuativa e coordenada.

Tais relações ficaram conhecidas pela sigla “*co.co.co*”, representativa das sílabas iniciais das palavras *collaborazione, continuative e coordinate*.

As discussões doutrinárias e jurisprudenciais somente se intensificaram a partir da edição da Lei 533/73, que alterou o Art. 499 do Código de Processo Civil Italiano, que está inserido no Livro II, Título IV, reservado à disciplina das normas para a solução de controvérsias em matéria de labor. Referido dispositivo passou a ter a seguinte redação:

Si osservano le disposizioni del presente capo nelle controversie relative a:

[...]

3) rapporti di agenzia, di rappresentanza commerciale ed altri rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato;

O dispositivo menciona como formas principais de trabalho parassubordinado o contrato de agência e o contrato de representação comercial. A menção a estas duas figuras é meramente exemplificativa, uma vez que há menção expressa à possibilidade de enquadramento de outras relações de colaboração.

DEFINIÇÃO

A priori, a relação de parassubordinação seria um *tertium genus* entre a relação de emprego e o trabalho autônomo ou livre. Trabalhadores que virtualmente seriam considerados autônomos são englobados ao processo produtivo pelo empreendimento empresarial, tornando-se responsáveis por alguns resultados e obrigações.

Otávio Pinto e Silva define o trabalho subordinado como “[...] relações de trabalho de natureza contínua, nas quais os trabalhadores desenvolvem atividades que se enquadram nas necessidades organizacionais dos tomadores de seus serviços, tudo conforme estipulado em contrato, visando colaborar para os fins do empreendimento”.⁵

⁵ SILVA, Otávio Pinto e. *Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, p. 102.

Os principais estudiosos do tema elencam como principais elementos constitutivos da relação de trabalho parassubordinado a continuidade da relação, a natureza preponderantemente pessoal e a existência de colaboração ou ligação funcional entre o trabalho do prestador de serviços e a atividade explorada pelo tomador destes serviços. Agregamos, ainda, a estes elementos a dependência econômica.

A continuidade na prestação dos serviços é caracterizada por uma necessidade do tomador que se protraí no tempo e é atendida prontamente pelo prestador, imprimindo habitualidade na prestação. Assemelha-se, dessa forma, à característica da não-eventualidade, presente na relação de emprego, sendo certo que a prestação ocasional de serviços desconfigura o trabalho parassubordinado. Nas palavras de Otávio Pinto e Silva “a continuidade está vinculada a necessidades que de certo modo possuem um caráter mais duradouro, sendo irrelevante a circunstância de que a prestação de trabalho não se desenvolva de forma exclusiva”.⁶

Com relação à natureza pessoal da prestação de serviços esta característica não deve ser confundido com a natureza *intuitu personae* da relação de emprego. No trabalho parassubordinado pressupõe-se apenas a prevalência da prestação pessoal, admitindo-se, assim, que o prestador possa se valer da ajuda de terceiros, desde que sob a supervisão daquele e em caráter complementar ou acessório à atividade principal desempenhada.

A colaboração, ligação funcional ou coordenação representa a junção dos objetivos traçados pelo prestador e pelo tomador. Otávio Pinto e Silva assim disserta sobre esta característica:

A atividade do trabalhador é indispensável para que o tomador possa atingir os fins sociais ou econômicos que persegue. Os resultados produtivos da atividade do colaborador devem se unir aos da atividade do próprio tomador dos serviços, observando para tanto critérios qualitativos, quantitativos e funcionais.⁷

Na relação de parassubordinação existe uma espécie de supervisão ou controle sobre a organização do trabalho do prestador por parte do tomador dos serviços, mas que, em tese, não se confundia com aquele poder diretivo ínsito à relação de trabalho subordinado. O prestador possui certa autonomia na forma como desempenha suas atividades e se submete a resultados previamente determinados pelo tomador, mediante o estabelecimento do modo, tempo e lugar da execução dos serviços.

6 SILVA, op. cit., p. 105. Entendemos que a intermitência também não é circunstância hábil a afastar a existência do trabalho parassubordinado.

7 SILVA, op. cit.

Em pertinente comparação, ressalta Murilo Sampaio Carvalho Sampaio Oliveira que “o parassubordinado é mais subordinado no resultado do que o autônomo e mais autônomo no modo de fazer do que o trabalhador subordinado, restando, assim, a nova *fattispecie* uma posição intermediária”.⁸

Giuseppe Ferraro aponta ainda como elemento de conexão entre as várias relações parassubordinadas a existência de um vínculo de dependência substancial e de disparidade contratual que se estabelece entre o prestador dos serviços e o tomador, vínculo este que muito se assemelha àquele existente entre empregado e empregador.⁹

2.1 REGIME JURÍDICO APLICÁVEL AO TRABALHO PARASSUBORDINADO NA ITÁLIA

O tema em epígrafe representou grande divergência entre os doutrinadores italianos, havendo quem defendesse para o trabalho parassubordinado o influxo das normas próprias da disciplina do trabalho autônomo (artigo 2.222 e seguintes do *Codice Civile Italiano*); outros defendiam a aplicação das normas aplicáveis ao trabalho subordinado (Art. 2.094 e seguintes do *Codice Civile Italiano*).

Segundo Renata Orsi Bulgueroni, firmou-se entre os doutrinadores italianos o entendimento de que seriam aplicáveis as normas atinentes ao trabalho autônomo.¹⁰ A autora faz, todavia, a seguinte ressalva:

[...] Entretanto, reconhecendo a característica de dependência que norteia tais relações de trabalho, o legislador italiano pautou-se em uma lógica de extensão seletiva de tutelas para paulatinamente ampliar, mediante a promulgação de diversas leis, a gama de direitos característicos do trabalho subordinado aplicáveis aos sujeitos da relação de colaboração.¹¹

Não se pode olvidar, todavia, que o Art. 2.113 do Código Civil expressamente prevê a aplicação dos institutos da renúncia e da transação ao trabalho parassubordinado.¹²

8 OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. Subordinação Jurídica: Um Conceito Desbotado. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 126, p. 107-138, abr-jun. 2007.

9 FERRARO, G. *Apud* SILVA, Otávio Pinto e. *Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho. op. cit.*, p. 102.

10 BULGUERONI, Renata Orsi. Parassubordinação: origem, elementos, espécies e tutela. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 131, p. 329-335, jul-set. 2008.

11 *Ibidem*.

12 Livre tradução:

Art. 2113 Rinunzie e transazioni

2.2 O CONTRATO A PROJETO

Essa divergência sobre o regime jurídico aplicável ao trabalho parassubordinado e a tendência crescente de enquadramento fraudulento de verdadeiras relações de emprego nesta categoria fez com que se repensassem uma reforma no mercado de trabalho italiano.

O Decreto Legislativo 236, de 10.09.2003, conhecida como Reforma Biagi, instituiu uma nova figura, qual seja, o contrato a projeto. Segundo Pinho Pereira, o elemento do contrato de trabalho a projeto, único pelo qual é possível distingui-lo da parassubordinação, é constituído pelo projeto.¹³

De fato, o Art. 61 do referido decreto dispõe que deve existir um projeto específico ou programa de trabalho ou fase, destes determinados pelo comitente e geridos autonomamente pelos colaboradores em função do resultado respeitada a coordenação com a organização do comitente e independentemente do tempo empregado para a execução da atividade laborativa.

Mesmo com a criação do contrato a projeto, permaneceu existente a relação *co.co.co.*, agora configurando-se de maneira residual.

3 DA RELEITURA DO CONCEITO CLÁSSICO DE SUBORDINAÇÃO E DA SUA CONTRAPOSIÇÃO AO INSTITUTO DA PARASSUBORDINAÇÃO

3.1 A CRISE DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA

A partir da década de 70 tem-se observado uma gradual reestruturação de toda a engenharia produtiva, fruto principalmente da globalização e do neoliberalismo, o que implicou na necessidade de rediscussão e superação do modelo clássico taylorista-fordista - que originalmente se baseava na padronização, setorização e sincronização da produção -, face ao surgimento do modelo japonês “toyotista” ou “pós-fordista” - que se apregoava a descentralização, terceirização e modernização do processo produtivo, com a inserção gradativa da robótica e utilização cada vez maior de mão-de-obra cada vez mais qualificada.

O empregado popularmente conhecido como “chão-de-fábrica”, do qual se exigia basicamente força física em atividades mecânicas e repetitivas e algum conhecimento sectário do processo

Le rinunzie e le transazioni (1966), che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi concernenti i rapporti di cui all'art. 409 Cod. Proc. Civ., non sono valide.

13 Cf. PEDREIRA, Pinho. “Da “Velha” Parassubordinação ao Novo Contrato de Trabalho a Projeto. *op. cit.* p. 347.

produtivo, agora assiste a uma gradativa inserção da tecnologia no seu ambiente de trabalho, que por sua vez exige um maior conhecimento especializado.

Como bem apontado por Amauri Cesar Alves, este contexto propiciou o surgimento da terceirização, da quarteirização, a tercerização e a flexibilização, como formas de redução de custos e diminuição do “tamanho” da empresa, sem prejuízo de preservação do crescente lucro.¹⁴ O autor chama atenção para a perceptível diminuição do sentimento orgânico ou coletivo surgido na classe trabalhadora quando vigorava o modelo taylorista-fordista

[...] O crescente número de desempregados, a rotatividade da mão-de-obra, a precariedade dos contratos, o pouco tempo de permanência do trabalhador na empresa, os baixos salários, o desemprego estrutural fazem com que não haja mais lugar para a preocupação com a categoria, com a coletividade. Cresce o individualismo entre os operários. Para eles mais vale o subemprego que a fome, a miséria e a humilhação decorrentes do desemprego. Para manter-se empregado ou trabalhando, abre mão do espírito coletivo.¹⁵

Diante deste contexto, sustentam alguns autores uma crise no Direito do Trabalho, a partir da constatação de que alguns de seus institutos não mais conseguem se adequar às novas e dinâmicas relações de trabalho surgidas, em que se tem maior liberdade no *modus facere*. E o conceito de subordinação jurídica indubitavelmente foi o principal alvo de críticas, por não mais se adequar a esta crescente realidade.

Os argumentos de crítica foram propostos principalmente pelos defensores do fenômeno da desregulamentação do Direito do Trabalho.

Observa-se, como já dito, o gradual afastamento dos modelos produtivos do clássico conceito de subordinação, de modo a reduzir os gastos inerentes à manutenção de uma relação empregatícia.

Murilo Carvalho Sampaio Oliveira muito bem sintetiza todo este processo quando assim disserta

O “fordismo-taylorismo” atraiu o homem para a fábrica, provocando a decadência do trabalho doméstico e artesanal. Esta modalidade de organização produtiva caracterizou e hegemonizou o direito do trabalho, limitando-o à proteção e regramento quase que exclusivamente da relação de emprego. Na era contemporânea, a

14 Cf. ALVES, Amauri Cesar. *Novo Contrato de Emprego: Parassubordinação Trabalhista*. São Paulo: LTR, 2005. p. 29.

15 ALVES, op. cit., p. 29-30.

complexidade pós-fordista, além de, em alguns casos, extirpar o chão de fábrica, organiza-se em lugares diversos e diferentes, vínculos próximos e distantes, empregados e colaboradores, inclusive com a superação das distâncias geográficas, políticas e sociais através dos avanços tecnológicos e da mundialização. Em verdade, o fenômeno da externalização ou out-sourcing representa o intento do paradigma pós-fordista em evair-se das obrigações trabalhistas, a partir de novas formas de trabalho.¹⁶

Neste aspecto, a inserção dos conceitos de colaboração e cooperação nos processos produtivos, cujo controle e direção passaram a se dar de maneira cada vez mais sutil se comparados ao clássico modelo de direção do empregador, serviu de supedâneo para exploração ainda maior da mão-de-obra, ao privilegiar formas atípicas e mais flexíveis de trabalho. Marcus de Oliveira Kaufmann sintetiza muito bem este processo:

O mundo do trabalho está apresentando um verdadeiro paradoxo em suas estruturas. Ao mesmo tempo em que aumentam os números de terceirizações no moderno conceito de complexo industrial de alta tecnologia, que vai galgando espaço em todos os setores produtivos, diminuem os empregos fixos, assalariados do mundo antigo, com anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) e com direito ao gozo de todos os direitos trabalhistas. Ao lado, aumentam os índices de subemprego nas empresas periféricas (“satelitização do trabalho”) que, não tendo condições de manter elevadas cifras de produção exigida pela competitividade exacerbada, “contrata na informalidade (em um processo conhecido, pelos sociólogos, como o de “desresponsabilização do capital”), muitas vezes exigindo que o trabalhador se transforme em uma empresa unipessoal, fomentando o aumento do trabalho autônomo, o que, hoje, já se consagra como uma realidade quase que irreversível no quadro de irreversibilidades da pujança do capital sobre o trabalho.¹⁷

Esta tendência de fuga do capital para a contratação de novas formas de trabalho terminou por enfraquecer o Direito do Trabalho, que se reduziria a trazer sua proteção a uma pequena gama de “privilegiados” que conseguissem seu enquadramento em uma multiplicidade de normas cada vez mais tendentes ao desuso.

16 OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. Subordinação Jurídica: Um Conceito Desbotado. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 126, p. 107-138, abr-jun. 2007.

17 KAUFMANN, Marcus de Oliveira. Nova Dogmática do Direito do Trabalho: Implosão e Perspectivas. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 121, p. 149-198, jan-mar 2006.

Diante da constatação deste cenário, ainda mais agudizado pelo crescimento do trabalho parassubordinado, nasceu a necessidade de se repensar alternativas aos caminhos de fuga da clássica relação de emprego trilhados pelo capital, que cada vez mais se direciona para a precarização da relação de trabalho.

3.2 DA NECESSIDADE DE SE REPENSAR O CRITÉRIO DA SUBORDINAÇÃO: A ADOÇÃO DO CRITÉRIO DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA E A POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DAS NORMAS PROTETIVAS AO TRABALHO PARASSUBORDINADO

De algum modo as contemporâneas relações de trabalho demandam uma releitura mais atenta, vez que não mais enquadradas em moldes pré-concebidos ou em conceitos rígidos que em quase nada colaboram para a identificação de seus caracteres basilares.

Muito pertinentes se demonstram as ponderações de Murilo Carvalho Sampaio Oliveira, para quem a subordinação jurídica “protege uma pequena parcela de trabalhadores tipicamente subordinados, silenciando-se acerca de um imenso contingente de trabalhadores hipossuficientes subordinados atípicos ou parassubordinados”.¹⁸

Destarte, o critério da subordinação jurídica também foi alvo de severas críticas, na medida em que, no afã de representar um critério unificador das múltiplas relações de emprego existentes, acabou por reunir situações deveras heterogêneas, estendendo a tutela trabalhista a trabalhadores que, apesar de subordinados, não necessitavam de proteção.

É importante que se tenha uma visão não-romântica da realidade, o que levará à inevitável conclusão de que o conceito da subordinação jurídica não é mais um critério jurídico suficiente e eficiente para identificar as múltiplas relações de trabalho atípicas que surgem no mundo contemporâneo.

Ressalta Amauri Cesar Alves que “o velho modelo juslaboral de ênfase no emprego subordinado deve ceder espaço ou se expandir em direção a um modelo mais amplo, com ênfase no trabalho”.¹⁹ O autor defende que esta mudança de paradigmas é essencial para a própria existência do Direito do Trabalho, “sob pena de, não o fazendo, não conseguir atingir sua finalidade de melhorar as condições de pactuação da força produtiva e corrigir as desigualdades existentes entre o trabalhador e o seu contratante”.²⁰

18 OLIVEIRA, op.cit., p. 123.

19 ALVES, op. cit., p. 83.

20 Idem.

Com o surgimento do trabalho parassubordinado, que conquanto não tenha regulamentação legal na maior parte dos países já é observado na realidade da maior parte destes, ressurgem a subordinação econômica ou dependência econômica como possível critério definidor da relação de emprego.

A hipossuficiência do trabalhador seria o principal critério determinante da incidência das normas trabalhistas. Neste sentido é a doutrina de Lorena Vasconcelos Porto:

É interessante notar que a dependência econômica relaciona-se com a própria razão que levou à criação do Direito do Trabalho: a hipossuficiência do trabalhador. Desprovido dos meios de produção, este encontra na remuneração advinda do trabalho a única forma de assegurar a sua subsistência. Tal remuneração deve, portanto, ser suficiente para cumprir esse papel, o que não era possibilitado pelas leis do mercado, sendo necessárias, portanto, as leis do Estado, as normas trabalhistas.²¹

A tendência expansionista do Direito do Trabalho, com a adoção do critério da dependência econômica, tende a trazer o trabalho parassubordinado e outras formas de trabalho atípicas para sua esfera de incidência, trazendo proteção jurídica àquelas situações que se situam no meio do caminho entre a relação subordinada e a relação autônoma.

Trazemos, novamente, os ensinamentos de Marcus de Oliveira Kaufmann, que assim sintetiza o tema

No Brasil, assim como na maior parte dos exemplos alienígenas, só se deu concretude, para a identificação do contrato individual do trabalho e para a regulação do Direito do Trabalho clássico, ao elemento da dependência, tal como disposto no Art. 3.º da CLT, só que somente vista pelo ângulo da dependência jurídica. Como a dependência econômica e social ainda está inserta, nas entrelinhas, no Art. 3.º da CLT, parece que o Direito do Trabalho precisa, agora, apenas, reencontrar o critério da dependência econômica a fim de poder estender seu manto protetivo a outras partes fracas de contratos mantidos com o capital, ainda que tais partes sejam pequenas e médias empresas que dependem, para a sobrevivência financeira, da rede pós-fordista de produção.²²

Certamente a pressão do capital tende a enquadrar estas situações na sistemática trabalho autônomo. Partindo de tal premissa, Jorge Luiz Souto Maior ensina que a parassubordinação exerce

21 PORTO, Lorena Vasconcelos. *A Subordinação no Contrato de Trabalho: Uma Releitura Necessária*. São Paulo: LTR, 2009. p. 59.

22 KAUFMANN, op. cit., p. 175.

uma função de evitar, criando um obstáculo teórico, que o direito do trabalho atinja por completo os novos modos que o capital encontra para explorar o trabalho.²³

Como bem pontuado por Pinho Pedreira, a parassubordinação não exclui o critério da subordinação como determinante do Direito do Trabalho, mas, ao contrário, a ele se acopla, sendo certo que se pudessem a subordinação e a dependência econômica, alternativamente, fundamentar a aplicação daquela disciplina, a parassubordinação se confundiria com a dependência econômica.²⁴

A proposta de Pinho Pedreira muito se aproxima do critério da “dependência social”, defendido por René Savatier, “segundo o qual a configuração do contrato de trabalho pode resultar tanto da subordinação jurídica, quanto da dependência econômica”.²⁵ O autor francês assim arremata seu raciocínio aduzindo que “todas as vezes que uma relação de direito é fundada na condição social das partes, é essa condição social que deve servir de critério à sua aplicação, mais do que o caráter jurídico do contrato em questão”.²⁶

Portanto, a dependência econômica, que motivou a própria criação do Direito do Trabalho, mas acabou sendo esquecida durante o seu processo de consolidação, pode ser agora a mola de propulsão para sua tendência expansionista, albergando na incidência de suas normas as novas formas de exteriorização das relações de trabalho atípicas.

3.3 A PARASSUBORDINAÇÃO E O DIREITO BRASILEIRO

O instituto parassubordinação não está expressamente previsto em nossa legislação trabalhista. Neste ponto há a necessidade de adaptar o instituto da parassubordinação, tal como concebido na Itália, à realidade jurídica brasileira. Certamente o trabalho parassubordinado estaria enquadrado no gênero relação de trabalho, “em que o trabalhador contratado desenvolve seu labor com personalidade, de forma não eventual, em benefício e no interesse de um contratante que coordena a prestação laborativa, sendo aquele a parte hipossuficiente da relação trabalhista mantida”.²⁷

23 Cf. MAIOR, Jorge Luiz Souto. A Supersubordinação – Invertendo a Lógica do Jogo. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, SP, v. 242, p. 32-67, ago. 2009.

24 Cf. PEDREIRA, Pinho. Um Novo Critério de Aplicação do Direito do Trabalho: a Parassubordinação. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 103, p. 173-181, jul-set. 2001.

25 SAVATIER, René, *Apud* PORTO, Lorena Vasconcelos. op. cit., p. 60.

26 *Ibidem*.

27 ALVES, op. cit., p. 91.

É indubitável que a realidade do trabalho parassubordinado já se encontra presente em nossa sociedade, como se observa do trabalho em domicílio, teletrabalho, trabalho intelectual e figuras assemelhadas, daí a importância do presente trabalho.

Diante de tal constatação, surgem três possibilidades de se atribuir disciplina jurídica material a tais situações: a regulamentação, em que se partiria da premissa de que o trabalho parassubordinado não possui perfeito enquadramento jurídico em nenhuma das normatizações aplicáveis às formas típicas de trabalho existentes; aplicação da disciplina do trabalho autônomo, como inicialmente se observou no Direito Italiano; ou enquadramento do trabalhador parassubordinado no conceito de empregado, mediante sua subsunção na previsão do Art. 3.º da CLT.

A produção de uma sistemática própria para o trabalho parassubordinado apresenta como grande atrativo o reconhecimento do instituto como categoria a parte do trabalho autônomo e subordinado, mediante a incidência de normas apropriadas a tais situações. Todavia, a morosidade do processo legislativo deixaria sem resposta as inúmeras relações já consolidadas. Outro inconveniente seria a chamada “inflação legislativa” que, no afã de buscar disciplina normativa a todas as situações existentes, acaba por engessar a atividade interpretativa, além de criar normas de utilidade prática reduzida por não se adequarem às novas realidades que surgem posteriormente à sua edição.

A aproximação do trabalho parassubordinado com o trabalho autônomo esbarra nos marcos distintivos destas relações, destacando-se, entre outros, a não-eventualidade existente no primeiro contraposta à eventualidade do segundo; a hipossuficiência do trabalhador parassubordinado contrastada à autonomia contratual do autônomo; e a assunção dos riscos do empreendimento por parte do autônomo, o que não ocorre com o parassubordinado face à sua dependência econômica para com o tomador, etc.

Como defensor da tese de que o Art. 3.º da CLT englobaria o trabalho parassubordinado, assim leciona Amauri Cesar Alves:

[...] a Consolidação das Leis do Trabalho não é impedimento à aplicação da parassubordinação como elemento, também, identificador de empregado. Isso porque a dependência a que alude a norma celetista contida no Art. 3.º deixa margem ao operador jurídico para determinar seu alcance. Da mesma forma que a jurisprudência e a doutrina afastaram-se da dependência (subjéctiva: econômica, técnica e social) para consagrar a subordinação (não referida pelo texto legal) poderá haver, hoje, a leitura deste elemento

(dependência) como uma dependência não só caracterizada pela relação subordinada, mas, também, pela relação parassubordinada.²⁸

Murilo Sampaio Carvalho Oliveira ressalta que o dispositivo em comento não traz qualquer adjetivo ao termo dependência, o que sugeriria uma significação ampla do mesmo.²⁹ A releitura mais abrangente e inclusivista do Art. 3.º da CLT terminaria por tornar desnecessária a edição de uma regulamentação específica para o trabalho parassubordinado.

Em breve síntese, “todo e qualquer trabalhador que venda sua força produtiva para outrem, de modo não-eventual, pessoalmente e sob coordenação de um contratante deve ser considerado dependente, nos termos do Art. 3.º celetista e, por conseguinte, empregado”.³⁰

3.3.1 TENDÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

Face à inexistência de regulamentação legal específica, o tema não é recorrente entre a jurisprudência de nossos Tribunais.

De um modo geral os julgadores acabam enquadrando as situações parassubordinadas ora na categoria do trabalho subordinado, ora no trabalho autônomo. Apenas o Tribunal Regional do Trabalho da 3.ª Região enfrentou diretamente o tema em duas oportunidades e em ambas as situações a relatoria coube ao Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault.

Em 2005, no julgamento do Recurso Ordinário n.º 73, o relator consignou entendimento em que aproxima os institutos da subordinação e da parassubordinação. Transcrevemos a seguinte parte de seu voto

O veio da integração objetiva do trabalhador num sistema de trocas coordenadas de necessidades, cria a figura da parassubordinação e não da para-autonomia. Se a região é de densa nebulosidade, isto é, de verdadeiro fog jurídico, a atração da relação jurídica realiza-se para dentro da CLT e não para dentro do Código Civil, que pouco valoriza e dignifica o trabalho do homem, que é muito livre para contratar, mas muito pouco livre para ajustar de maneira justa as cláusulas deste contrato.³¹

28 ALVES, op. cit., p. 105.

29 OLIVEIRA, op. cit.

30 ALVES, op. cit., p. 134.

31 Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/jurisprudencia/acordaoNumero.do?evento=Detalle&idAcordao=444889&codProcesso=440355&datPublicacao=01/10/2005&index=1>>. Acesso em: 21 de mar. 2010.

Neste caso houve ainda a interposição de recurso de revista ao Tribunal Superior do Trabalho, cujo processamento não foi admitido por implicar no reexame do conjunto probatório.

Posteriormente, no julgamento do Recurso Ordinário n.º 546/2007, em que um médico buscava o reconhecimento de vínculo com uma instituição hospitalar, o Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault, ratificou o entendimento esposado no julgamento anterior, assim delineando o instituto da parassubordinação:

[...] A preposição para significa, segundo Cândido Jucá, “na direção de; com destino a” (Dicionário Escolar de Dificuldades da Língua Portuguesa), pelo que a parassubordinação denota um tipo de trabalho que se dirige, que se destina à subordinação e não à autonomia, senão a expressão seria outra “para-autônomo. A legislação trabalhista brasileira não prevê a figura do parassubordinado, que, se admitida por migração, deve ter uma inteligência de natureza inclusiva, de modo a valorizar o trabalho do homem numa sociedade em mudanças e em fase de assimilação de valores neoliberais. Não precisamos reproduzir cegamente soluções alienígenas, distante das nossas experiências, para que não corramos o risco de positivar o que não vivenciamos. O Direito deve ser o reflexo de experiências vividas pela sociedade onde se pretende seja instituído e aplicado e não o receptáculo de uma vivência de país estrangeiro. Nem tudo que é bom para os europeus é bom para os brasileiros e vice-versa. Assim, se se quer copiar a figura do parassubordinado, não previsto na nossa legislação com direitos próprios, então que se faça essa movimentação na direção do subordinado com todas as vantagens previstas na CLT e não no sentido contrário de sua identificação com o autônomo, gerando um *tercius genus*, isto é, o para-autônomo. Portanto, parassubordinação dentro e não além do modelo traçado no Art. 3º., da CLT, que necessita de uma *intro legere* em consonância com a realidade social.³²

Apesar de serem poucos os precedentes existentes, é bem provável que a jurisprudência siga a linha de aproximação do trabalho parassubordinado com o trabalho subordinado.

4 CONCLUSÃO

O critério da subordinação jurídica não mais se revela suficiente para a caracterização das novas formas de trabalho surgidas após a década de 70, com o surgimento do toyotismo ou pós-fordismo, tornando-se mais um critério de exclusão do que inclusão do trabalhador no feixe de normas protetivas do Direito do Trabalho.

³² Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/jurisprudencia/acordaoNumero.do?evento=Detalhe&idAcordao=605398&codProcesso=599864&datPublicacao=23/02/2008&index=0>>. Acesso em: 21 de mar. 2010.

Assim, a dependência econômica é o ponto de partida para a nova tutela do Direito do Trabalho contemporâneo, para abranger estender a incidência de seus institutos às novas formas de trabalho que, no mundo globalizado, terminam por não conseguir seu enquadramento no clássico conceito da relação de emprego, muitas vezes por conta de uma visão dogmática de institutos que, a pretexto de serem uma garantia ao empregado, acabam por se tornar em conceitos vazios e, por isso, ineficazes aos seus propósitos.

Ambas, assim, subordinação jurídica e dependência econômica seriam suficientes para a caracterização da relação de emprego, restaurando-se o conceito de trabalhador hipossuficiente.

Dentro desta perspectiva, a parassubordinação observada no cotidiano, mas carente de regulamentação legal, tende a se aproximar das formas de trabalho subordinado, mediante o alargamento da incidência do Art. 3.º da CLT a estas situações, confirmando a tendência inclusivista e expansionista do Direito do Trabalho.

Este raciocínio não somente corrobora os princípios da proteção e o da norma mais favorável, como também confirma toda a sistemática constitucional destinada à proteção do trabalho e, em última instância, o princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALVES, Amauri Cesar. *Novo Contrato de Emprego: Parassubordinação Trabalhista*. São Paulo: LTR, 2005.

AMANTHÉA, Dennis Veloso. *A Evolução da Teoria da Parassubordinação*. São Paulo: LTr, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. *Decreto Lei 5.452*, de 01 de março de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

BULGUERONI, Renata Orsi. Parassubordinação: origem, elementos, espécies e tutela. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 131, p. 329-335, jul-set. 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

KAUFMANN, Marcus de Oliveira. Nova Dogmática do Direito do Trabalho: Implosão e Perspectivas. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 121, p. 149-198, jan-mar 2006.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. A Supersubordinação – Invertendo a Lógica do Jogo. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, SP, v. 242, p. 32-67, ago. 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. Trabalhador Autônomo. *Revista LTr*, São Paulo, SP, v. 69, nº 02, p. 158-165, fev. 2005.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. Subordinação Jurídica: Um Conceito Desbotado. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 126, p. 107-138, abr-jun. 2007.

PEDREIRA, Pinho. “Da “Velha” Parassubordinação ao Novo Contrato de Trabalho a Projeto. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 122, p. 343-352, abr-jun. 2006.

_____. Um Novo Critério de Aplicação do Direito do Trabalho: a Parassubordinação. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 103, p. 173-181, jul-set. 2001.

PORTO, Lorena Vasconcelos. *A Subordinação no Contrato de Trabalho: Uma Releitura Necessária*. São Paulo: LTR, 2009.

SILVA, Otavio Pinto e. *Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA LATERAL NO ESTADO DE SÃO PAULO

LATERAL TAX SUBSTITUTION IN THE BRAZILIAN STATE OF SÃO PAULO

Luiz Eduardo Diniz Araujo

Procurador Federal

Subprocurador-Geral da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

SUMÁRIO: Introdução; 1 Responsabilidade tributária: vinculação ao fato gerador; 1.1 O instituto da substituição tributária: ligeira abordagem; 1.2 Comercialização de energia no Ambiente de Contratação Livre – ACL e o papel do concessionário de distribuição de energia; 1.3 Inconstitucionalidade da substituição tributária lateral; 2 Serviço público federal: impossibilidade de interferência estadual; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente texto se destina a analisar a validade jurídica da atribuição conferida aos concessionários de serviço público de distribuição de energia elétrica por parte do Decreto n. 54.177, de 31 de março de 2009, do Estado de São Paulo, de responsabilidade tributária sobre o Imposto de Circulação de Mercadorias – ICMS incidente nas operações de comercialização de energia realizadas no Ambiente de Contratação Livre – ACL.

PALAVRAS-CHAVE: Concessão de Serviço Público de Distribuição de Energia Elétrica. Comercialização de Energia no Ambiente de Contratação Livre – ACL. Substituição Tributária. Imposto sobre Circulação de Mercadorias - ICMS.

ABSTRACT: This paper sets out to examine the legal validity of the attribution granted to public service distributors of electricity by Decree 54.177 of 31 March 2009, of the State of São Paulo, of tax liability on the Tax on the Circulation of Goods - ICMS that falls on electricity trading operations which are carried out in the open market called ACL (Free Trading Market in Portuguese).

KEYWORDS: Public Service Distributors of Electricity. Trading Electricity in the Free Trading Market. Tax substitution. Tax on the Circulation of Goods – ICMS.

INTRODUÇÃO

O Estado de São Paulo publicou, em 31 de março de 2009, o Decreto n. 54.177, que alterou a redação de artigos do Decreto n. 45.490, de 30 de novembro de 2000, que aprovou o Regulamento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias – ICMS, relacionados ao fornecimento de energia elétrica.

O artigo 425 do aludido Regulamento¹ veio a dispor que as concessionárias do serviço público de distribuição de energia passassem a ser responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, mesmo quando o tributo incidisse nas operações de comercialização de energia elétrica realizadas no Ambiente de Contratação Livre – ACL.

A eleição das concessionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica como substitutas tributárias do ICMS incidente sobre a comercialização de energia no ACL será analisada sob duas perspectivas.

De um lado, sob o ponto de vista do Direito Tributário, verificar-se-á a validade jurídica da substituição tributária (mudança de sujeito passivo da obrigação tributária) instituída pelo Decreto n. 54.177/2009 do Estado de São Paulo.

De outro lado, sob o viés constitucional-administrativo, avaliar-se-á a validade jurídica da substituição tributária no que toca aos efeitos produzidos sobre a prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica.

A análise que se segue, portanto, é estritamente dogmática.

1 RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA: VINCULAÇÃO AO FATO GERADOR

1.1 O INSTITUTO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA: LIGEIRA ABORDAGEM

Nos termos do artigo 150, I, da Constituição Federal de 1988, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios

¹ “Artigo 425. A responsabilidade pelo lançamento e pagamento do imposto incidente nas sucessivas operações internas com energia elétrica, desde a sua importação ou produção, fica atribuída (Lei Complementar federal 87/96, art. 9º, § 1º, II, e Lei 6.374/89, art. 8º, VI, na redação da Lei 10.619/00, art. 1º, IV):

I - a empresa distribuidora, responsável pela operação de rede de distribuição no Estado de São Paulo, que praticar operação relativa à circulação de energia elétrica, objeto de saída por ela promovida, destinando-a diretamente a estabelecimento ou domicílio situado no território paulista para nele ser consumida pelo respectivo destinatário, quando este, na condição de consumidor, estiver conectado a linha de distribuição ou de transmissão, integrante da rede por ela operada, em razão da execução de:

a) contrato de fornecimento de energia elétrica, com ela firmado sob o regime da concessão ou da permissão da qual é titular;

b) contratos de conexão e de uso da respectiva rede de distribuição, com ela firmados para fins do consumo da energia elétrica adquirida pelo destinatário por meio de contratos de comercialização por ele avençados, ainda que com terceiros, situados neste ou em outro Estado, em ambiente de contratação livre;

c) qualquer outro tipo de contrato, com ela firmado para fins de entrega de energia elétrica para o consumo do destinatário”.

“exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”. O § 7º desse mesmo artigo 150, a sua vez, prevê que

lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Assim, segundo disposição constitucional expressa, todos os contornos para a exação tributária devem estar definidos em lei formalmente editada, inclusive a atribuição de responsabilidade de terceiro pelo pagamento de tributos (a chamada substituição tributária).

Nos termos do artigo 121 do Código Tributário Nacional – CTN, sujeito passivo da obrigação tributária é a pessoa obrigada ao pagamento do tributo ou da penalidade, e possuirá a qualificação de contribuinte quando tiver relação pessoal e direta com o fato gerador (aúfere renda, presta serviço, circula mercadoria, importa ou exporta produtos, promove a produção industrial, etc.) e de responsável quando, mesmo não possuindo relação pessoal direta com o fato gerador, haja sido indicado por lei.

O artigo 128 do CTN complementa o conceito de responsável ao especificar que a indicação, por lei, de pessoa para figurar como substituto deve recair em quem esteja vinculado ao fato gerador da obrigação. Assim, não é qualquer pessoa que pode ser indicada por lei para ser responsável pelo crédito tributário: apenas poderá sê-lo aquele que possua vinculação com o fato gerador.

E o que é estar vinculado ao fato gerador da obrigação?

Para Amaro, “não é qualquer tipo de vínculo com o fato gerador que pode ensejar a responsabilidade de terceiro”. Esse autor defende que, para ser possível a atribuição de responsabilidade tributária, “é necessário que a natureza do vínculo permita a esse terceiro, elegível como responsável, fazer com que o tributo seja recolhido sem onerar seu próprio bolso”².

2 AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 312

“Porém, mais do que isso, deve-se dizer que também não é qualquer tipo de vínculo com o fato gerador que pode ensejar a responsabilidade de terceiro. Para isso ser possível, é necessário que a natureza do vínculo permita a esse terceiro, elegível como responsável, fazer com que o tributo seja recolhido sem onerar seu próprio bolso.

Se, por exemplo, se trata do imposto de renda, o indivíduo que aúfere a renda seria, naturalmente, elegível como contribuinte. Se um terceiro for eleito como responsável é preciso que a lei preveja mecanismos pelos quais o pagamento do tributo possa ser efetuado sem onerar esse terceiro. Desse modo, a fonte pagadora da renda é elegível como responsável pelo tributo incidente sobre os rendimentos que ela pague, mas a lei lhe dá a condição de reter o tributo, descontando-o do valor devido ao beneficiário.

Vejamos outros exemplos. O tabelião pode ser compelido a recolher o imposto de transmissão, como responsável, mas ele tem a condição de não lavar o ato sem que o interessado recolha o tributo. O

Ademais, a atribuição da responsabilidade tributária apenas pode se dar por meio da edição de lei no sentido formal, nos termos do artigo 97, III, do CTN.

Feita essa singela delimitação, cabe restringir a análise à substituição tributária, que é uma espécie de responsabilidade tributária, e possui duas modalidades.

A primeira modalidade é a substituição tributária regressiva, ou “para trás”, que ocorre quando a legislação atribui a responsabilidade pelo recolhimento do tributo a pessoa que se encontra na fase final da cadeia econômica e em relação aos fatos geradores ocorridos nas fases anteriores.

Paulo e Alexandrino³ pontuam que essa modalidade “é, na verdade, hipótese de diferimento de pagamento de tributo, ou seja, adiamento do seu recolhimento”.

Ainda segundo Paulo e Alexandrino⁴, a substituição tributária regressiva

existe quando o legislador, visando a conferir maior eficácia e segurança à fiscalização e arrecadação tributárias, especialmente nas cadeias de produção-circulação em que ocorre concentração (menor número de estabelecimentos na ponta final da cadeia), prevê que a obrigação de pagar os tributos relativos às etapas anteriores do ciclo seja do estabelecimento que realize etapa posterior.

Melo⁵ possui percepção similar a respeito da substituição tributária regressiva:

Na substituição *regressiva*, a lei atribui a responsabilidade ao adquirente de uma determinada mercadoria, por razões de comodidade, praticidade ou pela circunstância de o real contribuinte não manter organização adequada de seus negócios.

herdeiro responde pelo tributo que deixou de ser recolhido pelo autor de herança, mas a lei limita essa responsabilidade ao quinhão recebido por esse herdeiro.

Já não poderá a lei, por exemplo, escolher como responsável o filho do contribuinte, quando nenhuma herança tiver ele recebido, nem pode responsabilizar a fonte pagadora por tributo incidente sobre rendimento que já tiver pago, se (no momento do pagamento) não estava autorizada a efetuar a retenção.

Em suma, o ônus do tributo não pode ser deslocado arbitrariamente pela lei para qualquer pessoa (como responsável por substituição, por solidariedade ou por subsidiariedade), ainda que vinculada ao fato gerador, se essa pessoa não puder agir no sentido de evitar esse ônus nem tiver como diligenciar no sentido de que o tributo seja recolhido à conta do indivíduo que, dado o fato gerador, seria elegível como contribuinte”.

3 PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito tributário na Constituição e no STF*. Niterói: Ímpetus, 2006. p. 149.

4 PAULO; ALEXANDRINO, op. cit.

5 MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS: teoria e prática*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 166.

Nas operações com sucata (restos, resíduos e fragmentos de metais, tecidos, vidros, etc.), é comum exigir-se o ICMS em etapa posterior, em lugar do próprio sucateiro (contribuinte). Caracteriza-se o fenômeno do *diferimento*, ou seja, a postergação da exigência tributária para momento ulterior do ciclo mercantil (saída para outro Estado, saída para o exterior, entrada em estabelecimento industrial, etc.). O diferimento também poderá alcançar as operações de importação.

Essa primeira modalidade encontra amparo normativo direto no próprio artigo 128 do CTN: de fato, a pessoa que se encontra na fase final da cadeia econômica está vinculada, de forma indireta, aos fatos geradores ocorridos nas fases anteriores.

A segunda modalidade é a substituição tributária progressiva, ou “para frente”, que é mais polêmica em razão do surgimento da responsabilidade e do crédito tributários antes da concretização do fato gerador, cuja ocorrência se considera presumida⁶.

Como na substituição tributária “para frente” a constituição do crédito tributário ocorre em momento anterior à ocorrência do fato gerador, que se presume ocorrido, deverá haver a restituição dos valores pagos caso o fato gerador, por qualquer razão, não venha a se concretizar.

O amparo normativo para a substituição tributária “para frente” se encontra no artigo 128 do CTN e no artigo 150, § 7^o, da Constituição Federal de 1988. Após severa polêmica doutrinária e jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou sobre a constitucionalidade da substituição tributária progressiva, tendo assim decidido:

É constitucional o regime de substituição tributária ‘para frente’ – em que se exige do industrial, do atacadista, ou de outra categoria de contribuinte, na qualidade de substituto, o recolhimento antecipado do ICMS incidente sobre o valor final do produto

6 Paulo e Alexandrino (2006, p. 149 e 150): “(...) significa atribuir a um sujeito passivo, o substituto, a obrigação de pagar o tributo relativo a uma operação futura, que será realizada por outra pessoa, o substituído. O sujeito passivo substituto ‘adianta’ o tributo que seria devido pelo substituído, que é quem praticará, presumivelmente, essa operação futura. É uma obrigação de pagar surgida antes mesmo da ocorrência do fato gerador.

A substituição tributária para frente é muito útil para o fisco nas cadeias de produção-circulação em que há grande capilaridade na ponta final. É muito mais eficiente o controle, por exemplo, da produção e distribuição de bebidas realizado nos fabricantes e engarrafadores do que nos bares onde a bebida é vendida no varejo. Da mesma forma, a produção e distribuição de combustíveis nas refinarias é muito mais facilmente controlada e tributada do que nos postos varejistas, e assim é em inúmeros outros casos”.

7 “§ 7.º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido”. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 3, de 1993)

cobrado ao consumidor, retirando-se do revendedor ou varejista, substituído, a responsabilidade tributária⁸.

Enfim, o que importa salientar é que, tanto na substituição tributária regressiva quanto na progressiva, a eleição do responsável tributário deve recair em quem possua vinculação com o fato gerador, vinculação essa entendida no sentido de que a natureza do vínculo lhe permita recuperar integralmente os valores pagos em substituição. Ademais, ainda será necessário que a eleição do responsável tributário se dê por meio de lei formalmente editada.

1.2 COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA NO AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE – ACL E O PAPEL DO CONCESSIONÁRIO DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA

A Lei n. 10.848, de 15 de março de 2004, instituiu a comercialização de energia elétrica mediante contratação regulada, reservada para a aquisição de energia pelos concessionários de distribuição de energia elétrica por meio de leilões e realizada no Ambiente de Contratação Regulada – ACR, e mediante contratação livre.

Nos termos do art. 47 do Decreto n. 5.163/2004, a comercialização de energia no Ambiente de Contratação Livre – ACL, que é a que interessa para a presente análise, ocorre mediante operações entre agentes concessionários, permissionários e autorizados de geração, comercializadores, importadores e exportadores de energia e consumidores livres. Nesse ambiente, como o próprio nome denuncia, se pratica a livre negociação de energia elétrica.

Cabe assinalar que a Lei n. 9.648, de 27 de maio de 1998, já houvera inaugurado a livre negociação de energia elétrica, ainda que sua implementação estivesse prevista para ocorrer gradualmente, e dissociado a comercialização de energia elétrica do acesso e do uso dos sistemas de transmissão e de distribuição.

Assim, desde a Lei n. 9.648/1998, a aquisição de energia elétrica é independente de seu transporte e deve ser contratada separadamente. São necessárias, em regra, duas contratações: a de compra e venda de energia elétrica, entre o consumidor livre e o gerador, e a contratação do acesso e do uso dos sistemas de transporte de energia. É o que prevê, atualmente, aliás, o artigo 54, § 2º, do Decreto n. 5.163/2004.

O que deve ficar claro, então, é que (i) os concessionários de distribuição de energia elétrica integram necessariamente o ambiente de contratação regulada e, assim, adquirem energia exclusivamente por meio dos leilões promovidos pelo Governo Federal, e que (ii)

8 STF, Pleno, Relator Ministro Ilmar Galvão, RE 213.369-SP, DJ em 02.08.1999.

a comercialização de energia elétrica no ambiente livre é realizada exclusivamente entre agentes concessionários, permissionários e autorizados de geração, comercializadores, importadores e exportadores de energia e consumidores livres.

É importante realçar que a relação entre as distribuidoras de energia e o ambiente de contratação livre é exclusiva quanto ao transporte da energia transacionada nesse ambiente.

De fato, os agentes geradores ou consumidores livres que possuam ponto de conexão na rede de distribuição deverão firmar com o concessionário de serviço público de distribuição de energia elétrica o contrato de conexão ao sistema de distribuição – CCD e o contrato de uso dos sistemas de distribuição – CUSD.

Assim, no ACL, o concessionário de serviço público de distribuição de energia elétrica apenas atua na conexão ao Sistema Interligado Nacional – SIN do vendedor e do comprador da energia.

No entanto, a energia entregue aos consumidores livres não é fornecida comercial nem juridicamente pelo distribuidor, mas pelo vendedor de energia no ACL, o qual pode ser produtor independente de energia, autoprodutor ou simplesmente comercializador.

1.3 INCONSTITUCIONALIDADE DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA LATERAL

Diante dos elementos de comercialização de energia apresentados no item anterior, observa-se, em primeiro, que as distribuidoras de energia não integram a cadeia econômica de circulação de energia em relação às contratações realizadas no ACL.

Isso porque, como visto, os contratos de comercialização de energia são firmados e cumpridos pelos agentes de geração, comercializadores e consumidores livres. O único papel da distribuidora nessa relação de circulação de energia elétrica, como já afirmado, é a participação no seu transporte.

Ademais, exatamente por não fazer parte da cadeia econômica da comercialização de energia no ambiente livre, o concessionário de serviço público de distribuição de energia elétrica, nessa situação de substituto tributário do ICMS incidente sobre as operações de comercialização de energia no ACL, incorrerá no risco de suportar o custo do tributo, sem que possa agir, de forma direta, com a finalidade de se ressarcir quanto ao tributo pago.

Caso não haja o adimplemento voluntário por parte do substituído, a única via existente para a recuperação dos valores pagos a título do ICMS em substituição será o ingresso em juízo.

Ao que se observa, portanto, do ponto de vista da legislação tributária, a eleição, pelo fisco estadual, dos concessionários de distribuição como substituto tributário do ICMS incidente sobre a comercialização de energia elétrica no ACL violaria os artigos 150, I e § 7º, da Constituição Federal e os artigos 97, III, 121 e 128 do CTN.

A violação aos artigos 150, I e § 7º, da Constituição Federal e ao artigo 97, III, do CTN estaria configurada em razão de que a eleição dos concessionários de distribuição como substitutos tributários não se deu por lei formalmente editada, mas por decreto do Poder Executivo.

A violação ao artigo 150, § 7º, da Constituição Federal e aos artigos 121 e 128 do CTN estaria presente, a uma, frente à constatação de que as concessionárias de distribuição não possuem nenhuma relação com a cadeia econômica de comercialização de energia no Ambiente de Contratação Livre – ACL, e, a duas, dada a impossibilidade de os concessionários de distribuição possuírem mecanismo, de aplicação direta sobre os substituídos, de recuperação dos valores pagos em substituição.

A propósito, o que se observa é que a legislação do Estado de São Paulo, longe de estabelecer uma substituição tributária regressiva ou progressiva, terminou por criar, por meio de decreto, uma substituição tributária lateral, ao atribuir a responsabilidade tributária a uma pessoa que se encontra ao lado da cadeia econômica sobre a qual incide o tributo.

2 SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL: IMPOSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA ESTADUAL

A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL desenvolveu estudo, consolidado na Nota Técnica n. 357/2009-SFF/ANEEL, no qual se constata que a substituição tributária instituída pelo Estado de São Paulo tem o efeito, em relação às concessionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica, de majorar a base de cálculo das contribuições sociais ao PIS/PASEP e à COFINS e, assim, aumentar o custo tributário.

Daí decorre que as concessionárias de distribuição vivenciarão o aumento de seu custo tributário, o que fatalmente conduzirá a pleitos de recomposição tarifária.

Nesse momento é que se pode fazer uma conexão em linha direta da instituição da substituição tributária em questão com o

aumento das tarifas de energia elétrica para o consumidor cativo, por força do que do que dispõe o artigo 9º, § 3º, da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

Assim, um efeito secundário da substituição tributária lateral em questão é que, com o aumento do custo tributário para a atividade de distribuição de energia elétrica no Estado de São Paulo, as concessionárias desse serviço público fatalmente requererão a realização de revisão tarifária extraordinária com vistas à manutenção do equilíbrio econômico e financeiro da concessão. Na seqüência, é provável a repercussão econômica sobre as tarifas de uso da rede e de fornecimento de energia elétrica.

Partindo dessas constatações técnico-econômicas, faz-se pertinente avaliar a juridicidade das alterações promovidas na legislação tributária do Estado de São Paulo frente à competência privativa da União para legislar sobre energia elétrica e exclusiva para gerir os contratos de concessão de serviço público de distribuição de energia.

De um lado, nos termos do artigo 21, XII, “b”, da Constituição Federal de 1988, compete exclusivamente à União explorar, seja diretamente, seja mediante concessão, permissão ou autorização, os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água.

Mesmo após a abertura do setor de energia no Brasil, a atividade de distribuição, juntamente com a de transmissão, permaneceu ostentando a qualificação de serviço público, notadamente em razão das características de monopólio natural. A propósito, a Lei n. 10.848, de 15 de março de 2004, em seu artigo 1º, § 2º, manteve a atividade de distribuição como serviço público.

A execução da atividade de distribuição, a sua vez, não tem sido feita diretamente pela União, mas, em regra, mediante concessão e, excepcionalmente, mediante permissão ou autorização. Mesmo quando a atividade de distribuição de energia é executada por entes estatais, tal se dá por meio da assinatura de contrato de concessão entre a União e o ente estatal.

De outro lado, em complemento à competência exclusiva para explorar ou promover a exploração dos serviços e instalações de energia elétrica, a União possui competência privativa para legislar sobre energia.

Nesse particular, é importante registrar que a competência legislativa para legislar sobre energia apareceria mesmo como um complemento da competência material para explorar os serviços e instalações de energia: é que, possuindo o contrato de concessão natureza híbrida, ou seja, estatutária e contratual, os elementos estatutários são definidos unilateralmente pelo Poder Concedente, no exercício de sua competência legislativa (artigo 22, IV, CF/88).

Por fim, cabe ressaltar que a competência material exclusiva e a competência legislativa privativa da União refletem a opção do constituinte pelo federalismo dual, no qual as faixas de atribuições dos entes da federação são definidas de forma segmentadas, diferentemente com o que ocorre com o modelo de federalismo de cooperação, em que há uma verdadeira comunhão de competências legislativas e materiais por parte dos distintos entes da federação⁹.

No que importa, a competência da União para gerir o serviço de distribuição de energia e para legislar sobre energia é uma clara opção da CF/88 a respeito da adoção do federalismo dual. Assim, resulta evidente que sobre tais faixas de competência atribuídas à União não deve haver qualquer interferência por parte dos demais entes políticos.

Outro ponto que merece ser considerado é que a definição da política tarifária no setor de energia é um desdobramento da competência da União para gerir o serviço público de distribuição e legislar sobre ele. Tanto é assim que o artigo 175, parágrafo único, da CF/88 prevê que lei disporá, entre outros elementos, sobre política tarifária.

A propósito, pronunciando-se sobre a questão que ora vem sendo enfrentada em tese, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de reconhecer a impossibilidade de os Estados membros interferirem nos serviços públicos de competência da União e nas relações jurídico-contratuais a eles relativas, como é o caso dos contratos de concessão.^{10,11}

9 BULOS, Uadi Lammego. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2009.

10 "Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a expressão "energia elétrica", contida no caput do art. 1º da Lei n. 11.260/2002 do Estado de São Paulo, que proíbe o corte de energia elétrica, água e gás canalizado por falta de pagamento, sem prévia comunicação ao usuário. 2. Este Supremo Tribunal Federal possui firme entendimento no sentido da impossibilidade de interferência do Estado-membro nas relações jurídico-contratuais entre Poder concedente federal e as empresas concessionárias, especificamente no que tange a alterações das condições estipuladas em contrato de concessão de serviços públicos, sob regime federal, mediante a edição de leis estaduais. Precedentes. 3. Violação aos arts. 21, XII, b, 22, IV, e 175, caput e parágrafo único, incisos I, II e III da Constituição Federal. Inconstitucionalidade. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente. (STF, Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, ADI 3729/SP, DJ em 09.11.2007)

11 "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS - INVASÃO, PELO ESTADO-MEMBRO, DA ESFERA DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO E DOS MUNICÍPIOS - IMPOSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA DO ESTADO-MEMBRO NAS RELAÇÕES JURÍDICO-CONTRATUAIS ENTRE O PODER CONCEDENTE FEDERAL OU MUNICIPAL E AS EMPRESAS CONCESSIONÁRIAS - INVIABILIDADE DA ALTERAÇÃO, POR LEI ESTADUAL, DAS CONDIÇÕES PREVISTAS NA LICITAÇÃO E FORMALMENTE ESTIPULADAS EM CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS, SOB REGIME FEDERAL E MUNICIPAL - MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. - Os Estados-membros - que não podem interferir

Fica bastante claro, portanto, que o efeito produzido pela legislação do ICMS do Estado de São Paulo, acima descrito, sobre os contratos de concessão de distribuição representa a subversão do modelo de federalismo dual previsto constitucionalmente para a gestão do serviço público de distribuição e para a competência legislativa da União para legislar sobre energia e sua política tarifária.

Assim, sob esse ponto de vista, o Decreto n. 54.177, do Estado de São Paulo, seria inconstitucional, por violação aos artigos 21, XII, “b”, 22, IV, e 175, parágrafo único, da Constituição Federal.

3 CONCLUSÃO

Considerando o que foi abordado ao longo do texto, conclui-se que a responsabilidade tributária imputada pelo Decreto n. 54.177, de 31 de março de 2009, do Estado de São Paulo, aos concessionários de serviço público de distribuição de energia elétrica seria juridicamente inválida por três razões: (i) inexistência de relação jurídica ou econômica do substituto eleito (concessionário de serviço público de distribuição de energia elétrica) com o fato gerador (comercialização de energia no ambiente de contratação livre – ACL); (ii) atribuição de responsabilidade tributária por meio de veículo normativo infralegal (decreto); (iii) afronta à competência da União para gerir o serviço público de distribuição de energia elétrica e para legislar sobre energia.

REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BULOS, Uadi Lammego. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS: teoria e prática*. São Paulo: Dialética, 2005.
- PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito tributário na Constituição e no STF*. Niterói: Ímpetus, 2006.

na esfera das relações jurídico-contratuais estabelecidas entre o poder concedente (quando este for a União Federal ou o Município) e as empresas concessionárias - também não dispõem de competência para modificar ou alterar as condições, que, previstas na licitação, acham-se formalmente estipuladas no contrato de concessão celebrado pela União (energia elétrica - CF, art. 21, XII, “b”) e pelo Município (fornecimento de água - CF, art. 30, I e V), de um lado, com as concessionárias, de outro, notadamente se essa ingerência normativa, ao determinar a suspensão temporária do pagamento das tarifas devidas pela prestação dos serviços concedidos (serviços de energia elétrica, sob regime de concessão federal, e serviços de esgoto e abastecimento de água, sob regime de concessão municipal), afetar o equilíbrio financeiro resultante dessa relação jurídico-contratual de direito administrativo”. (STF, Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, ADI 2.337-MC/SC, DJ em 21.06.2002).

**TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA
E A POSSIBILIDADE DE CONCILIAÇÃO
NA SEARA DA IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA**

**TERM OF BEHAVIOR ADJUSTMENT AND THE
POSSIBILITY OF CONCILIATION ON THE LIKES OF
ADMINISTRATIVE MISCONDUCT**

Marcio Felipe Lacombe da Cunha

Advogado da União

Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília – UnB

SUMÁRIO: Intróito. 1 Origem do termo de ajustamento de conduta; 2 Conceito e natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta; 3 Dos órgãos que podem tomar termo de ajustamento de conduta; 4 Da possibilidade de conciliação na seara da improbidade administrativa; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade analisar o instituto do termo ou compromisso de ajustamento de conduta, introduzido no direito pátrio pelo artigo 211, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e, posteriormente, consagrado na Lei da Ação Civil Pública, e a possibilidade de sua celebração na seara da improbidade administrativa.

Com efeito, as idéias de instrumentalidade, efetividade e celeridade constituem o cerne do processo civil contemporâneo e, nesse contexto, também está inserida à preocupação dos juristas e da própria Sociedade com a implantação de métodos alternativos de composição de litígios, em superação aos entraves burocráticos usualmente enfrentados no curso de uma relação processual.

Nesse sentido, o termo de ajustamento de conduta se apresenta como um importante instrumento na solução de controvérsias de caráter transindividual, inclusive no âmbito da ação civil pública de improbidade administrativa, no que diz respeito às condições, ao prazo e ao modo de reparação integral do dano causado ao erário, sem prejuízo do ajuizamento dessa ação ou da continuidade do processo para aplicação das demais sanções contidas no artigo 12, da Lei de Improbidade Administrativa.

Por derradeiro, faz-se necessário salientar que o tema ora abordado, além de complexo e controvertido, possui grande relevância para os operadores jurídicos das áreas do Direito Administrativo e Processual Civil, bem como para os magistrados, membros do Ministério Público e da Advocacia Pública que atuam diretamente nas ações civis públicas de improbidade administrativa.

PALAVRAS-CHAVE: Termo de Ajustamento de Conduta. Improbidade Administrativa.

ABSTRACT: This article aims to examine the term of behavior adjustment, introduced in the Brazilian law under Article 211 of the Statute of Children and Adolescents, and later enshrined in the Law of Public Civil Action, and the possibility of their conclusion on the likes of administrative misconduct.

Indeed, the ideas of instrumentality, effectiveness and speed are the essence of contemporary civil procedure and in this context, is also inserted to the concern of lawyers and the Society itself with the implementation of alternative methods of dispute settlement in overcome the bureaucratic obstacles commonly faced in the course of a procedural relationship.

In this sense, the term of behavior adjustment is presented as an important tool in resolving disputes character transindividual, including within the public civil action of administrative misconduct, with respect to the conditions, the time and manner of full compensation for the damage caused to the exchequer, without prejudice to the filing of such action or proceeding for the continued application of other penalties contained in Article 12 of the Law of Administrative Improbity.

For last, it is necessary to emphasize that the issue addressed herein, as well as complex and controversial, it has great relevance to the legal operators in the areas of Administrative Law and Civil Procedure, as well as for judges, prosecutors and members of the Public Advocacy who work directly in public civil actions of administrative misconduct.

KEYWORDS: Term of Behavior Adjustment. Administrative Misconduct.

INTRÓITO

O Estado Democrático de Direito, consagrado no artigo 1º, da Constituição da República de 1988, constitui uma síntese dialética dos modelos estatais que o precederam, quais sejam: o Estado Liberal e o Estado Social. No paradigma do Estado Democrático de Direito não mais subsiste a dualidade cunhada pelo *liberalismo*, que contrapunha Estado e Sociedade¹. É dizer: nesse modelo de Estado a Sociedade tem um maior controle e participação na gestão das políticas públicas.

Deveras, o advento do Estado Democrático de Direito, com a promulgação da Constituição de 1988, aliado ao papel fundamental desempenhado pela doutrina processualista brasileira, possibilitaram o desenvolvimento da tutela jurisdicional coletiva no País², com vistas à concretização da garantia constitucional do amplo acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, da CRFB).

Não obstante, as idéias de instrumentalidade, efetividade e celeridade passaram a ditar os rumos do processo civil contemporâneo³, haja vista que o processo não pode ser compreendido como um fim em si mesmo; antes, é o veículo pelo qual os cidadãos buscam a prestação da tutela jurisdicional pelo Estado-juiz.

1 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 69.

2 DIDIER JR., Fredie & ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 4. ed. Salvador: Jus PODIUM, 2009, v. IV, p. 28-29.

3 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 5.

Ademais, a preocupação com a celeridade processual fez com que a Constituição de 1988 fosse emendada para nela se incluir a garantia, no âmbito judicial e administrativo, da razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII, da CRFB, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004).

Nesse contexto, também surge à preocupação dos juristas e da própria Sociedade com a implantação de métodos alternativos de composição de litígios, em superação aos entraves burocráticos usualmente enfrentados no curso da relação processual. A edição da Lei nº 9.307, de 23.09.1996 (que dispõe sobre a arbitragem), é um dos exemplos da busca de novos métodos de solução de conflitos.

1 ORIGEM DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Com efeito, o termo ou compromisso de ajustamento de conduta foi introduzido no direito pátrio pelo artigo 211, da Lei nº 8.069, de 13.07.1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), sendo, em seguida, consagrado no § 6º do artigo 5º da Lei nº 7.347, de 24.07.1980 (Lei da Ação Civil Pública), acrescentado pelo artigo 113, da Lei nº 8.078, de 11.09.1990 (Código de Defesa do Consumidor), que assim dispõe, *in verbis*:

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Ressalte-se, por oportuno, que o veto aposto pelo Chefe do Poder Executivo ao artigo 82, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, embora tenha feito referência ao artigo 113, do mesmo diploma legal, acabou não tendo qualquer eficácia, porquanto inadmissível a existência de veto implícito no direito brasileiro⁴.

Nesse sentido, considera-se que o artigo 113, do Código de Defesa do Consumidor, foi sancionado e promulgado pelo Presidente da República, o que ampliou a possibilidade de celebração de termo de ajustamento de conduta, não só na tutela dos direitos do consumidor, mas em relação a todos os bens e direitos albergados pela Lei da Ação Civil Pública.

Hodiernamente, o termo de ajustamento de conduta também se encontra previsto de maneira expressa no artigo 876, do Decreto-lei nº 5.452, de 01.05.1943 (Consolidação das Leis do Trabalho), com a redação dada pela Lei nº 9.958, de 12.01.2000, no artigo 53, da Lei nº

⁴ Nesse sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no "leading case" sobre a matéria, qual seja: Recurso Especial nº 213.947/MG, Quarta Turma. Rel. o Min. Ruy Rosado de Aguiar. Unânime. DJ: 21/02/2000, p. 132, ao considerar que o compromisso de ajustamento de conduta firmado perante o IBAMA e o Ministério Público constituía título executivo, nos termos do artigo 5º, § 6º, da Lei da Ação Civil Pública.

8.884, de 11.06.1994 (que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica), com a redação dada pela Lei nº 11.482, de 31.05.2007, e no artigo 79-A, da Lei nº 9.605, de 12.02.1998 (que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente), incluído pela Medida Provisória nº 2.163-41, de 23.08.2001.

De outra banda, consoante entendimento já consolidado tanto na doutrina⁵ quanto na jurisprudência⁶ pátria, é à ação civil pública o instrumento processual adequado para se pleitear à aplicação das sanções previstas no artigo 12, da Lei nº 8.429, de 02.06.1992 (Lei de Improbidade Administrativa) – que não é, em essência, uma lei de caráter processual –, na tutela do chamado patrimônio público *lato sensu*, enquanto conjunto de bens e direitos, não só de ordem material, mas de valor moral, artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (artigo 1º, IV, da Lei da Ação Civil Pública).

Ademais, convém destacar que a Lei da Ação Popular, a Lei da Ação Civil Pública, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Improbidade Administrativa compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos) que, sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se⁷.

2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

CARVALHO FILHO⁸ traz a seguinte definição para o instituto do termo ou compromisso de ajustamento de conduta de que cuida o § 6º do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública, a saber:

Podemos, pois, conceituar o dito compromisso como sendo o ato jurídico pelo qual a pessoa, reconhecendo implicitamente que sua conduta ofende interesse difuso ou coletivo, assume o compromisso de eliminar a ofensa através da adequação de seu comportamento às exigências legais.

Vexata quaestio diz respeito à própria natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta. Há quem defenda, na doutrina, a natureza

5 Vide, por todos: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 841.

6 STJ. Recurso Especial nº 199.478/MG. Primeira Turma. Rel. o Min. Humberto Gomes de Barros. Unânime. DJ: 08/05/2000, p. 61.

7 Nesse sentido: STJ. Recurso Especial nº 510.150/MA. Primeira Turma. Rel. o Min. Luiz Fux. Unânime. DJ: 29/03/2004, p. 173.

8 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*. 7. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009, p. 222.

jurídica de *transação*, uma vez que se destina a evitar ou por fim ao litígio⁹; há quem defenda, de outro lado, a natureza de *ato administrativo negocial*, onde somente o causador do dano se compromete, considerando-se que o órgão público que o toma do infrator não é titular do direito transindividual nele objetivado¹⁰; e, por último, há quem defenda a natureza de *negócio jurídico extrajudicial*, com força de título executivo¹¹.

Como observa MAZZILLI¹², o termo de ajustamento de conduta é eficaz a partir do momento em que é tomado pelo órgão público legitimado. Ademais, quando celebrado extrajudicialmente, isto é, no bojo de procedimento administrativo ou inquérito civil, prescinde de homologação judicial, dando ensejo a um título executivo extrajudicial (artigo 5º, § 6º, da Lei da Ação Civil Pública, c/c o artigo 585, VIII, do Código de Processo Civil, incluído pela Lei nº 11.382, de 06.12.2006).

Referido autor também aponta que na hipótese de o termo de ajustamento de conduta ser tomado pelo órgão do Ministério Público, não se exigirá a homologação do arquivamento do inquérito civil pelo Conselho Superior dessa Instituição, como *condição de eficácia* do compromisso extrajudicial, haja vista que a Lei da Ação Civil Pública não estabeleceu qualquer previsão nesse sentido¹³.

Deve-se, apenas, assegurar a revisão da promoção de arquivamento do inquérito civil pelo Colegiado competente, qual seja: o Conselho Superior do Ministério Público, em relação aos Ministérios Públicos estaduais¹⁴, e as Câmaras de Coordenação e Revisão, no que concerne ao Ministério Público da União¹⁵.

9 VIEIRA, Fernando Grella. *A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta in Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 221-249.

10 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 422-424.

11 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. op. cit., p. 313.

12 MAZZILLI, op. cit., p. 433-435.

13 Em sentido contrário, é a posição de Rogério Pacheco Alves in *Improbidade Administrativa*. 4ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 594-595. Segundo este autor, o Conselho Superior atua, nessa hipótese, como fiscal do princípio da obrigatoriedade da atuação Institucional.

14 Vide o artigo 9º, §§ 1º e 2º, da Lei da Ação Civil Pública, c/c o artigo 30, da Lei nº 8.625, de 12.02.1993 (Lei Orgânica Nacional dos Ministérios Públicos estaduais).

15 Vide o artigo 62, IV, da Lei Complementar nº 75, de 20.05.1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União). Referido dispositivo, por sua vez, regulamenta a competência revisional das Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. De outro lado, nota-se que não foi atribuída competência revisional à Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público do Trabalho, embora este órgão tenha atribuição de promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, podendo, ainda, firmar termo de ajustamento de conduta (artigo 876, *caput*, da CLT). Por fim, o artigo 171, IV, daquela lei, estabelece expressamente a competência revisional das Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

Não obstante, o termo de ajustamento de conduta poderá, ainda, ser celebrado nos autos de uma ação civil pública ou coletiva, sendo levado posteriormente à competente homologação judicial. Nesse caso, o título formado deixará de ser extrajudicial para se transformar em *título executivo judicial*, resultando na extinção do processo, com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, II, do Código de Processo Civil¹⁶.

3 DOS ÓRGÃOS QUE PODEM TOMAR TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDOTA

Com efeito, o § 6º do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública, estabelece que os *órgãos públicos legitimados* (compromissários) poderão tomar dos interessados (compromitentes) compromisso de ajustamento de suas condutas às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial, entretanto, se faz necessário investigar o alcance da expressão: *órgãos públicos*.

Não há dúvidas, pois, que entre os *órgãos públicos legitimados* a tomarem termo de ajustamento de conduta dos causadores de dano aos bens e direitos tutelados pela Lei da Ação Civil Pública, estão:

- a) o Ministério Público - órgão que, a despeito de sua autonomia funcional e administrativa outorgada pela Constituição de 1988, integra a estrutura estatal¹⁷ - que possui a função institucional de 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 (artigo 129, III, da Carta Política de 1988);
- b) as pessoas jurídicas de direito público interno (artigo 41, do Código Civil de 2002), isto é, a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Territórios, os Municípios, as autarquias, inclusive as associações públicas, e as demais entidades de caráter público criadas por lei;
- c) a Defensoria Pública, órgão que possui legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública, por força do 5º, II, da Lei da Ação Civil Pública, com a redação dada pela

16 Nesse sentido: Rogério Pacheco Alves. Ob. cit., p. 594. Em sentido contrário, é a posição de José dos Santos Carvalho Filho, ob. cit., p. 237-238. Consoante este autor, o compromisso de ajustamento de conduta, ainda que firmado perante o órgão jurisdicional, tem caráter autônomo, valendo, portanto, como título executivo extrajudicial *ex vi legis*. Assim sendo, o efeito de sua celebração em juízo seria a extinção do processo, sem resolução do mérito, pela ausência de interesse processual - condição para o regular exercício do direito de ação -, na forma do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.

17 Nesse sentido: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 61-62.

Lei nº 11.448, de 15.01.2007¹⁸, e do artigo 4º, VII, da Lei Complementar nº 80, de 12.01.1994 (que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados), com a redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 07.10.2009. Não obstante, ao dispositivo inserto no artigo 5º, II, daquela lei, deve ser dada interpretação conforme à Constituição, de sorte a restringir a legitimidade ativa da Defensoria Pública às ações visando à tutela de pessoas comprovadamente necessitadas (artigo 134, da Constituição da República de 1988)¹⁹.

- d) e, por fim, as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos do consumidor (artigo 82, III, do Código de Defesa do Consumidor). É o caso, por exemplo, dos conhecidos *Procons* (Procuradorias de Proteção e Defesa do Consumidor).

De outro lado, estão inegavelmente impedidas de tomarem termo de ajustamento de conduta, por expressa vedação legal, as *associações de direito privado* que incluam, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, *ex vi* da alínea “b” do inciso V do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública, com a redação dada pela Lei nº 11.448, de 15.01.2007, interpretação esta que também alcançaria as empresas públicas e sociedades de economia mista que, por sua vez, possuem *personalidade jurídica de direito privado*²⁰.

Deveras, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta pode ensejar discordância entre os órgãos legitimados à ação civil pública, eis que a legitimação ativa para o ajuizamento de ação civil pública é

18 O dispositivo em questão foi atacado por meio da ação direta de inconstitucionalidade nº 3.943, requerida pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), que se encontra pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal.

19 Nesse sentido: confira-se o voto-vista do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Teori Albino Zavascki, proferido no Recurso Especial nº 912.849/RS. Primeira Turma. Rel. o Min. José Delgado. Unânime. DJe: 28/04/2008. Consoante aquele Ministro, a comprovação da condição de *pessoa necessitada* ocorreria no momento de liquidação e execução da sentença.

20 Vide os incisos II e III do artigo 5º do Decreto-lei nº 200, de 25.02.1967 (que dispõe sobre a organização da Administração Federal), com a redação dada pelo Decreto-lei nº 900, de 29.09.1969. Nessa linha, é o posicionamento de José dos Santos Carvalho Filho, ob. cit., p. 220. Já Hugo Nigro Mazzilli defende a possibilidade, em tese, de as empresas públicas *prestadoras de serviço público*, que integram a Administração indireta, tomarem compromisso de ajustamento de conduta, ob. cit., p. 420-421.

concorrente e *disjuntiva*²¹. Diz-se *concorrente*, pois, em regra, todos os legitimados podem agir em defesa de interesses transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos) e *disjuntiva*, na medida em que os legitimados não estão obrigados a comparecer em juízo em litisconsórcio.

Na hipótese de um legitimado ativo discordar da celebração de determinado termo de ajustamento de conduta, por entender, *v.g.*, caracterizada a ocorrência de um vício de ilegalidade, poderá desconsiderá-lo e ajuizar a competente ação civil pública.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça²² decidiu que, mesmo existindo um compromisso de ajustamento de conduta firmado perante o IBAMA, o Ministério Público tem interesse de agir para discutir eventual repercussão dos danos à população diretamente afetada, bem como para requerer condenação dos infratores a reparar o meio ambiente, uma vez que as instâncias administrativa e judicial são independentes e a atribuição desses órgãos, para a defesa do meio ambiente, é concorrente.

Entretanto, se a discordância dos legitimados ativos ao ajuizamento da ação civil pública surgir após a homologação judicial do termo de ajustamento de conduta restará a possibilidade de interposição de Recurso de Apelação, visando a elidir sua eficácia, lembrando que, nessa hipótese, estar-se-á diante de um *título executivo judicial*.

Por derradeiro, cumpre destacar que o termo de ajustamento de conduta, para prevenir ou terminar litígios, nas hipóteses que envolvam interesse público da União, suas autarquias e fundações, a ser firmado pela Advocacia-Geral da União (AGU) – órgão que representa, judicial e extrajudicialmente, a União (artigo 131, *caput*, da Carta Política de 1988) –, deverá observar as prescrições constantes dos incisos I a V do artigo 4º-A da Lei nº 9.469, de 10.07.1997, incluídos pela novel Lei nº 12.249, de 11.06.2010, quais sejam:

- a) a descrição das obrigações assumidas;
- b) o prazo e o modo para o cumprimento das obrigações;
- c) a forma de fiscalização da sua observância;
- d) os fundamentos de fato e de direito; e

21 Nesse sentido: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Ação civil pública – gizontamento constitucional. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 7, julho/agosto/setembro, 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 04 set. 2010.

22 STJ. Recurso Especial nº 265.300/MG. Segunda Turma. Rel. o Min. Humberto Martins. Unânime. DJ: 02/10/2006 p. 247.

- e) a previsão de multa ou de sanção administrativa, no caso de seu descumprimento.

Ademais, a AGU também poderá solicitar aos órgãos e entidades públicas federais manifestação sobre a viabilidade técnica, operacional e financeira das obrigações a serem assumidas em termo de ajustamento de conduta, cabendo ao Advogado-Geral da União a decisão final quanto à sua celebração, a teor do parágrafo único do artigo 4º-A da Lei nº 9.469/1997, incluído pela Lei nº 12.249/2010.

4 DA POSSIBILIDADE DE CONCILIAÇÃO NA SEARA DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Com efeito, assim dispõe o artigo 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa, *ipsis verbis*:

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.

Primo icto oculi, seria possível afirmar que a Lei de Improbidade Administrativa, em seu artigo 17, § 1º, vedou expressamente a possibilidade de celebração de termo de ajustamento de conduta, dada a natureza indisponível do interesse em jogo, objeto da repressão da Lei nº 8.429/1992, conforme defende Wallace Paiva Martins Júnior²³.

No entanto, este autor reconhece que, *de lege ferenda*, seria útil a adoção de institutos que favorecem a *delação premiada* por parte dos autores, beneficiários, cúmplices ou partícipes de atos de improbidade administrativa, confira-se:

Em se tratando de probidade administrativa, a natureza do interesse em particular não permite renúncia a qualquer dos provimentos típicos previstos, pois a indisponibilidade daí derivada é absoluta. As sanções são irrenunciáveis e indisponíveis, não admitindo transação, composição ou acordo, que, se realizados, são absolutamente nulos, e esse traço reforça o entendimento da cumulatividade das sanções. Os co-legitimados ativos do art. 17 não têm disponibilidade

²³ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 415-416. Em sentido semelhante, é a doutrina de Rodolfo de Camargo Mancuso in *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores – Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 269-270, ao consignar que na ação de improbidade administrativa, de cunho fortemente repressivo, não há ambiente propício para atos de disposição material ou processual, daí se explicando o artigo 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992.

sobre o patrimônio público ou sobre a moralidade administrativa. Igualmente, não é admissível a desistência da ação proposta.

Contudo, é forçoso reconhecer que, de lege ferenda, será útil e mais eficiente à repressão da improbidade administrativa a dotação de institutos que, mitigando o princípio da indisponibilidade, favoreçam autores, beneficiários, cúmplices ou partícipes de atos de improbidade administrativa que espontaneamente denunciem o fato, seus autores e beneficiários, possibilitando, assim, com a delação premiada, a redução das sanções ou mesmo instituindo uma válvula para a inacumulabilidade nessas hipóteses.

Contudo, esta não parece ser a melhor exegese do artigo 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992. Em primeiro lugar, não é dado aos órgãos públicos legitimados à celebração de termo de ajustamento de conduta fazer qualquer espécie de concessão em favor do infrator (compromitente)²⁴.

Ao revés, somente o comprometente é que assume a obrigação de adequar sua conduta às exigências legais, conforme se extrai da literalidade do artigo 5º, § 6º, da Lei da Ação Civil Pública, o que revela, em conseqüência, a natureza jurídica de *ato administrativo negocial* do termo de ajustamento de conduta.

Ademais, no âmbito da ação civil pública de improbidade administrativa, tanto o Ministério Público quanto a pessoa jurídica interessada – que são os legitimados ativos ao ajuizamento dessa ação (artigo 17, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa) –, atuam em *legitimação extraordinária*, defendendo o patrimônio público *lato sensu* (interesse difuso), em substituição processual de toda a coletividade²⁵.

Assim sendo, parte da doutrina pátria vem sustentando a possibilidade de celebração de termo de ajustamento de conduta, em sede de ação civil pública de improbidade administrativa, no que concerne às condições, ao prazo e ao modo de reparação integral do dano causado ao erário, sem prejuízo do ajuizamento dessa ação ou da continuidade do processo para aplicação das demais sanções contidas no artigo 12, da Lei de Improbidade Administrativa (perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, etc).

Por oportuno, trazemos à baila a lição de Rogério Pacheco Alves²⁶ sobre o tema, confira-se:

24 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 229.

25 Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal em relação ao Ministério Público, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 208.790/SP. Plenário. Rel. o Min. Ilmar Galvão. Unânime. DJ: 15/12/2000, p. 105.

26 Nesse sentido: Rogério Pacheco Alves, op. cit., p. 595-596.

Não vedou o legislador, no entanto, que se acordasse quanto às condições, ao prazo e ao modo de reparação do dano causado ao erário ou mesmo quanto à perda da vantagem ilicitamente obtida pelo agente (arts. 9º e 818 da Lei nº 8.429/92), inclinando-se por tal solução a melhor orientação doutrinária. Quanto a tais aspectos, como soa evidente, tem-se direitos meramente patrimoniais, disponíveis portanto, nada impedindo que o legitimado, via ajustamento de conduta, sem abrir mão da reparação integral do dano – e da pretensão sancionatória –, acorde quanto às condições de sua mera implementação.

Em resumo: o avençado entre o agente e o órgão legitimado quanto à reparação *integral* do dano (condições, prazo e modo) não impedirá o ajuizamento da ação civil pública para a aplicação das sanções de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa e proibição de contratar com o Poder Público ou dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios (art. 12 da Lei de Improbidade), devendo a celebração do ajuste, no entanto, ser considerada pelo magistrado por ocasião da dosimetria das referidas sanções civis, atuando a integral reparação do dano ou a reversão da vantagem ilicitamente obtida como verdadeira “circunstancia atenuante” no campo da ação por improbidade administrativa. (grifo do autor).

Nessa linha, transcrevemos a doutrina de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.²⁷ que defendem a possibilidade de conciliação na seara da improbidade administrativa, no que diz respeito à reparação dos prejuízos causados ao erário, assinalando, ainda, que o pedido de reparação integral do dano ao erário pode ser deduzido em outra ação distinta da ação de improbidade administrativa, senão vejamos:

Convém lembrar, no entanto, que não é possível conciliação na ação de improbidade administrativa (art. 17, § 1º, da Lei Federal nº 8.429/1992). A regra merece ser aplicada com certo temperamento. Não se vê razão para impedir conciliação, no processo de improbidade administrativa, no que disser respeito à reparação dos prejuízos ao Erário. Impedir a conciliação, nestas situações, é criar um grande e desnecessário embaraço para a efetividade da tutela coletiva, máxime quando se sabe que, em muitas situações, o prejuízo ao Erário não é de grande monta e o pagamento da indenização em parcelas, por exemplo, acaba por revelar-se uma forma eficaz de adimplemento da dívida. É possível, inclusive, estabelecer a seguinte diretriz hermenêutica: sempre será possível a conciliação no processo de improbidade administrativa em relação aos pedidos que poderiam ter sido formulados em processos coletivos comuns (ação civil pública ou ação popular, v. g.), de que serve exemplo exatamente o pedido de reparação dos prejuízos.

²⁷ op. cit., p. 315.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já proferiu decisão²⁸, na qual homologou termo de ajustamento de conduta firmado entre o Ministério Público e pessoas jurídicas de direito privado, em ação civil pública de improbidade administrativa, que, por sua vez, restou assim ementada, veja-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Administrativo. Constitucional. Ação civil Pública cumulada com improbidade administrativa. Se ainda não instaurada a relação processual e por isso facultada a desistência, oportuna se mostra a celebração de termo de ajustamento de conduta. O referido termo não traduz concessões recíprocas, mas adequação de condutas à lei, com objetivo preponderante de atender interesses sociais relevantes. Competência do Juízo de primeiro grau. Injustificada recusa do Magistrado em homologá-lo. Homologação do termo de ajuste de conduta e consequente extinção do processo contra as pessoas jurídicas de direito privado, com o prosseguimento do feito contra os demais agentes políticos. AGRAVO PROVIDO.

Em suma, a Lei de Improbidade Administrativa ao supostamente vedar a conciliação nessas ações (artigo 17, § 1º) quis, em verdade, proibir a realização de concessões pelos legitimados ativos em favor dos ímprobos, mas jamais impedir, na contramão das melhores técnicas contemporâneas de valorização do consenso, a conciliação na seara da improbidade administrativa que se apresenta, inclusive, como uma estratégia preferencial na defesa do interesse público e da moralidade administrativa²⁹.

Finalmente, convém registrar que, uma vez se admitindo a possibilidade de celebração de termo de ajustamento de conduta no campo da improbidade administrativa, como se está a defender no presente artigo, este apenas poderá ser tomado pelos órgãos legitimados à ação civil pública de improbidade administrativa, a saber: o *Ministério Público* e a *pessoa jurídica interessada*, à vista do disposto no artigo 17, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa.

De fato, tal possibilidade não se estende a Defensoria Pública, visto que a norma do artigo 17, do aludido diploma legal, encerra verdadeira regra especial – *lex specialis derogat lex generalis* – que prevalece, nesse tema, sobre os dispositivos da Lei da Ação Civil Pública concernentes à legitimação ativa.

28 TJ/RJ. Agravo de Instrumento nº 2004.002.22949. Décima Quinta Câmara Cível. Rel. o Des. Celso Ferreira Filho. Decisão unânime. DJERJ: 09/06/2005, p. 50-53.

29 Nesse sentido: FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 183-184.

5 CONCLUSÃO

Consoante acima assinalado, a Lei da Ação Popular, a Lei da Ação Civil Pública, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Improbidade Administrativa, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos) que, sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se.

Não obstante, à ação civil pública é o instrumento processual adequado para se pleitear à aplicação das sanções previstas no artigo 12, da Lei de Improbidade Administrativa, na tutela do chamado patrimônio público *lato sensu*, tendo como legitimados ativos o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada.

À guisa de conclusão, parece-nos perfeitamente viável que os órgãos públicos legitimados ao ajuizamento da ação civil pública de improbidade administrativa tomem dos ímprobos, termo ou compromisso de ajustamento de suas condutas às exigências legais, *no que diz respeito às condições, ao prazo e ao modo de reparação integral do dano causado ao erário*, sem prejuízo do ajuizamento dessa ação ou da continuidade do processo para aplicação das demais sanções contidas no artigo 12, da Lei de Improbidade Administrativa (perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, etc).

Ademais, se o termo de ajustamento de conduta for celebrado em juízo ter-se-á verdadeiro reconhecimento da procedência do pedido por parte do comprometente, nos termos do artigo 269, II, do Código de Processo Civil. Vale dizer: em nenhuma hipótese haverá qualquer mitigação do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Nessa ordem de idéias, o termo de ajustamento de conduta revela-se um formidável instrumento na solução de controvérsias de caráter transindividual, envolvendo direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, inclusive na seara da improbidade administrativa, porquanto atende aos princípios da efetividade da tutela jurisdicional e da celeridade processual (artigo 5º, LXXVIII, da Constituição da República de 1988, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004), que decorrem do caráter instrumental do processo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 4. ed. Salvador: Jus PODIUM, 2009, v. IV.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Ação civil pública – gizamento constitucional. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 7, julho/agosto/setembro, 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 04 set. de 2010.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores – Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VIEIRA, Fernando Grella. *A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta in Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE PERSON WITH DISABILITY IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Marcos César Botelho

Advogado da União, lotado na Coordenação de Ações Trabalhistas na Procuradoria-Regional da União da 3ª Região SP/MS. Doutorando em Direito na Instituição Toledo de Ensino – Bauru/SP. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – Brasília/DF.

SUMÁRIO: 1 Pessoa com Deficiência; 1.1 Evolução da Terminologia; 1.2 Conceito de pessoa com deficiência e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; 2 Tratamento Jurídico no Ordenamento Brasileiro; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo visa discutir os principais aspectos relacionados à pessoa com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro, tratando, inicialmente, da evolução terminológica, o conceito de pessoa com deficiência na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, culminando com o tratamento do tema no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo sob égide da Constituição Federal de 1988.

PALAVRAS CHAVES: Pessoa. Deficiência. Convenção. Constituição.

ABSTRACT: The present article discuss the principals aspects of the person with disability in the Brazilian legal system, dealing with the evolution of the terminology, the concept of person with disability in Convention on the Rights of Persons with Disabilities, finishing with an approach of the matter in the Brazilian legal system, especially in current Federal Constitution.

KEYWORDS: Person. Disability. Convention. Constitution.

1 PESSOA COM DEFICIÊNCIA

1.1 EVOLUÇÃO DA TERMINOLOGIA

Inicialmente, há que se delimitar o conceito de pessoa com deficiência, para que possamos compreender de que modo o ordenamento jurídico nacional trata da matéria. Antes, porém, abordaremos de forma breve a evolução da terminologia que foi empregada para as pessoas com deficiência, no decorrer da história.

A dificuldade, porém, não é pequena, sobretudo porque o conceito não é unívoco e, no campo jurídico, o entendimento varia conforme o campo do direito em que ele é disciplinado.

Outra questão importante a ser salientada é que a temática é interdisciplinar, embora existam tratamentos que desprezem essa característica, o que gera uma enormidade de definições que, por sua vaguidade ou em muitos casos, sua extrema especificidade, acaba por gerar uma situação negativa no que se refere à proteção desse grupo vulnerável. Para Luiz Alberto David Araújo¹:

Não seria possível, portanto, o perfeito entendimento da idéia de pessoa portadora de deficiência sem o concurso de conceitos estranhos ao nosso cotidiano jurídico. Na realidade, sem tais colocações seria muito difícil, por exemplo, entender a proteção de grupos de doentes do metabolismo ou mesmo compreender a necessidade de uma política de prevenção de certos males, que serão descritos exemplificativamente nos capítulos seguintes.

Como bem observou Antonio Celso Baeta Minhoto²: “*a polissemia e a multiplicidade de conceitos sobre o termo portador de deficiência é uma nota típica da questão*”, significando que, em diversas situações concretas, caberá ao Poder Judiciário densificar juridicamente o conceito, o que, na verdade, gera incerteza e insegurança jurídica, sobretudo porque “*adotar-se um conceito claro, indubitoso e com um mínimo de rigor pode evitar problemas de aplicação das disposições normativas.*”³.

Em interessante trabalho publicado na Revista Saúde Pública, no ano de 2000, Amiralian et al afirmaram que:

1 ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 2. ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração das Pessoa Portadora de Deficiência, Ministério da Justiça, 1997, p. 15.

2 MINHOTO, Antonio Celso Baeta. A inclusão social e a questão da conceituação do termo “portador de deficiência”. In: ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. *Constituição e inclusão social*. Bauru: Edite, 2007, p. 25.

3 MINHOTO, op. cit., p. 23.

Deficiência: perda ou anormalidade de estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, temporária ou permanente. Incluem-se nessas a ocorrência de uma anomalia, defeito ou perda de um membro, órgão, tecido ou qualquer outra estrutura do corpo, inclusive das funções mentais. Representa a exteriorização de um estado patológico, refletindo um distúrbio orgânico, uma perturbação no órgão⁴.

O interessante do citado estudo é que, com base em classificação promovida pela ICIDH, faz-se uma distinção entre *deficiência*, *incapacidade* e *desvantagem*⁵, o que nos leva a inferir que são três situações distintas que não podem (embora muitas vezes o sejam) tratados como se sinônimos fossem.

Compreender o real significado do conceito implica na utilização de terminologia correta para identificar as pessoas com deficiência, pois conforme adverte Sasaki⁶:

Usar ou não usar termos técnicos corretamente não é uma mera questão semântica ou sem importância, se desejamos falar ou escrever construtivamente, numa perspectiva inclusiva, sobre qualquer assunto de cunho humano. E a terminologia correta é especialmente importante quando abordamos assuntos tradicionalmente eivados de preconceitos, estigmas e estereótipos, como é o caso das deficiências que aproximadamente 10% da população possuem.

Luiz Alberto David Araújo⁷ afirma que a questão terminológica revela um avanço na preocupação com as pessoas com deficiência, o que nos mostra que a terminologia correta advém das alterações nos valores e conceitos presentes na sociedade e seu modo de lidar com a questão⁸.

4 AMIRALIAN, Maria LT et al. Conceituando deficiência. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, Universidade de São Paulo, vol. 34, nº 1, p. 97-103, fev. 2000, p. 98.

5 “*Incapacidade*: restrição, resultante de uma deficiência, da habilidade para desempenhar uma atividade considerada normal para o ser humano. Surge como consequência direta ou é resposta do indivíduo a uma deficiência psicológica, física, sensorial ou outra. Representa a objetivação da deficiência e reflete os distúrbios da própria pessoa, nas atividades e comportamentos essenciais à vida diária. *Desvantagem*: prejuízo para o indivíduo, resultante de uma deficiência ou uma incapacidade, que limita ou impede o desempenho de papéis de acordo com a idade, sexo, fatores sociais e culturais. Caracteriza-se por uma discordância entre a capacidade individual de realização e as expectativas do indivíduo ou do seu social. Representa a socialização da deficiência e relaciona-se às dificuldades nas habilidades de sobrevivência.” (AMIRALIAN, Maria LT et al. Conceituando deficiência. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, Universidade de São Paulo, vol. 34, nº 1, p. 97-103, fev. 2000, p. 98). Conforme adverte Rubens Sasaki (SASSAKI, Romeu Kazumi. *Como chamar as pessoas que têm deficiência*. São Paulo: RNR, 2003. Disponível em: <<http://sivc.saci.org.br/files/chamar.pdf>>.), “A Organização Mundial de Saúde (OMS) lançou em 1980 a *Classificação Internacional de Impedimentos, Deficiências e Incapacidades*, mostrando que estas três dimensões existem simultaneamente em cada pessoa com deficiência.”

6 SASSAKI, Romeu Kazumi. *Como chamar as pessoas que têm deficiência*. São Paulo: RNR, 2003. Disponível em: <<http://sivc.saci.org.br/files/chamar.pdf>>.

7 ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência: algumas dificuldades para efetivação dos direitos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 911.

8 SASSAKI, op. cit.

Segundo Sassaki⁹, desde o princípio da existência humana e durante séculos, a terminologia utilizada era “inválidos”, expressão pejorativa, já que seu significado era de “indivíduos sem valor”, sendo que, mesmo em pleno século XX, utilizou-se o termo, sem porém, qualquer sentido pejorativo. Todavia, a utilização do termo “inválido” espalhava no consciente coletivo a ideia de que, aquele que tinha uma deficiência era, por consequência, socialmente inútil.

Nos anos 1920-1960, o vocábulo empregado era “incapacitados”, possuindo, de início, a ideia de “indivíduo sem capacidade”, evoluindo, posteriormente, para a ideia de “indivíduos com capacidade residual”¹⁰.

Embora admita o avanço na sociedade, em razão do reconhecimento de que a pessoa com deficiência possuía uma capacidade residual, mesmo que reduzida, afirma Romeu Sassaki¹¹ que a expressão trazia uma valoração negativa, na medida em que “[...] *considerava-se que a deficiência, qualquer que fosse o tipo, eliminava ou reduzia a capacidade da pessoa em todos os aspectos: físico, psicológico, social, profissional, etc.*”

Nos anos de 1960-1980, utilizou-se a o vocábulo “defeituoso(s)”, implicando na ideia de pessoas com deformidades (especialmente físicas), além da utilização do termo “excepcionais”, que denotava pessoas com deficiência intelectual¹².

E nesta época, também, que o termo “deficientes” começa a ser empregado, conforme pontifica Romeu Sassaki¹³:

“os deficientes”. Este termo significava “indivíduos com deficiência” física, intelectual, auditiva, visual ou múltipla, que os levava a executar as funções básicas de vida (andar, sentar-se, correr, escrever, tomar banho etc.) de uma forma diferente daquela como as pessoas sem deficiência faziam. E isto começou a ser aceito pela sociedade.

De 1981 até 1987, em razão de a Organização das Nações Unidas ter dado o nome de “Ano Internacional das Pessoas Deficientes”, em 1981, passou-se a utilizar o termo “pessoas deficientes”, sendo que a partir deste ano, nunca mais se utilizou a palavra indivíduos para se

9 SASSAKI, op. cit.

10 Conforme Sassaki (Como chamar as pessoas que têm deficiência. São Paulo: RNR, 2003. Disponível em: <<http://sivc.saci.org.br/files/chamar.pdf>>): “Uma variação foi o termo “os incapazes”, que significava “indivíduos que não são capazes” de fazer algumas coisas por causa da deficiência que tinham.”

11 SASSAKI, op. cit.

12 Lembra Sassaki (*Como chamar as pessoas que têm deficiência*. São Paulo: RNR, 2003. Disponível em: <<http://sivc.saci.org.br/files/chamar.pdf>>), que na década de 1950 foram criadas a AACD (Associação de Assistência à Criança Defeituosa, hoje denominada Associação de Assistência à Criança Deficiente), além das primeiras unidades da Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais – APAE.

13 SASSAKI, op. cit.

referir às pessoas com deficiência¹⁴; ademais, o termo “deficientes” passou de uma utilização como substantivo para a de adjetivo, no caso, qualificando o termo “pessoas”.

A partir de 1988 até 1993, diversas expressões são utilizadas, dentre as quais, pessoas portadoras de deficiência¹⁵ e, segundo Romeu Kazumi Sassaki¹⁶:

O “portar uma deficiência” passou a ser um valor agregado à pessoa. A deficiência passou a ser um detalhe da pessoa. O termo foi adotado nas Constituições federal e estaduais e em todas as leis e políticas pertinentes ao campo das deficiências. Conselhos, coordenadorias e associações passaram a incluir o termo em seus nomes oficiais.

Luiz Alberto David Araújo, ao comentar a expressão pessoas portadoras de deficiência, afirmou que:

A última expressão, “pessoas portadoras de deficiência”, tem o condão de diminuir o estigma da deficiência, ressaltando o conceito de pessoa; é mais leve, mais elegante e diminui a situação de desvantagem que caracteriza esse grupo de indivíduos¹⁷.

Contudo, em artigo posterior, Araújo critica a terminologia, asseverando que a terminologia não é a mais adequada, já que “*a pessoa não ‘porta’, não conduz a deficiência. Ela lhe é própria.*”, propondo que o termo mais adequado é “pessoa com deficiência”¹⁸.

Aproximadamente entre 1990 até 2007, utilizou-se, ainda, a locução “pessoas com necessidades especiais”, visando substituir o vocábulo “deficiência” por “necessidades especiais”, de onde surgiu a expressão “portadores de necessidades especiais”.

Na mesma época acima, utilizou-se, ainda, as expressões “pessoas especiais” e “portadores de direitos especiais”¹⁹, culminando, atualmente, com o termo “pessoas com deficiência”, em função da terminologia adotada pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo, do ano de 2007.

14 SASSAKI, op. cit..

15 Segundo Sassaki (2005, p. 3), a expressão somente foi utilizada nos países de língua portuguesa.

16 SASSAKI, op. cit.

17 ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 2. ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, Ministério da Justiça, 1997, p. 17.

18 ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência: algumas dificuldades para efetivação dos direitos*. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júrís, 2008, p. 913.

19 SASSAKI, op. cit.

Na seara do Direito Internacional, verifica-se que a Organização das Nações Unidas, no ano de 1975, elaborou a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, onde, no artigo 3º, *in verbis*:

As pessoas deficientes têm direito inerente de respeito por sua dignidade humana. As pessoas deficientes qualquer que seja sua origem, natureza e gravidade de suas deficiências, têm os mesmos direitos fundamentais que seus concidadãos da mesma idade, o que implica, antes de tudo, o direito de desfrutar uma vida decente, tão normal e plena quanto possível.

Também, mencione-se o teor do artigo 1º da Convenção nº 159 da Organização Internacional do Trabalho, do ano de 1983, *in verbis*:

Art. 1º Para efeito desta Convenção, entende-se como “pessoa deficiente” todas as pessoas cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo fiquem substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente comprovada.

No âmbito da Organização dos Estados Americanos, tem-se a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência, cujo artigo I prevê, *in verbis*;

Artigo I

Para os efeitos desta Convenção entende-se por:

Deficiência

O termo “deficiência” significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.

Finalmente, com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, a qual foi aprovada pelo Congresso Nacional em conformidade com o § 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, consoante prevê o Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, vê-se no artigo 1, *in verbis*:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial,

os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Vê-se, portanto, que o documento adotou a expressão “pessoas com deficiência”, buscando-se fomentar o valor agregado às pessoas, visando um empoderamento²⁰. O ponto importante é que o termo afasta qualquer possível viés discriminatório, na medida em que centra o foco na própria *pessoa*.

Segundo Maria Isabel da Silva tratando sobre a expressão “pessoas com deficiência”:

A diferença entre esta e as anteriores é simples: ressalta-se a pessoa à frente de sua deficiência. Ressalta-se e valoriza-se a pessoa, acima de tudo, independentemente de suas condições físicas, sensoriais ou intelectuais. Também em um determinado período acreditava-se como correto o termo “especiais” e sua derivação “pessoas com necessidades especiais”. “Necessidades especiais” quem não as tem, tendo ou não deficiência? Essa terminologia veio na esteira das necessidades educacionais especiais de algumas crianças com deficiência, passando a ser utilizada em todas as circunstâncias, fora do ambiente escolar²¹.

E acrescenta:

Não se rotula a pessoa pela sua característica física, visual, auditiva ou intelectual, mas reforça-se o indivíduo acima de suas restrições. A construção de uma verdadeira sociedade inclusiva passa também pelo cuidado com a linguagem. Na linguagem se expressa, voluntária ou involuntariamente, o respeito ou a discriminação em relação às pessoas com deficiência. Por isso, vamos sempre nos lembrar que a pessoa com deficiência antes de ter deficiência é, acima de tudo e simplesmente: pessoa²².

Feitas estas considerações acerca da evolução terminológica, passaremos a análise do conceito de pessoa com deficiência.

20 SASSAKI, op. cit.

21 SILVA, Maria Isabel da. *Por que a terminologia “pessoas com deficiência”?*. Universidade Federal Fluminense. Núcleo de Acessibilidade e Inclusão Sensibiliza – UFF, 2009. Disponível em: <<http://www.proac.uff.br/sensibiliza/por-que-terminologia-pessoas-com-deficiencia>>.

22 No mesmo sentido, a lição de Luiz Alberto David Araújo (ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência: algumas dificuldades para efetivação dos direitos*. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 913), em que ressalta a evolução da terminologia, com vistas a focar a questão na pessoa.

1.2 CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

O termo “pessoa com deficiência” passou a gozar de reconhecimento internacional com a aprovação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinado em Nova York, em 2007.

Nesta convenção, tem-se no artigo 1º a menção a expressão “pessoa com deficiência”, solidificando, de uma vez, a ideia de que o assunto deve ter como foco principal a *pessoa* e não a deficiência.

A referida convenção traz uma definição de pessoa com deficiência, afirmando que são aquelas pessoas que possuem impedimentos de longo prazo, seja de natureza física, ou mental, ou intelectual ou sensorial. E não apenas isso, a Convenção relaciona os impedimentos com as interações com as diversas barreiras, capazes de obstaculizar a participação plena e efetiva da pessoa com deficiência na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Enquanto a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência utiliza a locução “possuem impedimentos de longo prazo”, a Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, de 1999, prevê no artigo I, número 1 que o termo “deficiência” significa uma restrição de natureza permanente ou transitória.

Neste aspecto, a importância da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência pode ser extraída do item “e” do Preâmbulo, *in verbis*:

d) Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Nota-se que, em primeiro lugar, afirma-se a deficiência com um conceito em evolução, o que significa, dentre outras coisas, que o conceito não é estático, já que a sociedade evolui e, dessa maneira, novas barreiras podem surgir, impedindo que haja a plena e efetiva participação das pessoas com deficiência em condições de igualdade de oportunidades.

Outra questão importante reside na afirmação de que “a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente.” Destarte, a Convenção aponta para o fato de que a deficiência,

para além de algo inerente à pessoa, é resultado de dois fatores básicos, a saber, barreiras devidas a atitudes e barreiras devidas ao ambiente.

Daí porque a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência prevê no artigo 3, *in verbis*:

Artigo 3

Princípios gerais

Os princípios da presente Convenção são:

- a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas;
- b) A não-discriminação;
- c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade;
- d) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade;
- e) A igualdade de oportunidades;
- f) A acessibilidade;
- g) A igualdade entre o homem e a mulher;
- h) O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

Embora o conteúdo do preâmbulo não seja vinculante²³, não se pode negar a sua importância, sobretudo porque as declarações nele contidas foram de certa forma, incorporados ao texto da Convenção.

Ademais, nota-se uma busca pelo princípio do movimento da vida independente, conforme esclarece Flávia Maria de Paiva Vital²⁴, ao comentar o preâmbulo da Convenção:

²³ RESENDE, Ana Paula Crosara; VITAL, Flávia Maria de Paiva (coord.). *A convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008, p. 24.

²⁴ Ibid.

O princípio do movimento de vida independente está valorizado quando se assinala a autonomia e independência individuais das pessoas com deficiência, inclusive da liberdade delas fazerem suas próprias escolhas, e participarem ativamente das decisões relativas a programas e políticas públicas, principalmente as que lhes dizem respeito diretamente.

E conclui: “*A promoção da acessibilidade, assim, é o meio que dará a oportunidade às pessoas com deficiência de participarem plenamente na sociedade, em igualdade de condições com as demais.*”²⁵

Outrossim, comentando o artigo 1º da Convenção, Geraldo Nogueira²⁶ observa que:

Analisando mais atentamente a edição do artigo primeiro, acima transcrito, observamos que o legislador internacional preocupou-se mais com a garantia de que, pessoas com deficiência possam gozar dos direitos humanos e de sua liberdade fundamental, do que propriamente em instituir novos direitos. A técnica empregada foi adotar como parâmetro as condições de igualdade, tanto que ao desdobrar o artigo, reforça a idéia de que barreiras sociais podem impedir a participação do segmento em condições de igualdade. Portanto, podemos concluir que a conduta adotada pelo legislador internacional, para que as pessoas com deficiência usufruam dos seus direitos e liberdades, é justamente a maior condição de igualdade

Relativamente ao enquadramento das pessoas com deficiência na categoria de grupos vulneráveis ou de minorias, há que ressaltar que as características utilizadas para agrupar as indivíduos como pessoas com deficiência apontam para noções próprias de grupos vulneráveis.

Conforme percuciente observação de Ana Rita de Paula²⁷:

Não acredito que as pessoas com deficiência constituam-se em um grupo homogêneo, diferente dos demais, como é o caso da identidade do negro, esta sim, baseada em uma etnia e cultura próprias.

Apesar de existirem grupos que tendem a considerar que a deficiência constitui-se em uma identidade própria, como por exemplo, a comunidade surda, não creio que a influência da presença de uma deficiência determine uma classe específica de pessoas

²⁵ RESENDE, Ana Paula Crosara; VITAL, Flavia Maria de Paiva (coord.). *A convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008, p. 24.

²⁶ RESENDE; op. cit., p. 27.

²⁷ RESENDE, op. cit., p. 33.

Essa parece ser a posição de Luiz Alberto David Araújo²⁸, quando, por exemplo, discorrendo sobre a proteção constitucional das pessoas com deficiência, trata do papel conferido ao Ministério Público pela Constituição Federal de defesa dos grupos vulneráveis²⁹.

Robério Anjos Filho³⁰ assevera que normalmente podem ser apontados quatro elementos objetivos caracterizadores das minorias, a saber, o *diferenciador*, o *quantitativo*, o da *nacionalidade* e o de *não-dominância*, agregando-se, ainda, um outro elemento de natureza subjetiva que é o da *solidariedade*³¹.

O elemento diferenciador – preleciona Anjos Filho³² – “*exige que esteja presente, de forma estável, em cada membro do grupo uma determinada característica, que o distinga do restante da população.*” Adverte, porém, que esse elemento, *per si*, não é suficiente para caracterizar determinado grupo como uma minoria, fazendo-se necessário a presença de outros elementos objetivos e subjetivo. A questão quantitativa “*revela a concepção de que um grupo numericamente majoritário em uma sociedade não pode ser considerado minoria*”, segundo entende Anjos Filho³³. O elemento da não-dominância exige que o grupo não esteja em posição de domínio do processo político de determinado estado em que a minoria está inserida³⁴.

No que se refere ao elemento subjetivo de que fala Anjos Filho, ela significa um ânimo coletivo dos membros do grupo no sentido de preservar o elemento diferenciador; isto é, “*os caracteres que os distinguem do restante das*

28 ARAÚJO, 2008, p. 911-917.

29 Em sentido contrário, a posição de Cleber Sanfelici Otero e Antonio Celso Baeta Minhoto (MINHOTO, Antonio Celso Baeta; OTERO, Cleber Sanfelici. Portador de deficiência, federação e inclusão **social**. In: MINHOTO, Antonio Celso Baeta (org.). *Constituição, minorias e inclusão social*. São Paulo: Rideel, 2009, p. 15-25). Ver também: MINHOTO, Antonio Celso Baeta. A inclusão social e a questão da conceituação do termo “portador de deficiência”. In: ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora; NUNES, Lydya Neves Bastos Telles. *Constituição e inclusão social*. Bauru: Edite, 2007, p. 11-13 e ANSELMO, José Roberto. A fissura labiopalatal, a proteção constitucional da pessoa portadora deficiência e a competência municipal legislativa. In: ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora; NUNES, Lydya Neves Bastos Telles. *Constituição e inclusão social*. Bauru: Edite, 2007, p. 242.

30 ANJOS FILHO, Robério dos. *Minorias e grupos vulneráveis: uma proposta de distinção*. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (Coords.). *Direitos humanos: desafios humanitários contemporâneos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 351.

31 Estes elementos baseiam-se nos estudos realizados no âmbito das Nações unidas, conforme lembra Ana Maria D’Ávila Lopes (2006, p. 55).

32 ANJOS FILHO, op. cit.

33 ANJOS FILHO, op. cit., p. 352.

34 ANJOS FILHO, Robério dos. *Minorias e grupos vulneráveis: uma proposta de distinção*. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (Coords.). *Direitos humanos: desafios humanitários contemporâneos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 354. Com relação ao elemento nacionalidade, embora Anjos Filho o tenha mencionado, ele afirma que “Nos trabalhos empreendidos pela ONU já mencionados a condição de *nacional* ou de *cidadão* só não está presente na contribuição de Asbjorn Eide, que demanda apenas residência. [...] hoje em dia a tendência é a de reconhecer a existência de obrigações dos Estados para com os grupos minoritários que se encontrem dentro dos seus limites territoriais, independentemente das pessoas que os compõem serem seus nacionais ou cidadãos.” (ANJOS FILHO, Robério dos. *Minorias e grupos vulneráveis: uma proposta de distinção*. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (Coords.). *Direitos humanos: desafios humanitários contemporâneos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 353).

*peçoas*³⁵. Em outras palavras, há um, “*desejo das minorias de preservarem os elementos particulares que os caracterizam, ou seja, a vontade comum de todo o grupo de conservar seus rasgos distintivos.*”³⁶.

Já o conceito de grupos vulneráveis tem uma abrangência maior do que a noção de minorias, embora admita Anjos Filho³⁷ que existem características comuns compartilhadas por ambas as espécies, a saber:

São aspectos comuns entre *minorias* e *grupos vulneráveis em sentido estrito*: a) a desnecessidade de que os seus componentes sejam nacionais ou cidadãos do Estado em que se encontram; b) o fato de que são grupos não-dominantes; c) a incidência de uma vulnerabilidade.

Quanto aos aspectos distintivos, Robério Nunes dos Anjos Filho³⁸ afirma que as minorias são distintas dos grupos vulneráveis³⁹ no que diz respeito aos seguintes elementos: 1) *numérico*; 2) *diferenciador*; 3) *solidariedade*.

Iniciaremos a análise pelo elemento diferenciador, pois, segundo Anjos Filho⁴⁰, o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos de 1966 reconhece o que a doutrina tem chamado de *minorias históricas* ou *tradicionalistas*, que são as minorias étnicas, religiosas e linguísticas, consoante dicção do artigo 27 do referido Pacto.

Aqui, o ponto fundamental é o elemento cultural, pois as minorias possuem um liame que imprime uma identidade cultural ao grupo. Assim:

Essa identidade cultural é o amálgama da minoria, cujos componentes, justamente em razão dela, necessitam da *proteção coletiva de seus traços distintivos*, sem a qual a dignidade de cada um dos seus integrantes não se realiza plenamente⁴¹.

Relativamente ao elemento solidariedade, fundamentado nos trabalhos desenvolvidos por Capotorti, Dêschenes e Chernichenko no âmbito das Nações Unidas, afirma Robério Anjos Filho que o conceito de minorias exige “*que o grupo em questão deseje, ao menos implicitamente,*

35 ANJOS FILHO, op. cit., p. 354.

36 LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Multiculturalismo, minorias e ações afirmativas: promovendo a participação política das mulheres*. Pensar, Fortaleza, v. 11, p. 54-59, fev., 2006, p. 55.

37 ANJOS FILHO, op. cit., p. 357.

38 ANJOS FILHO, op. cit., p. 359.

39 Doravante adotaremos a locução “grupos vulneráveis” como sinônimo de “grupos vulneráveis em sentido estrito”.

40 ANJOS FILHO, op. cit., p. 360.

41 ANJOS FILHO, op. cit., p. 361.

*a manutenção de seus elementos diferenciadores*⁴², exigência esta que não se faz presente para os grupos vulneráveis.

Finalmente, Anjos Filho⁴³ aborda o elemento numérico como diferenciador entre as minorias e os grupos vulneráveis, entendendo que aquelas se constituem, necessariamente, em um grupo numericamente inferior ao restante da população.

Consideradas essas questões, portanto, vê-se que as pessoas com deficiência não podem ser consideradas minorias, mas sim grupos vulneráveis, já que não há um elemento étnico, religioso ou cultural que os agrupa em um determinado grupo social, mas sim, a ideia de deficiência, caracterizada na situação que resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente, capazes de impedir a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com os demais indivíduos.

2 TRATAMENTO JURÍDICO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

No ordenamento jurídico brasileiro temos disposições de ordem constitucional e infraconstitucional. Segundo Luiz Alberto David Araújo⁴⁴, “*A Constituição de 1.988 protegeu de forma minuciosa o grupo das pessoas portadoras de deficiência, acolhendo a terminologia do seu tempo.*”

Conforme relata Araújo⁴⁵, o primeiro traço de proteção às pessoas com deficiência, mesmo que de forma não-específica, se deu no artigo 138, letra “a” da Constituição de 1.934⁴⁶, que segundo ele, “*Era regra geral, programática, sem preocupação especial com um tema determinado.*”⁴⁷

Em 1.946 há uma referência breve ao trabalhador que se tornar inválido, conforme norma que se encontrava plasmada no artigo 157, inciso XVI⁴⁸, norma essa que é repetida pela Constituição de 1.967.

42 ANJOS FILHO, op. cit., p. 362.

43 ANJOS FILHO, op. cit., p. 360.

44 ARAÚJO, 2008, p. 911.

45 ARAÚJO, 2008.

46 Art 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: a) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurará coordenar. A Carta de 1.937 mantém no artigo 127 a mesma regra anterior.

47 ARAÚJO, 2008, p. 911.

48 Art. 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores: [...] XVI - previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as conseqüências da doença, da velhice, da invalidez e da morte;

A Emenda Constitucional nº 1, de 1.969 prescrevia em seu artigo 175 uma preocupação mais específica com o ensino, prevendo no seu parágrafo 4º, lei especial sobre a educação de excepcionais.

Todavia, adverte Luiz Alberto David Araújo⁴⁹ que foi somente com a Emenda Constitucional nº 12, de 1.978, “*que tivemos o ingresso do tema tratado de forma sistemática.*” Segundo Araújo:

O artigo único da Emenda trouxe inovação de tratar a pessoa portadora de deficiência como uma questão constitucional, questão que deveria ser enfocada em sua peculiaridade e como se fosse um sistema próprio de proteção constitucional⁵⁰.

Mas é com a Constituição Federal de 1.988 que o tratamento obteve maior abrangência. Para José Roberto Anselmo, “*A Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma série de direitos aos portadores de deficiência, sendo certo que a legislação infraconstitucional cuidou da efetivação desses direitos.*”⁵¹

Na Constituição de 1.988 vemos diversas previsões específicas em relação às pessoas com deficiência. O artigo 7º, XXXI trata de proibição de qualquer tipo de discriminação no que se refere aos salários e critérios de admissão do trabalhador com deficiência. Também o artigo 37, inciso VIII da Lei Fundamental traz dispositivo referente à reserva de percentual de cargos e empregos públicos a serem preenchidos pelas pessoas com deficiência.

No que se refere à repartição de competências, três dispositivos podem ser mencionados, a saber, o artigo 23, II, o artigo 24, XIV e o artigo 30, inciso II.

No artigo 23, inciso II, vê-se a previsão de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas com deficiência. Aqui, cuida-se de competência material comum⁵².

Há competência legislativa concorrente no artigo 24, inciso XIV entre a União, Estados e Distrito Federal⁵³, no que se refere à proteção e integração

49 ARAÚJO, 2008, p. 912.

50 ARAÚJO, 2008, p. 912.

51 ANSELMO, José Roberto. *A fissura labiopalatal, a proteção constitucional da pessoa portadora de deficiência e a competência municipal legislativa*. In: ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. *Constituição e inclusão social*. Bauru: Edite, 2007, p. 242.

52 ANSELMO, 2007.

53 Lembra Fernanda Dias Menezes de Almeida (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 138) que “A leitura do *caput* do artigo 24 mostra que a competência legislativa concorrente foi distribuída entre a União, os Estados e o Distrito Federal, não se mencionando os Municípios entre os aquinhoados.”

social das pessoas com deficiência. Sobre este dispositivo, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal na ADI 903-6 – Minas Gerais, da relatoria do Ministro Celso de Mello⁵⁴, cujo excerto da ementa transcreve-se abaixo:

A Constituição Federal, ao instituir um sistema de condomínio legislativo nas matérias taxativamente indicadas no seu art. 24 – dentre as quais avulta, por sua importância, aquela concernente à proteção e à integração social das pessoas portadoras de deficiência (art. 24, XIV) –, deferiu ao Estado-membro, em “*inexistindo lei federal sobre normas gerais*”, a possibilidade de exercer a competência legislativa plena, desde que “*para atender a suas peculiaridades*” art. 24, § 3º. A questão da *lacuna normativa preenchível*.

Por fim, prevê-se a competência dos Municípios em suplementar a legislação federal ou estadual, conforme norma estampada no inciso II do artigo 30 da Constituição Federal.

Pontifica Almeida que, “*Preliminarmente, diríamos que só cabe a suplementação em relação a assuntos que digam respeito ao interesse local.*” Neste contexto, leciona Almeida, o Município poderá suplementar a legislação federal ou estadual em matérias necessárias para a atuação das competências materiais privativas deste Ente federal ou para atuar competências materiais comuns⁵⁵.

O primeiro caso, ou seja, nos casos em que a suplementação se dá em matérias necessárias à atuação das competências materiais privativas do Município, preleciona Fernanda Dias Menezes de Almeida que “*terá cabimento a legislação municipal suplementar quando o exercício da competência material privativa do Município depender da observância de normação heterônoma*”⁵⁶, podendo isso ocorrer em tanto em relação à legislação federal, quanto em relação à estadual⁵⁷.

Importante salientar, ainda, que, em função do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 2009, por ter sido aprovado pelo Congresso Nacional com observância do rito próprio para aprovação das emendas constitucionais, conforme dá conta o Decreto Legislativo nº 186, de 2008, passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro com *status* de norma constitucional.

54 DJ 24.10.1997.

55 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 139.

56 ALMEIDA, op. cit.

57 Ver: artigo 30, inciso IV da Constituição Federal.

Já, no âmbito das competências comuns, adverte Almeida que o tema é delicado, entendendo que:

[...] a competência conferida aos Estados para complementarem as normas gerais da União não exclui a competência do Município de fazê-lo também. Mas o Município não poderá contrariar nem as normas gerais da União, o que é óbvio, nem as normas estaduais de complementação, embora possa também detalhar estas últimas, modelando-as mais adequadamente às particularidades locais⁵⁸.

Logo:

[...] inexistindo as normas gerais da União, aos Municípios, tanto quanto aos Estados, se abre a possibilidade de suprir a lacuna, editando normas gerais para atender a suas peculiaridades. Porém, se o Estado tiver expedido normas gerais, substituindo-se à União, o Município as haverá de respeitar, podendo ainda complementá-las. Não havendo normas estaduais supletivas, é livre então o Município para estabelecer as que entender necessárias para o exercício da competência comum⁵⁹.

Continuando, o artigo 201, inciso IV da Constituição Federal traz outra norma relativa à proteção à pessoa com deficiência, prescrevendo, no campo da Seguridade Social, a promoção de habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária, além do benefício assistencial de prestação continuada, consistente na garantia de 1 (um) salário mínimo mensal a pessoa com deficiência que comprove não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Na seara da educação, o artigo 208, inciso III prevê o atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino⁶⁰.

No artigo 227, se tem duas normas prevendo medidas de proteção às pessoas com deficiência, a saber, o disposto no § 1º, inciso II e o § 2º. No primeiro caso, cuida-se da criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas com deficiência física, sensorial ou mental, buscando, ainda a integração social do adolescente com deficiência, através de treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos. O § 2º do artigo 227 trata de lei que deverá dispor sobre as

58 ALMEIDA, op. cit., p. 140.

59 ALMEIDA, op. cit., p. 141.

60 Conferir a Lei nº 10.845, de 5 de março de 2004 que trata do Programa de Complementação ao Atendimento Educacional Especializado às Pessoas Portadoras de Deficiência – PAED.

normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público, além da fabricação de veículos de transporte coletivo, com o desiderato de garantir o acesso adequado às pessoas com deficiência.

No ordenamento jurídico infraconstitucional há inúmeras normas, sejam leis ordinárias, decretos, portarias, resoluções, etc., que tratam de alguns aspectos relativos à proteção das pessoas com deficiência⁶¹.

Como exemplo, menciona-se a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, que estabeleceu normas gerais visando assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas com deficiência e sua integração social, em atendimento ao disposto no artigo 24, inciso XIV da Carta Maior, prevendo medidas nas áreas de educação, saúde, formação profissional e do trabalho, recursos humanos e edificações⁶² e o Decreto nº 3298, de 20 de dezembro de 1999, que estabeleceu novo regulamento sobre a “Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência”.

3 CONCLUSÃO

Importantes alterações ocorreram nos últimos tempos com relação ao tema envolvendo das pessoas com deficiência. A principal é a mudança no enfoque que antes era posto na deficiência e que, atualmente, aponta para a pessoa. Em outras palavras, a importância passa a ser a pessoa, a qual deve ser valorizada em razão de sua condição como tal, tornando a abordagem do tema adequado à promoção da dignidade da pessoa humana.

Outra conclusão importante reside no entendimento esposado pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de que a deficiência é um conceito em evolução, razão por que, essa dinâmica da definição impõe a consideração de que novos tipos de deficiência podem surgir com o passar do tempo, exigindo atuação do Poder Público e sociedade com vistas a inclusão e valorização das pessoas que vierem a sofrer de novas deficiências.

Esse conceito em evolução, também, aponta para outro fator delineado na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que é justamente a questão de barreiras sociais que podem surgir, traduzindo-se, assim, na existência de uma inarredável responsabilidade dos membros da sociedade em respeitar e valorizar as pessoas com deficiência justamente porque são pessoas.

61 Neste sentido, consultar o documento “Pessoa Portadora de Deficiência: Legislação Federal Básica”, editado pela Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, da Secretaria Especial dos Direitos Humanos, da Presidência da República.

62 ANSELMO, José Roberto. *A fissura labiopalatal, a proteção constitucional da pessoa portadora deficiência e a competência municipal legislativa*. In: ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. *Constituição e inclusão social*. Bauru: Edite, 2007. p. 247.

Viu-se, também, que o tratamento constitucional no Brasil, mais abrangente, ocorreu somente a partir da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, quando começou a desenhar-se um panorama novo com relação às pessoas com deficiência, sobretudo em razão da dignidade humana que fora calcada a fundamento da República Federativa do Brasil.

Por fim, outro elemento importante a ser extraído do presente estudo reside na aplicação da teoria do bloco de constitucionalidade, tendo em vista o teor do artigo 5º, § 3º da Constituição Federal e a aprovação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, pelo Congresso Nacional, em conformidade com o rito próprio para as emendas constitucionais, alargando, em nosso ordenamento jurídico, as normas constitucionais para além do texto da Carta Política de 1988.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Tratados internacionais e bloco de constitucionalidade. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano XII, nº 273, p. 58-59, mai. 2008.

AMIRALIAN, Maria LT et al. Conceituando deficiência. *Revista de Saúde Pública*. São Paulo, Universidade de São Paulo, vol. 34, nº 1, p. 97-103, fev. 2000.

ANJOS FILHO, Robério dos. Minorias e grupos vulneráveis: uma proposta de distinção. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (Coords.). *Direitos humanos: desafios humanitários contemporâneos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 341-380.

ANSELMO, José Roberto. *O papel do Supremo Tribunal Federal na concretização do federalismo brasileiro*. Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2006.

_____. *A fissura labiopalatal, a proteção constitucional da pessoa portadora deficiência e a competência municipal legislativa*. In: ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. *Constituição e inclusão social*. Bauru: Edite, 2007. p. 241-256.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 2. ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração das Pessoa Portadora de Deficiência, Ministério da Justiça, 1997.

_____. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência: algumas dificuldades para efetivação dos direitos. In: SARMENTO, Daniel;

IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 911-923.

AUDI, Robert (ed.). *The Cambridge dictionary of philosophy*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

BENEDET, Renata. *Lei nacional e lei federal: a repartição de competências na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Núcleo de Estudos Jurídicos, vol. 11, n. 2, p. 301-311, jul/dez., 2006.

BOTELHO, Marcos César. *Democracia e jurisdição: a legitimidade da jurisdição constitucional na democracia procedimental de Jürgen Habermas*. Revista Direito Público, Brasília, nº 19, p. 218-233, jan./fev. 2008.

_____. A corte constitucional como espaço público por excelência: considerações em Habermas e Häberle. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano XIII, nº 294, p. 50-51, abr. 2009a.

_____. A equiprimordialidade entre autonomia pública e privada: uma proposta procedimentalista para a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas. *Revista Eletrônica do Direito Privado*. Londrina, Universidade Estadual de Londrina, vol. 2, nº 1, p. 1-23, 2009b. Disponível em: <http://www2.uel.br/.../Marcos_Cesar_Botelho_A_Equiprimordialidade_%20Autonomia_Pública_Privada.pdf>. Acesso em: 22 set. 2009.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-50.

CARBONELL, Miguel. Constitucionalismo, minorias y derechos. In: CARBONELL, Miguel; PARCERO, Juan A. Cruz; VÁSQUEZ, Rodolfo (coords.). *Derechos sociales y derechos de las minorias*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

DANIEL, Roberto Francisco. O ser pessoa: a base ontológica do direito. In: ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Efetivando direitos constitucionais*. Bauru: Edite, 2003, p. 551-564.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GARCIA, Edinês Maria Sormani; CARDOSO, Carla Roberta Fontes. A proteção da pessoa portadora de deficiência e seu fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. In: ARAÚJO, Luiz Alberto David (coord.). *Direito da pessoa portadora de deficiência*. Bauru: Edite, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

HARTMAN, Gary; MERSKY, Roy M.; TATE, Cindy L. *Landmark supreme court cases*. New York: Facts On File, 2004. p. 34-39.

LEWIS, James R.; SKUTSCH, Carl. *The human rights encyclopedia*. Armonk, NY: M.E. Sharp, 4 vol., 2001.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Multiculturalismo, minorias e ações afirmativas: promovendo a participação política das mulheres. *Pensar*, Fortaleza, v. 11, p. 54-59, fev., 2006.

MALPAS, Jeff. Human dignity and human being. In: MALPAS, Jeff; LICKISS, Norelle (eds.). *Perspectives on human dignity: a conversation*. Dordrecht, Netherlands: Springer, 2007, p. 19-25.

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

MERCHÁN, José Fernando Merino; COROMINA, María Pérez-Ugena; SANTOS, José Manuel Vera. *Lecciones de derecho constitucional*. Madrid: Tecnos, 1995.

MERRIAM-WEBSTER'S DICTIONARY OF LAW. Springfield, Massachusetts, 1996.

MINHOTO, Antonio Celso Baeta. A inclusão social e a questão da conceituação do termo "portador de deficiência". In: ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. *Constituição e inclusão social*. Bauru: Edite, 2007, p. 9-28.

_____; OTERO, Cleber Sanfelici. *Portador de deficiência, federação e inclusão social*. In: MINHOTO, Antonio Celso Baeta (org.). *Constituição, minorias e inclusão social*. São Paulo: Rideel, 2009. p. 15-64.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Tomo IV, 2008.

PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA: LEGISLAÇÃO FEDERAL BÁSICA. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

BRASIL. PROGRAMA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS – PNDH. 11ª Conferência Nacional dos Direitos Humanos. Texto-base. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008.

QUEIROZ, Cristina. *Direito constitucional: as instituições do estado democrático e constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2009.

RESENDE, Ana Paula Crosara; VITAL, Flavia Maria de Paiva (coord.). *A convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SASSAKI, Romeu Kazumi. *Como chamar as pessoas que têm deficiência*. São Paulo: RNR, 2003. Disponível em: <<http://sivc.saci.org.br/files/chamar.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2009.

SECCHI, Kenny; CAMARGO, Brígido Vizeu; BERTOLDO, Raquel Bohn. *Percepção da imagem corporal e representações sociais do corpo. Psicologia: Teoria e Pesquisa*, vol. 25, nº 2, p. 229-236, abr./jun. 2009.

SEGADO, Francisdo Fernandez. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo dos ordenamentos jurídicos modernos*. Porto Alegre: Emagis TRF 4ª Região, 2006.

SILVA, Maria Isabel da. *Por que a terminologia “pessoas com deficiência”?*. Universidade Federal Fluminense. Núcleo de Acessibilidade e Inclusão Sensibiliza – UFF, 2009. Disponível em: <<http://www.proac.uff.br/sensibiliza/por-que-terminologia-pessoas-com-deficiencia>>. Acesso em 23 nov. 2009.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, nº 16, p. 20-45, jul./dez. 2006.

SULMASY, Daniel P. Human dignity and human worth. In: MALPAS, Jeff; LICKISS, Norelle (eds.). *Perspectives on human dignity: a conversation*. Dordrecht, Netherlands: Springer, 2007, p. 9-18.

TATE, Michael. Human dignity: the new phase in international law. In: MALPAS, Jeff; LICKISS, Norelle (eds.). *Perspectives on human dignity: a conversation*. Dordrecht, Netherlands: Springer, p. 183-186, 2007.

TAVARES, André Ramos. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: ARAÚJO, Luiz Alberto David; SEGALLA, José Roberto Martins (coords.). *15 anos da constituição federal em busca da efetividade*. Bauru: Edite, 2003.

TURNER, Bryan S. (ed). *The Cambridge dictionary of sociology*. Cambridge; Cambridge University Press, 2006.

O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA CONSULTIVA NO ENFRENTAMENTO DA CORRUPÇÃO

THE ROLE OF PUBLIC LEGAL ADVISORY IN FIGHTING CORRUPTION

Rafael Ramalho Dubeux

Advogado da União e

Chefe Substituto da Assessoria Jurídica da Controladoria-Geral da União

Bacharel em Direito pela UFPE e Mestre em Relações Internacionais pela UnB

SUMÁRIO: Introdução; 1 Auxílio no controle da legalidade; 2 Elaboração normativa; 3 Elaboração de teses jurídicas; 4 Articulação entre instituições. 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo aborda o papel da advocacia pública consultiva no enfrentamento da corrupção. Diferentemente das análises mais usuais sobre o tema, que enfatizam o controle da legalidade, o texto destaca outras facetas da consultoria jurídica que podem trazer resultados mais eficazes para a prevenção e o combate à malversação de recursos públicos.

O autor propõe uma reflexão sobre o papel típico do advogado público, distinguindo-o daquele realizado pelos promotores ou pelos auditores. Mesmo diferenciadas essas atribuições, o texto enxerga um espaço como auxiliar do gestor no controle da legalidade dos atos administrativos. Também nessa linha, o autor propõe como principais atribuições da advocacia consultiva orientações na elaboração de atos normativos em favor da transparência e do controle da gestão pública. A essa tarefa se soma a incumbência de elaborar teses que tenham por finalidade auxiliar o poder público a aplicar a lei de modo eficaz. Por fim, o artigo ressalta o papel de articulação interinstitucional que pode ser realizado pela advocacia pública, em razão da capilaridade da instituição em todos os órgãos da Administração.

O texto conclui revisando alguns avanços realizados nos últimos anos no enfrentamento da corrupção e aponta as perspectivas para os novos passos a serem dados nessa área.

PALAVRAS-CHAVE: Consultoria Jurídica. Corrupção. Controle de Legalidade. Elaboração Normativa.

ABSTRACT: This article addresses the role of public legal advisory in confronting corruption. Unlike more usual analysis on the subject, which emphasize the control of legality, this text highlights other facets of the legal advice that may bring more effective results in preventing and combating mismanagement of public resources.

The author proposes a reflection on the typical role of a public legal advisor, distinguishing it from that held by the prosecutors or the auditors. Even distinguishing these different tasks, the text suggests there is some room to work as an assistant manager to control the legality of administrative acts. Also in this line, the author proposes, as main tasks of a public legal advisory, guidelines in the drafting of legal provisions in order to promote transparency and the control of public funds. This task can be compounded by the assignment of drawing up legal theses that assist the government to enforce the law effectively. Finally, the article highlights the inter-institutional coordination can be done by the public legal advisory, thanks to the capillarity of the institution in all agencies of government.

The paper concludes by reviewing some progress in recent years in fighting corruption and outlines the perspectives for new steps to be taken in this area.

KEYWORDS: Public Legal Advisory. Corruption. Control of Legality. Drafting of Legal Provisions.

INTRODUÇÃO

Muito se tem discutido sobre o papel da advocacia pública consultiva na prevenção e no combate à corrupção. Trata-se de tema central das políticas públicas brasileiras, eis que o combate à corrupção está inserido na agenda nacional como um dos itens prioritários. Para essa análise, devem ser considerados os trabalhos desenvolvidos, no âmbito federal, pelas Consultorias Jurídicas dos Ministérios (CONJUR) e pelos Núcleos de Assessoramento Jurídico (NAJ) e, nas esferas estadual e municipal, pelas respectivas unidades consultivas de suas Procuradorias.

Sobre esse assunto, é preciso ter em mente, primeiramente, que a posição dos consultores jurídicos não é simples. Por um lado, sendo advogados, são parceiros e confidentes do gestor; doutro lado, sendo auxiliares no controle da legalidade dos atos administrativos, são também fiscais do gestor. Equilibrar-se nesse fio de navalha não é tarefa fácil, mas há diretrizes que podem nortear uma ação eficaz contra a corrupção.

Não se pode perder de vista que o gestor público é o representante do poder eleito democraticamente para implantar políticas públicas, devendo-se presumir a boa-fé de suas ações. Conquanto o papel do consultivo seja “assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos” (art. 11, inciso IV), não se pode confundir essa missão com a do Ministério Público ou mesmo com a dos órgãos de auditoria e de fiscalização (Controladoria-Geral da União e Tribunal de Contas da União). O próprio texto legal menciona que se deve auxiliar o gestor nesse controle de legalidade, e não propriamente investigá-lo. A presunção de ilegitimidade dos atos do gestor, portanto, não se coaduna com o papel das consultorias.

Apesar de se impor a presunção de legitimidade dos atos do gestor, há um largo espaço para a atuação da consultoria jurídica na prevenção e no combate à corrupção. Destaco quatro grupos de atividades que devem ser levadas em conta no desempenho das funções de assessoria jurídica:

- a) auxílio no controle de legalidade;
- b) elaboração normativa para a transparência e o controle;
- c) a formulação de teses; e
- d) articulação interinstitucional. Trataremos cada um deles em um dos tópicos a seguir.

1 AUXÍLIO NO CONTROLE DA LEGALIDADE

Quanto ao papel da advocacia pública consultiva no auxílio do controle de legalidade de licitações e de convênios, convém iniciar a análise pelo exame da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, que assim dispõe:

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

[...]

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

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

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

O papel das consultorias jurídicas, segundo o texto legal transcrito, é o de assistir a autoridade assessorada. Essa atribuição não pode ser confundida com a missão conferida constitucionalmente aos órgãos de controle interno e externo, aos quais compete apreciar ou comprovar a legalidade dos atos administrativos (art. 71 e art. 74 da Constituição). Ainda que haja alguma interseção entre esses papéis, merece realce o papel do advogado público de auxiliar do gestor no controle da legalidade de seus atos. Eventual incorreção das ações administrativas deve ser reparada por meio da indicação de caminhos alternativos, e não pelo registro de críticas descompromissadas com os objetivos institucionais do órgão assessorado.

Por isso, em relação a esse auxílio ao gestor no controle da legalidade das licitações e dos convênios, é preciso observar que há algum espaço para agir, mas é preciso ter conta que essa atuação não é a maior contribuição que os advogados públicos podem dar à causa da prevenção e do combate à corrupção. Sua eficácia é bastante limitada, já que a maior parte dos problemas, hoje, é constatada na execução dos

contratos ou dos convênios, e não propriamente nas licitações ou na celebração do termo.

Assim, não passam pela análise da consultoria jurídica problemas como o pagamento por serviços não-prestados ou por obras não executadas, a utilização de licitação “guarda-chuva” pelo conveniente ou mesmo a utilização de material de qualidade inferior à pactuada.

Vê-se, portanto, que, nesse aspecto, a atuação central contra a corrupção é das equipes de auditoria e de fiscalização, isto é, dos órgãos de controle interno e externo. Ainda assim, porém, parte dos problemas pode sim ser enfrentada pelo consultivo jurídico, entre os quais a realização de aditivos contratuais com a finalidade de promover o “jogo de planilhas” ou de modificar substancialmente o objeto, cláusulas restritivas para a competição (direcionamento de licitação), repactuações indevidas, reconhecimento de situação de inexigibilidade inexistente e critérios de julgamento injustificados.

Parcela desses temas, porém, exige conhecimentos técnicos relacionados ao objeto da licitação ou do convênio. Nesse caso, o grande papel do consultivo é exigir que haja documentos da área especializada, devidamente assinados, atestando a adequação das medidas. A exigência da firma nesses documentos é essencial para deixar claras as responsabilidades e, se for o caso, posteriormente, viabilizar a aplicação de sanções aos que praticaram atos irregulares. Nessa linha, veja-se, por exemplo, a opinião da advogada da união Angélica Moreira Dresch da Silveira, que ressalta o papel dos Núcleos de Assessoramento Jurídico e as Consultorias Jurídicas dos Ministérios:

O Núcleo de Assessoramento Jurídico não dispõe de competência para a análise contábil dos valores postos no orçamento estimativo elaborado pelo licitante, nem para o levantamento dos preços cotados, providências a cargo dos órgãos/setores técnicos competentes (princípio da segregação das funções), mas deve verificar se constam dos autos do processo os respectivos comprovantes/orçamentos que serviram de parâmetro à fixação do preço. A orientação do NAJ, no exame jurídico do procedimento licitatório e de contratação direta, deve ser no sentido de que o órgão licitante comprove a realização da pesquisa de mercado, através da juntada dos respectivos orçamentos, orientação que encontra respaldo na jurisprudência do Tribunal de Contas da União.¹

1 SILVEIRA, Angélica Moreira Dresch da Silveira. A função consultiva da Advocacia-Geral da União na prevenção da corrupção nas licitações e contratações públicas. *Revista da AGU*, ano VIII, nº 20. Brasília, DF, p. 95-96, abr./jun. 2009.

Para aprimorar esse trabalho, contudo, seria conveniente a realização de cursos de capacitação com auditores especializados nessas questões, o que auxiliaria a compreensão das matérias e permitiria que os integrantes das unidades de consultoria pudessem realizar análises menos jurídico-formais, e mais voltadas aos pontos sensíveis de licitações, contratos e convênios. De todo modo, cumpre estar alerta às diferenças entre o papel do auditor e a missão do advogado público.

Seria ainda importante a realização de uma lista de verificação dos itens a serem obrigatoriamente examinados em cada processo de contratação ou de convênio. A criação de um protocolo mais rigoroso de análise tornaria o trabalho mais rápido e mais simples (já que o advogado saberia exatamente o que verificar), além de mais eficaz (uma vez que os pontos sensíveis poderiam ser incorporados ao *check list*).

Desse modo, há uma tarefa importante a desempenhar no auxílio do gestor no controle da legalidade dos atos. Esse papel, contudo, não pode confundir-se com o dos órgãos de controle. Situações excepcionais de evidente má-fé ou de detecção de irregularidade grave devem ser solucionadas por meio de representação aos próprios órgãos de controle ou, se for o caso, até mesmo às instituições de investigação e de persecução penal. Mas simples impropriedades em procedimentos administrativos ou divergências de entendimento não devem merecer críticas descompromissadas com os objetivos institucionais do órgão, e sim registros com alternativas de encaminhamentos.

2 ELABORAÇÃO NORMATIVA

A segunda área de atuação contra a corrupção das unidades consultivas da advocacia pública é a de elaboração normativa. Como os atos normativos do Poder Executivo são sempre submetidos previamente à análise das respectivas unidades de assessoramento jurídico, cabe a elas papel fundamental na formação de políticas públicas. As ações governamentais são regidas por leis, decretos ou portarias – daí o relevo do papel a cargo das consultorias jurídicas.

Ao examinar o conteúdo de cada um dos atos normativos editados pelo poder público, as consultorias podem tomar parte no modelo das políticas públicas, buscando aprimorá-las. De fato, o poder estatal exerce suas atividades por meio de políticas públicas, conceito-chave no Direito Administrativo atual, conforme aponta Maria Paula Dallari BUCCI em seu *Direito Administrativo e Políticas Públicas (2002)*. Convém transcrever excerto com a definição da autora para políticas públicas:

Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades

privadas para a realização de objetivos relevantes e politicamente determinados.²

Ora, a prerrogativa da advocacia pública consultiva de examinar os atos normativos que fixarão as políticas públicas permite buscar a incorporação de medidas que auxiliem a prevenção e o combate à corrupção.

Assim, devem as unidades consultivas demandar que a norma analisada contemple, com clareza:

- 1) os objetivos da política pública em questão; e, sempre que possível;
- 2) os indicadores de desempenho para mensurá-la adequadamente, quer em termos de produto, quer em termos de impacto social. A explicitação dessas medidas permite um acompanhamento de resultados da política pública. Desse modo, os dados colhidos ao longo da execução podem sugerir a difusão da medida (alta efetividade), modificação e aprimoramentos (efetividade parcial), ou ainda, caso se revele ineficaz para o problema que pretendiam enfrentar, sua completa reformulação (inefetividade).

Além disso, deve-se buscar que das normas constem, sempre que viável:

- 3) transparência da aplicação dos recursos públicos; e
- 4) mecanismos de fomento ao controle social. Seriam inestimáveis, por exemplo, os ganhos de eficiência e de legalidade se a aplicação dos recursos públicos estivesse sempre em bancos de dados eletrônicos centralizados e de livre acesso à população. Essas medidas representariam uma enorme contribuição por permitir um controle de resultados eficaz das ações governamentais por parte da população interessada.

A demanda do consultivo jurídico para incluir medidas dessa natureza não é desprovida de fundamento. O próprio *caput* do art. 37 da Constituição insere o princípio da publicidade entre os que regem a administração pública. Com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, a Constituição fixa que a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública, regulando o acesso dos usuários a registros administrativos

² BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 241.

e a informações sobre atos de governo (art. 37, § 3º, inciso II). Vale notar que José Afonso da SILVA vê nesse trecho da Carta a consagração do princípio da participação (SILVA, 2000, p. 659). Como todo princípio, trata-se de norma que sustenta o edifício normativo sobre ele erigido, de modo que a inclusão de medidas dessa natureza em normas de índole infra-constitucional apenas configura a concretização da disposição constitucional.

Ainda sobre o tema, é válido transcrever as reflexões do Advogado da União Giordano da Silva Rossetto:

É sabido e consabido que a Administração Pública jamais maneja interesses, poderes ou direitos pessoais seus. Surge, por conseguinte, o dever de publicidade e transparência dos seus atos. Ora, se todo o poder emana do povo, e em seu nome será exercido (art. 1º, parágrafo único, CF), é óbvio que o povo – titular desse poder – tem o direito fundamental de conhecer o que concerne à Administração Pública e de controlar passo a passo o seu exercício.

[...]

Desse modo, a publicidade – e com ela a consectária transparência – passa a ser um pilar indispensável ao controle dos atos públicos por parte da própria Administração Pública e dos cidadãos. Os atos públicos – porque públicos – devem ser do conhecimento de todos indistintamente, isto é, da coletividade, a fim de que se possa dar legitimidade ao exercício das autoridades na gerência de entes estatais. Ora, se os atos materiais de gerenciamento da coisa pública somente são possíveis devido ao aporte dos recursos que a nação disponibiliza (p.ex., tributos e outras receitas), o seu contribuinte – o povo, na pessoa de cada cidadão –, possui legitimidade para obter a devida prestação de contas.³

A essas disposições constitucionais devem-se somar as várias normas legais e infra-legais que buscam fomentar a transparência na administração pública e o controle social. A Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal, estabelece no art. 48 instrumentos de transparência da gestão fiscal, impondo até mesmo a divulgação de informações em meios eletrônicos de acesso público. Já o art. 67 desse diploma prevê o acompanhamento e a avaliação por entidades representativas da sociedade e busca ampliar o “controle social” (inciso III).

3 ROSSETTO, Giordano da Silva. A Controladoria-Geral da União e a publicação dos relatórios de auditoria de gestão das Empresas Estatais à luz da transparência pública. *Revista da CGU / Presidência da República, Controladoria-Geral da União*, Brasília: CGU, ano II, nº 2, p. 44, out. 2007.

Na Lei nº 10.180, de 2001, impõe-se aos órgãos integrantes do Sistema de Controle Interno a tarefa de “criar condições para o exercício do controle social sobre os programas contemplados com recursos oriundos dos orçamentos da União” (art. 24, inciso XI). Conquanto essa norma se dirija ao controle interno, é evidente que os órgãos da Advocacia Pública consultiva podem colaborar na viabilização das condições para o controle social, especialmente porque podem fazê-lo antes mesmo da edição da norma.

Há diversas outras normas e ações governamentais no sentido de incrementar a transparência e o controle social. Merecem realce a criação do Portal da Transparência (Decreto nº 5.482, de 30 de junho de 2005), a instituição do Sistema de Convênios (Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007) e ainda os diversos conselhos populares que acompanham políticas públicas específicas, como os de assistência social, saúde, alimentação escolar, etc.

Por essas razões, é de grande valor o papel da advocacia pública consultiva em assegurar que as políticas públicas sejam sempre normatizadas com objetivos claros, indicadores de resultados, transparência e controle social.

3 ELABORAÇÃO DE TESES JURÍDICAS

O terceiro campo de atuação do consultivo jurídico no combate à corrupção consiste na construção de teses jurídicas mais ousadas – e consistentes. Prevalece no Poder Judiciário brasileiro uma tendência à leitura hipergarantista da Constituição. É fato que o Brasil viveu um grande trauma ligado à ditadura militar e a sua prática de desrespeito aos direitos fundamentais. Entretanto, a difusão da criminalidade organizada impôs novas formas de ação estatal em defesa da sociedade. A super proteção conferida a garantias fundamentais pode vir a tornar-se um biombo para acobertar a prática de ilegalidades, prejudicando outros valores fundamentais igualmente relevantes, como a segurança pública e a justiça

A violação dos direitos humanos universalmente aceitos, ainda presente no Brasil, deve-se hoje à ação de grupos criminosos que atuam paralelamente às instituições e às regras postas – e não a interpretações rigorosas do texto constitucional ou a medidas legislativas de duvidosa legitimidade, como há algumas décadas.

Por isso, é hora de superar esse momento histórico e conferir aos institutos jurídicos interpretações consentâneas com aquelas atribuídas em outras democracias maduras. Não se trata de transgredir direitos fundamentais – pelo contrário –, mas sim de atribuir-lhes os contornos

adequados às necessidades brasileiras atuais de combate à criminalidade organizada, sintonizando-os com a tradição de outros países igualmente democráticos.

Vale ainda observar que não se cuida de relativização de direitos fundamentais, com base apenas em princípios genéricos – o que poderia, como já apontou o Ministro EROS GRAU (HC 95009), dar margem até mesmo a ignorar o texto constitucional ou legal ao saber dos desejos do intérprete. Busca-se, em rigor, conferir interpretações a institutos constitucionais e legais claramente autorizados pela norma, evitando, na verdade, que se realize o contrário do pretendido pelo legislador, isto é, a flexibilização do texto normativo expresso em favor de princípios abstratos da ampla defesa, do contraditório e da presunção da inocência. De fato, no Brasil, o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência foram levados ao paroxismo. Esses três princípios constitucionais têm sido usados e abusados, como se ampla defesa fosse sinônimo de defesa infinita. Combater o crime organizado, o que inclui a corrupção, exige medidas corajosas – talvez desnecessárias para punir infrações leves, mas imprescindíveis para o combate à criminalidade sofisticada. Não se pode enfrentar organizações criminosas apenas com os instrumentos probatórios tradicionais, como testemunhas e documentos. A aplicação mais rigorosa de normas constitucionais pode ser feita de modo a equilibrar os valores em conflito – do mesmo modo como várias outras nações fazem, sem que se lhes atribua a pecha do autoritarismo.

É válido transcrever excerto de Marcelo Batlouni MENDRONI (2006), no qual tratava do enfrentamento da lavagem de dinheiro, prática indissociavelmente ligada à corrupção. Diz o autor:

Por certo que a lei é rigorosa, enfatizamos, mas não poderia ser de outra forma. Não se combate câncer com aspirina. Para crimes graves e complexos, leis rigorosas e eficientes. Muitas vezes alardeiam inconstitucionalidade e falta de critérios de proteção dos direitos individuais, mas enganam-se e se esquecem de raciocinar com os motivos maiores da implantação destes mecanismos nas legislações de inúmeros países – todos semelhantes –, a proteção da sociedade.

[...] Evidente que não se trata de ofender os direitos e garantias individuais dos cidadãos, constitucionalmente previstos em todos os países. Trata-se, ao revés, de preservá-los através da viabilização do combate eficiente à criminalidade chamada ‘de colarinho branco’, modalidade de crime organizado, evitando-se, novamente, repita-se, o ‘hipergarantismo’ dos ‘delinquentes de gravata’.⁴

4 MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 126-127

E, ainda sobre o rigor necessário aos crimes do colarinho branco, conclui o autor da seguinte forma:

Precisamos entender a grandeza da necessidade de combater as organizações criminosas, os crimes de colarinho branco – para o bem da nossa sociedade. Estes são os crimes que realmente afetam a sociedade, impedem o seu desenvolvimento e a formação de um país mais justo. A lei aí está e deve ser utilizada sem medo e dentro dos seus rigores, e assim começaremos a desfazer o velho ditado: *Lex est araneae tela, quia, si in eam inciderit quid debile, retinetur; grave autem pertransit tela rescissa* – A Lei é como uma teia de aranha: se nela cai alguma coisa leve, ela retém; o que é pesado rompe-a e escapa.⁵

Entre as teses necessárias ao combate eficaz à corrupção merece destaque, de longe, a flexibilização do sigilo. É impossível enfrentar os crimes de colarinho branco sem troca de informações entre os órgãos estatais. Há que se buscar medidas para a troca sistemática de dados entre as diversas unidades incumbidas da repressão aos ilícitos, como a Controladoria-Geral da União, a Polícia Federal, o Banco Central, a Receita Federal e os bancos oficiais. O enrijecimento das trocas de dados a pretexto de salvaguardar a intimidade tem sido um dos principais obstáculos à efetividade do enfrentamento do crime organizado. Ainda que, em alguns poucos temas, haja necessidade de modificação legislativa, na maioria dos casos a tarefa de flexibilizar as regras de compartilhamento de sigilo é de responsabilidade dos advogados públicos.

Ainda sobre o sigilo, é conveniente examinar duas decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal. A primeira (MS nº 21729-DF, julgado em 1995) estabelece que informações sobre recursos públicos não estão submetidas a sigilo, podendo ser compartilhadas com o Ministério Público. Como corolário desse entendimento, deve-se compreender que qualquer interessado pode acessar tais dados, e não só o Ministério Público, já que o fundamento é a inexistência de sigilo. Mais recentemente, em 2007, o STF realizou o julgamento do MS nº 22801-DF, que, à primeira vista, pareceu contrariar seu entendimento anterior, levando, aliás, alguns intérpretes a divulgar, equivocadamente, que a Corte mudara de posição. A análise cuidadosa do tema demonstra que não foi isso. No caso, o STF negou ao TCU a obtenção de senhas que conferiam acesso indiscriminado a informações a cargo do Banco Central do Brasil. Ocorre que o Sistema do BACEN que o TCU pretendia acessar continha diversas informações de caráter privado de pessoas físicas e jurídicas, sem qualquer relação com recursos públicos. O STF, assim, não afastou a possibilidade de compartilhar dados relacionados à malversação de recursos públicos, ou mesmo buscou atrapalhar

5 MENDRONI, op. cit., p. 158.

trabalhos de auditoria com valores dessa natureza; na verdade, a Corte apenas explicitou que o acesso a dados de interesse exclusivamente privado não poderia ser repassado ao TCU nesse contexto, já que a ele não cabe apurar ilícitos dessa índole.

Há outros exemplos de teses favoráveis ao interesse público. O Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 343, asseverando que a falta de advogado em processo disciplinar tornaria a apuração nula por violação ao contraditório e à ampla defesa. O entendimento do Tribunal alargou a ampla defesa a níveis abusivos, dando margem à anulação de milhares de processos apuratórios pelo simples fato de que, por opção própria, o investigado não contratou advogado – ou até contratou, mas ele não figurou formalmente no processo para provocar a nulidade. Felizmente, nesse caso, acatando o recurso apresentado pela advocacia pública, o Supremo Tribunal Federal reviu o entendimento do STJ, lançando a Súmula Vinculante nº 5, que dispunha justamente o inverso do que pretendia o tribunal *a quo*: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.”

Cabe ainda fazer referência ao tratamento dispensado às denúncias anônimas. Alguns intérpretes, aludindo ao texto constitucional (art. 5º, inciso IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato), argumentam que qualquer denúncia anônima deve ser desconsiderada pelo poder público. Tal entendimento está longe de representar o objetivo do constituinte, além de formar um obstáculo enorme para investigação de ilícitos, especialmente quando se trata de criminalidade organizada.

O STF já entendeu que o que a Constituição veda é a investigação baseada exclusivamente em denúncia anônima (veja-se, por exemplo, o RHC nº 86082-RS, julgado em 2008). Quando a denúncia é acompanhada de diligências preliminares pelas autoridades investigatórias, não há obstáculo ao prosseguimento da apuração, já que a lei impõe que as autoridades ajam de ofício. Nos casos de crimes organizados, tanto o sigilo do denunciante, como a denúncia anônima são indispensáveis, tendo em vista o receio dos denunciadores de serem punidos – até com a vida – por tornarem públicas relações incestuosas no seio do poder público. Por essas razões, os principais tratados internacionais contra a corrupção preveem mecanismos para proteger o sigilo dos denunciadores, como a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 1996, e a Convenção da ONU contra a Corrupção, de 2003 – ambas incorporadas ao Direito brasileiro por meio do Decreto nº 5.687, de 2006, e pelo Decreto nº 4.410, de 2002).

Sobre o tema, é válido trazer à tona a situação relatada pelo diretor-executivo da organização Transparência Brasil, Cláudio

ABRAMO⁶. Se um agente da Polícia Federal de plantão recebe um telefonema anônimo comunicando que um bombardeador suicida está em um avião prestes a decolar e, ao averiguar a situação, confirma que um passageiro realmente veste um colete com dinamites, o que deveria fazer o policial? Segundo a tese hipergarantista, não deveria agir, porque há um vício de origem na denúncia anônima. Embora caricata, a situação retrata os riscos que o super garantismo tem trazido para situações tão graves quanto essa na área de corrupção, ainda que os danos não sejam tão evidentes quanto uma bomba em uma aeronave.

Em síntese, esse trabalho de construção de teses favoráveis à União e ao interesse público é, por excelência, a incumbência dos advogados públicos. Trata-se da realização plena de suas missões institucionais, aproveitando-se do conhecimento exigido para o concurso público, do compromisso com o interesse público e da criatividade necessária à concepção dos argumentos. É o principal mecanismo pelo qual a advocacia pública consultiva pode prevenir e combater a corrupção no Brasil.

4 ARTICULAÇÃO ENTRE INSTITUIÇÕES

A quarta área de atuação do consultivo jurídico seria a busca da articulação entre instituições para tornar eficazes as medidas adotadas pela Administração Pública. A parceria entre os órgãos do consultivo e do contencioso já funciona a contento em vários lugares, mas não está inteiramente institucionalizada. Representantes do consultivo e do contencioso devem dialogar permanentemente e, sempre que necessário, dirigirem-se conjuntamente aos fóruns e aos tribunais despachar causas de maior relevo com os magistrados.

Os órgãos da advocacia pública consultiva têm um papel especial a desempenhar nessa articulação, uma vez que sua estrutura é transversal. De fato, as unidades jurídicas são das poucas instituições administrativas que mantêm um núcleo em cada um dos órgãos e das entidades da Administração e dispõem também de um órgão central que coordena a atual setorizada. Essa capilaridade das unidades consultivas facilita a troca de experiências e permite a articulação entre as próprias instituições para as quais prestam assessoria jurídica.

Conquanto seja medida óbvia, a integração entre os órgãos da Administração não é prática comum. Está arraigado na tradição brasileira o vínculo meramente burocrático entre as instituições, e não uma articulação frutífera. No caso da Controladoria-Geral da União, houve um esforço deliberado para aproximá-la de outras instituições, especialmente da Advocacia-Geral da União, da Polícia Federal e do

6 ABRAMO, Cláudio. *Justiça Gramatical O Estado de São Paulo*, São Paulo, 3 fev. 2010.

Ministério Público – essa é parte da receita de êxitos sucessivos no desmonte de organizações criminosas pelo país nos últimos anos.

Nessa nova sistemática de articulação, merecem reflexão os trâmites adotados até há pouco para o ajuizamento de ações de recuperação de ativos. Sejam as multas aplicadas pelo TCU, sejam aquelas outras impostas pela própria administração, os mecanismos de execução têm se mostrado ineficazes. Há que se avaliar outras formas de interação interinstitucional para viabilizar, por exemplo, o ajuizamento de ações cautelares para o bloqueio dos bens, enquanto o processo ainda não se encerrou na via administrativa. Medidas como essa podem proteger a administração e tornar proveitosa a futura execução.

Nesse sentido, a CGU e a AGU estão dando início a uma mudança nas rotinas de encaminhamento das tomadas de contas especiais – TCE. O procedimento tradicional consistia, sinteticamente, no envio da TCE à Controladoria para que esta certificasse a correção do procedimento e a instrução probatória adequada. Em seguida, os autos eram encaminhados ao TCU, onde percorriam longa tramitação até o julgamento final. Só então, os autos eram encaminhados à AGU. Com a implantação das mudanças, a CGU passará a enviar as TCE's diretamente à AGU para a propositura da ação pertinente, notadamente as medidas acautelatórias.

Some-se ainda a importância da articulação entre as unidades consultivas da advocacia pública com as unidades do contencioso. Os braços contenciosos das instituições públicas estão envolvidos com preocupações específicas de sua atividade e nem sempre podem se debruçar devidamente sobre temas caros ao consultivo. Daí a relevância de exercer uma integração efetiva, para além da simples prestação rotineira de informações. Os processos de maior relevo, financeiro ou não, devem merecer um acompanhamento concomitante pelo contencioso e pelo consultivo. Seja em processos disciplinares envolvendo corrupção, seja em declarações de inidoneidade de empresas que patrocinaram atos ilegais em contratações administrativas, a defesa da ética impõe um acompanhamento prioritário desses processos quando judicializados. Nesses casos, há atividades que cada um deles pode desenvolver com maior eficácia, podendo a área judicial se focar nas questões processuais e a área consultiva conferir mais atenção às discussões de mérito discutidas em juízo.

Desse modo, exercendo a articulação entre as instituições para as quais o consultivo jurídico presta assistência e promovendo a aproximação entre as unidades consultivas e contenciosas do poder público, a advocacia pública pode proporcionar relevantes ganhos à defesa das ações do poder público contra a corrupção. Seria de pouca valia se a administração apurasse e sancionasse cidadãos e empresas que se envolveram com

corrupção, mas, em seguida, não lograsse a manutenção dessas medidas em juízo. A articulação interinstitucional é central nessa tarefa.

5 CONCLUSÃO

Nesse documento, procuramos sistematizar os caminhos pelos quais a advocacia pública consultiva pode contribuir para a prevenção e o combate à corrupção. As análises tradicionalmente feitas sobre o tema centram o papel da advocacia pública no controle de legalidade dos atos administrativos. Procuramos demonstrar que, além desse papel, que é fundamental, há outras modalidades de atuação ainda mais eficazes e consentâneas com o trabalho de advogado público.

Buscamos apontar quatro conjuntos de atividades contra a corrupção. Além do auxílio ao gestor no controle da legalidade dos atos administrativos, sugerimos que a advocacia pública consultiva esteja atenta para a incorporação de medidas normativas que aumentem a eficácia e a transparência das políticas públicas, busque construir teses jurídicas arrojadas – e nem por isso menos seguras – na defesa do patrimônio público e, por fim, labore no sentido da articulação entre instituições, tanto as assessoradas, como entre os braços jurídicos consultivos e contenciosos do poder público.

O Brasil conseguiu várias vitórias nos últimos anos no sentido de combater a corrupção. O nível de transparência na aplicação dos recursos federais teve evolução impensável até há poucos anos. As atividades de correição também se ampliaram substancialmente – resultando em mais de 2.500 demissões de servidores federais desde 2003. Foi criado o cadastro das empresas inidôneas e suspensas, reunindo informações da União e dos Estados, o que permitiu dar eficácia ao dispositivo da Lei de Licitações que proíbe que empresas inidôneas continuem celebrando contratos administrativos. Houve fortalecimento de carreiras importantes, como as de policial federal, as de finanças e controle e as da advocacia pública. Tais medidas não autorizam retrocessos. As consultorias jurídicas já vêm desempenhando um papel importante e devem seguir buscando aprimorar esse trabalho.

Em recente pesquisa do Centro de Referência do Interesse Público (CRIP) da UFMG, em parceria com o Instituto Vox Populi, 75% dos brasileiros reconhecem que, nos últimos anos, o que aumentou não foi a corrupção, mas sim a “apuração dos casos de corrupção, que ficavam escondidos”. O número dos que acham que houve grande aumento da corrupção caiu de 17% para 15% no último ano. A percepção pública nem sempre corresponde à verdade, mas, nesse caso, os avanços institucionais verificados parecem demonstrar o acerto da compreensão popular.

REFERÊNCIAS

ABRAMO, Cláudio. Justiça Gramatical. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 3 fev. 2010.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2006.

ROSSETTO, Giordano da Silva. A Controladoria-Geral da União e a publicação dos relatórios de auditoria de gestão das Empresas Estatais à luz da transparência pública. *Revista da CGU / Presidência da República, Controladoria-Geral da União*, Brasília: CGU, ano II, nº 2, out. 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVEIRA, Angélica Moreira Dresch da Silveira. A função consultiva da Advocacia-Geral da União na prevenção da corrupção nas licitações e contratações públicas. *Revista da AGU*, ano VIII, nº 20. Brasília, DF, abr./jun. 2009.

AÇÕES AUTÔNOMAS DE IMPUGNAÇÃO NO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL

AUTONOMOUS ACTIONS OF IMPUGNMENT IN THE FEDERAL SMALL CLAIMS CIVIL COURTS

Raimundo Evandro Ximenes Martins

Procurador Federal

Bacharel em Direito pela Faculdade Federal do Ceará

Cursando Especialização em Direito Processual Civil - Universidade Estadual

Vale do Acaraú

Sumário: Introdução; 1 A Recorribilidade no Sistema dos Juizados Especiais Federais; 2 As Ações Autônomas de Impugnação; 3 Mandado de Segurança; 4 Ação Rescisória; 5 Ação Anulatória do Artigo 486 do Código de Processo Civil; 6 Querela Nullitatis Insanabilis; 7 Reclamação Constitucional; 8 Ações de Impugnação Executiva; 8.1 Dos Embargos a Execução nos Juizados Especiais Cíveis; 8.2 Dos Embargos de Terceiro nos Juizados Especiais Cíveis; 8.3 da Exceção de Pré-Executividade; 9 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo tem por escopo fazer considerações acerca das ações autônomas de impugnação do sistema processual dos Juizados Especiais Cíveis Federais. Embora sem referência na legislação específica, doutrina e jurisprudência são acordes em asseverar o cabimento desses remédios jurídicos para combater decisões teratológicas nesse microsistema jurídico processual. Serão analisados os principais meios impugnativos, demonstrando a existência ou não de sua viabilidade jurídico-legal, à luz do ordenamento jurídico positivo, bem como sob a ótica da cultura jurídica nacional. Além das conhecidas ações — mandado de segurança, ação rescisória e a anulatória do artigo 486 do Código de Processo Civil (CPC) — será dado enfoque à *querela nullitatis insanabilis*. Todo o exame legal, jurisprudencial e doutrinário será feito levando em consideração as linhas mestras que informam a aptidão processual dos Juizados Especiais Federais, sobretudo os princípios da simplicidade, informalidade e economia processual.

PALAVRAS-CHAVES: Juizados Especiais Federais. Ações Autônomas de Impugnação. Cabimento. Decisões Teratológicas. Efetividade Processual.

ABSTRACT: This article aims at making considerations about autonomous actions of impugment of the procedural system of the Federal Small Claims Civil Courts. Although no specific reference in legislation, doctrine and jurisprudence are chords in asserting the relevancy of these legal remedies to combat teratological decisions in that microsystem procedural. The principal means refuter will be analyzed, demonstrating the existence or non viability of their juridical-legal, the light of the legal positive system, as well as from the perspective of national legal culture. Besides the known actions — writ of mandamus, action for rescission and annulling Article 486 of the Code of Civil Procedure — emphasis will be put to the “*querela nullitatis insanabilis*”. All the legal examination, jurisprudential and doctrinal will be made taking into account the guidelines that inform the aptitude of the procedure of the Special Federal Courts, mainly the principles of simplicity, informality and procedural economy.

KEYWORDS: Federal Small Claims Civil Courts. Autonomic actions of Impugment. Admission. Decisions teratological. Effectiveness Procedural.

INTRODUÇÃO

O sistema dos Juizados Especiais Federais foi criado pela Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, cujas disposições são subsidiadas pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

A criação dos Juizados Especiais atendeu a dispositivo constitucional encartado no inciso I do artigo 98 da Constituição do Brasil, tendo o §1º desse referido artigo previsto a criação no âmbito da Justiça Federal.

A intenção do legislador era resolver casos de menor complexidade, com especialização de um ramo do Judiciário, a fim de possibilitar maior celeridade nas varas comuns, onde se processam causas que demandam especulações fáticas mais intrincadas, as quais tinham o mesmo rito de hipóteses menos relevantes.

De logo, deve-se alertar, como o faz Santos e Chimenti (2004, p. 1), “que as questões de direito, por mais intrincadas e difíceis que sejam, podem ser resolvidas dentro do Sistema dos Juizados Especiais”. Portanto, a menor complexidade, referida nos dispositivos legais, diz respeito aos aspectos probatórios, e não ao direito discutido. O que afasta a competência dos Juizados Especiais é a dificuldade de elucidar fatos. A questão de direito, por mais complexa que seja, não é motivo para declinação de competência do Juizado Especial.

Inicialmente, com a Lei nº 9.099/95, somente na esfera estadual e com exclusão de pessoas jurídicas de direito público era possível a instituição de juizados especiais, sua criação no âmbito da Justiça da União não tinha permissivo legal, devendo-se ainda esperar por uma lei instituidora. E foi o que fez a referida Lei 10.259/2001¹.

Com efeito, o administrado, prejudicado por um ato de autoridade federal, tinha de seguir o moroso processo comum, com os privilégios concedidos à fazenda pública, para sanar eventual ilegalidade. Assim, é que a lei criou esse novo sistema processual a fim de possibilitar uma solução mais rápida, atendendo, desse modo, o direito constitucional de acesso à justiça.

A previsão recursal do sistema do Juizado Especial é bastante simplificada em relação ao rito ordinário previsto para a Justiça Comum. Várias hipóteses recursais foram abolidas para permitir maior celeridade.

1 Importante salientar que, a partir de 22 de junho de 2010, passará a vigorar a Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009, a qual dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.

Por força dessa restrição de hipóteses de recurso, que permeia tanto a Lei nº 10.259/2001 como a Lei nº 9.099/95, a melhor hermenêutica é no sentido de sempre conferir interpretação que limite os casos de recursos. No entanto, por trás da irrecorribilidade de algumas decisões judiciais, podem-se camuflar grandes injustiças, veiculadas em decisões teratológicas, as quais desafiam até o mais neófito examinador das regras processuais, daí por que é necessário criterioso exame dos meios impugnativos.

Desse modo, é que a hipótese de manejo de recursos nessa seara do Judiciário tem sido muito discutida, no entanto o cabimento de ações autônomas de impugnação não tem merecido a devida apreciação. De fato, existe um vazio de teorias sobre tal assunto. E o presente artigo almeja fazer uma pequena iniciação sobre esse tema de grande importância.

1 A RECORRIBILIDADE NO SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

A Lei nº 9.099/95, que regula os Juizados Especiais² no âmbito da Justiça Estadual, abriu a possibilidade de existência somente de três espécies recursais, a saber: o recurso inominado (que corresponde à apelação do sistema comum), embargos de declaração e recurso extraordinário. As decisões interlocutórias seriam irrecorríveis, cabendo recurso somente da sentença.

Desse modo, apenas o recurso extraordinário, por força do inciso III do artigo 102 da Constituição do Brasil, é apreciado por magistrados não componentes do Juizado, porquanto não se pode subtrair da apreciação do Supremo Tribunal Federal (STF) qualquer decisão final que contrarie dispositivo constitucional, que declare a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, que julgue válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição ou que tenha como válida lei local contestada em face de lei federal.

Diferentemente do quadro traçado para os Juizados Especiais Cíveis Comuns³, a sistemática recursal nos Juizados Cíveis Federais apresenta marcantes diferenças. As duas principais residem na possibilidade de recurso contra decisão interlocutória que “deferir medidas cautelares no curso do processo, para evitar dano de difícil reparação” (artigo 4º da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001) e na irrecorribilidade das sentenças sem resolução de mérito (interpretação do artigo 5º da aludida lei).

² Provavelmente, os Juizados Especiais Estaduais e do Distrito Federal, já instituídos, passarão a ser denominados de Juizados Especiais Comuns para diferir-se dos Juizados da Fazenda Pública, que também são estaduais ou distritais, cuja criação foi autorizada pela Lei 12.153/2009.

³ Anote-se que, neste trabalho, passar-se-á a utilizar o termo Juizado Especial Comum para referir-se aos Juizados regidos pela Lei 9.099/95, em contraposição aos Juizados Federais regidos pela Lei 10.259/2001 ou aos Juizados da Fazenda Pública regidos pela Lei 12.153/2009.

Desse modo, houve aumento considerável das hipóteses recursais nos Juizados Cíveis Federais. É que, além das previstas na Lei nº 9.099/95, a Lei nº 10.259/2001 inovou o sistema recursal, com modalidades de recursos diferentes das que existem no Juizado Especial Cível Comum.

Deve-se salientar que a Lei nº 9.099/95 é também reitora dos Juizados Federais, naquilo em que não conflitar com a Lei nº 10.259/2001, consoante se conclui ao ler o artigo 1º desse diploma legal. Portanto, todos os recursos previstos naquela lei são cabíveis no âmbito federal, desde que a Lei nº 10.259/2001 não afaste expressamente a hipótese de cabimento.

Logo, com as inovações, são cabíveis sete espécies de recursos, a saber:

1. Agravo contra as medidas de urgência, seja de índole cautelar ou de antecipação de tutela, a qual implique insuportável dano jurídico à parte, segundo previsão dos artigos 4º e 5º da Lei nº 10.259/2001.
2. Apelação ou recurso inominado (como prefere a jurisprudência e boa parte da doutrina) contra a sentença que resolve o mérito da demanda. A fonte normativa desse recurso é o artigo 1º da Lei nº 9.099/95.
3. Uma vez julgado o recurso inominado (ou apelação), é cabível Incidente de Uniformização de Turmas da mesma Região, como se infere pela leitura do §1º do artigo 14 da Lei nº 10.259/2001.
4. Também em face do julgamento do recurso inominado (ou apelação), surge a possibilidade de manejo do Incidente de Uniformização de Turmas de Regiões Diversas, consoante conclusão extraída do §2º do artigo 14 da Lei nº 10.259/2001.
5. Se o acórdão que julgar o Incidente de Uniformização de Turmas de Regiões Diversas, aplicando o direito material, contrariar súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça (STJ), a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência. Trata-se do recurso denominado de Incidente de Uniformização ao STJ.
6. Em qualquer caso, quando for prolatada sentença ou acórdão, se houver obscuridade, contradição, omissão ou dúvida, é cabível o recurso de embargos de declaração.

Por fim, cumpre asseverar que de toda decisão definitiva é cabível o Recurso Extraordinário. Desse modo, da sentença, que não resolve o mérito (terminativa), mas que arranhar a Constituição, é cabível o recurso para o Supremo Tribunal Federal, bem como na hipótese dos acórdãos que resolverem os recursos inominados, de Incidente de Uniformização de Turmas da mesma Região, de Incidente de Uniformização de Turmas de Regiões Diversas, de Incidente de Uniformização ao STJ também se enquadrarem na perspectiva do inciso III do artigo 102 da Constituição do Brasil.

2 AS AÇÕES AUTÔNOMAS DE IMPUGNAÇÃO

Com a pletera de recursos mencionada no item anterior, poderia soar como uma heresia falar em ações autônomas de impugnação nos Juizados Especiais Cíveis Federais. No entanto, casos existem nos quais se entremostam ofensas teratológicas ao direito que não são passíveis de resolução pelos recursos acima alinhavados. Só lançando mão de ações autônomas de impugnação, poder-se-ão afastar tais máculas, saneando o ordenamento dessa perversão jurídica.

Na seara cível, mencionam-se o mandado de segurança, a ação rescisória, a reclamação para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça e a *querela nullitatis*, além dos embargos à execução, que ainda remanescem na hipótese de execução contra a fazenda pública, como ações autônomas de impugnação. Na hipótese dos embargos, funcionam como tal apenas no caso previsto no inciso I do artigo 741 do CPC.

Como o sistema dos Juizados Especiais Federais tem peculiaridades que os tornam diferentes das regras gerais do sistema processual comum, aplicável às causas em geral, sobretudo as regidas pelo Código de Processo Civil, é necessário perquirir quais desses meios de impugnação têm aplicação nessa parte específica do processo positivo. É o que se fará nos próximos tópicos.

3 MANDADO DE SEGURANÇA

O mandado de segurança, no Brasil, surge com o emprego desvirtuado do *habeas corpus*, o qual era usado para controlar abuso de autoridade ou ilegalidade advinda tanto de autoridade executiva, como judiciária. A Constituição Brasileira de 1934 já o previa, em seu artigo 113, item 33, dizendo que

Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer

autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petórias competentes.

Já sob a égide da Constituição de 1946, que manteve o instituto, com redação mais enxuta ao dizer que “Para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”, veio a Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, que finalmente deu regulação formal ao mandado de segurança. A Constituição de 1988 previu esse instituto no inciso LXIX do artigo 5º, sendo que a Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, com modificações posteriores, era a lei que disciplinava a matéria, a qual foi recepcionada pelas Constituições que sobrevieram, incluída a de 1988.

Atualmente, a referida lei foi revogada pela a de nº 12.016, de 7 agosto de 2009, a qual incorporou vários entendimentos jurisprudenciais construídos no mais de meio século de vigência da Lei nº 1.533/51.

O mandado de segurança sempre teve uso contra atos judiciais, muito embora a Lei nº 1.533/51, por seu artigo 5º, inciso II, deixasse claro que não seria cabível o *mandamus* “quando se tratar de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correção”. Não menos expressiva é a Súmula 267 do Supremo Tribunal Federal, a qual assevera que “não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correção”. Percebe-se que o verbete sumular é uma interpretação do referido inciso da Lei nº 1.533/51.

Apesar disso, a doutrina e jurisprudência dominantes entendiam que os recursos ou correção só obstavam a impetração do *writ* quando não tivessem efeito suspensivo. Assim, toda vez que a decisão judicial, proferida com ilegalidade ou abuso de poder, tivesse efeitos imediatos e tais efeitos, mesmo com a interposição do recurso ou correção, perdurassem, tinha lugar a propositura do remédio constitucional.

A nova lei, inspirando-se nesse entendimento consolidado, timbrou no inciso II de seu artigo 5º que não se concederá mandado de segurança quando se tratar “de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo”.

Portanto, o cabimento do mandado de segurança contra atos judiciais está positivado pela interpretação *a contrario sensu* do preceptivo legal acima mencionado, além da jurisprudência dominante.

No Juizado Especial Cível Federal não poderia ser diferente, mais dificuldades existem, sobretudo pela proibição de a União, suas autarquias ou empresa públicas funcionarem como autoras. De fato, o artigo 6º da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, nomeia, de forma exaustiva, no inciso I, quem pode ser autor, como também, no inciso II, quem pode ser réu. E pelo referido preceptivo legal, a União, autarquias, fundações e empresas públicas federais só podem ser rés, não havendo possibilidade de serem autoras.

Por outro lado, o artigo 3º, por seu parágrafo 1º, da aludida lei, reza que estão excluídas da competência do Juizado Especial Cível Federal as causas

referidas no art. 109, incisos II, III e XI, da Constituição Federal, as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, execuções fiscais e por improbidade administrativa e as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Portanto, à primeira vista, numa interpretação gramatical, concluir-se-ia que os atos do Juiz Federal, no exercício da competência do Juizado Especial Federal, estariam imunes ao controle pela via mandamental.

Todavia, em face da compleição constitucional do mandado de segurança, uma lei ordinária não poderia afastar seu âmbito de abrangência, sob pena de inversão da hierarquia normativa tão cara à ciência jurídica e albergada pelo Direito Positivo Brasileiro. Na verdade, tem-se de conferir aos dispositivos da Lei nº 10.259/2001 interpretação conforme com a Carta Magna a fim de tê-los como constitucionais.

Desse modo, a melhor interpretação que se confere ao §1º do artigo 3º da citada lei é que é incabível mandado de segurança, quando igual efeito, isto é, quando o mesmo resultado possa ser obtido pela ação normal que corre pelo rito das leis de regência do Juizado Especial Cível Federal (Leis 9.099/95 e 10.259/2001). Em outras palavras: é inaceitável mandado de segurança quando tendente a controlar, em primeira mão, ato administrativo, como ação originária.

Por outro lado, seria e é cabível o *mandamus* contra ato jurisdicional que esteja pejado de ilegalidade ou abuso de poder. Portanto, o *writ* só é cabível quando funcionar como genuína ação autônoma de impugnação de decisão judicial.

Superada a celeuma quanto ao cabimento, o novo problema hermenêutico que se impõe é saber quem seria competente para julgar

e processar o *writ*. Em outras palavras: qual o órgão jurisdicional que deve ser encarregado do processamento e julgamento.

Em 2009, foi editada a Súmula 376 do Superior Tribunal de Justiça que dirimiu a dúvida, asseverando (BRASIL, 2009) que “Compete a turma recursal processar e julgar o mandado de segurança contra ato de juizado especial”.

Por fim, cumpre salientar que vários julgados que ensejaram a edição da mencionada súmula são derivados de impetração de mandado de segurança contra atos judiciais de magistrados federais no exercício da competência dos Juizados Especiais Cíveis, entre os quais (BRASIL, 2010) importante mencionar o Recurso em Mandado de Segurança nº 20.233 - RJ (2005/0103552-7), decidido pela Sexta Turma do STJ, que, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Ministro Relator. Esse aresto foi assim ementado:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA
- ATO DE JUIZ DE TURMA RECURSAL DO JUIZADO
ESPECIAL FEDERAL - COMPETÊNCIA DA TURMA
RECURSAL - INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL
FEDERAL - RECURSO DESPROVIDO.

1. A autonomia administrativa, conferida pelo art. 99, CR/88 aos órgãos do Poder Judiciário, implica, além das competências previstas no art. 96, CR/88, outras como a competência para processar e julgar ações, inclusive, mandados de segurança impetrados contra atos de Juízes de determinado órgão ou Tribunal.

2. De acordo com a competência delegada pelos Tribunais Regionais Federais, os atos praticados por Juízes de primeira instância do Juizado Especial Federal ou por Juízes componentes das Turmas Recursais são processados e julgados pela própria Turma Recursal.

Precedentes.

3. Recurso ordinário desprovido.

Portanto, na hipótese de inexistência de recurso, com efeito suspensivo, para sanar ato judicial que cause prejuízo à parte, prolatado com patente ilegalidade ou abuso de poder, tem cabimento o mandado de segurança na seara do Juizado Especial Cível, sendo a turma recursal respectiva a competente para conhecimento e julgamento.

4 AÇÃO RESCISÓRIA

A ação rescisória é prevista, como remédio extremo, para enfrentar sentenças transitadas em julgado, as quais albergam em seu âmago vícios anatemáticos.

Como conceito exemplar, menciona-se o fornecido por Moreira (2003, p. 95) “chama-se rescisória à ação por meio da qual se pede a desconstituição de sentença transitada em julgado, com eventual rejuízo, a seguir, da matéria nela julgada”. Sua sede normativa é o artigo 485 do Código de Processo Civil, que lista, de forma exaustiva, as hipóteses de cabimento desse meio de impugnação de sentença.

Nesta obra, não se aprofundará sobre as hipóteses que ensejam o manejo dessa ação autônoma de impugnação, mas apenas a possibilidade de sua utilização no âmbito do Juizado Especial Cível Federal, porquanto o artigo 59 da Lei 9.099/95 veda expressamente o manejo desse instrumento impugnativo contra decisões prolatadas pelo magistrado no exercício na competência dos Juizados Especiais. Acrescente-se que esse artigo 59 tem aplicação nos Juizados Federais, visto que o artigo 1º da Lei 10.259/2001 manda aplicar as disposições daquela lei, no que não conflitar com os dispositivos desta última. E, como a Lei 10.259/2001 não diz explicitamente ser cabível a ação rescisória, conclui-se que, ao menos em sede legal, vigora a vedação do aludido artigo 59.

Todavia, muitos argumentam que o artigo 59 seria inconstitucional, visto que a Constituição prevê a ação rescisória em face de sentenças proferidas pelos Juízes Federais, como é dito pelo artigo 108, inciso I, alínea b, o qual assevera que competem aos Tribunais Regionais Federais as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região.

Também se argumenta que o direito discutido no Juizado Federal é indisponível, porque público, ao contrário do que acontece no Juizado Estadual Comum, que trata de direito disponível privado. Sob essa ótica, o artigo 59 da Lei 9.099/95 conflitaria com o espírito da Lei 10.259/2001, não sendo aplicável no âmbito do Juizado Federal. Tal defesa é feita por Oliveira (2007), o qual deixa entendido que:

Como todas as demandas que tramitam perante a Justiça Federal envolvem interesse direto ou reflexo da União, seja por si ou por uma de suas Autarquias o Fundações, esta análise acerca da incompatibilidade ou não da ação rescisória com Justiça Federal é imprescindível para que se preserve o direito de ver submetido a julgamento uma das situações elencadas no art. 485 do CPC. Este direito é o direito constitucional de ação.

Todavia, o enunciado 44 do FONAJEF, que são os fóruns nacionais dos juizados especiais, organizados pela Associação dos Juízes Federais do Brasil, diz o seguinte (ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL, 2005): “Não cabe ação rescisória no JEF. O artigo 59 da Lei nº 9.099/95 está em consonância com os princípios do sistema processual dos Juizados Especiais, aplicando-se também aos Juizados Especiais Federais”.

Realmente, esse enunciado deve ser prestigiado e conta com grande adesão da jurisprudência e da doutrina, porquanto, consoante se explanou no início deste opúsculo, a melhor interpretação, em tema de juizados especiais, é aquela que afasta a recorribilidade ou que adia ou protela a definição final sobre o direito em controvérsia.

Daí por que essa ação autônoma de impugnação não tem cabimento no Juizado Especial Cível Federal.

5 AÇÃO ANULATÓRIA DO ARTIGO 486 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A Lei 10.259/2001, mediante seu artigo 10, parágrafo único, foi pioneira em aceitar, de modo generalizado, a possibilidade de os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais de conciliar, transigir ou desistir. É bem verdade que antes havia hipóteses, mas que eram bem pontuais, feitas para casos específicos.

Pois bem, no caso entabulamento de acordo, a sentença é meramente homologatória, reconhecendo apenas a existência do negócio jurídico firmado pelas partes. Portanto, o acordo, a que chegaram as partes, é um típico negócio jurídico, que pode ser afetado por um dos vícios que acarrete sua nulidade ou anulabilidade, dependendo do enquadramento da ocorrência nas hipóteses dos artigos 138 a 165 e 171 ou dos artigos 166 e 167, todos do Código Civil (Lei nº 10.06, de 10 de janeiro de 2002).

Desse modo, o artigo 486 do Código de Processo Civil deixa patente que “Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil”.

Até por força do grande número de audiências e, conseqüentemente, de acordos, não é nada desprezível a possibilidade, sobretudo em causas que envolvam fatos e principalmente nas previdenciárias, de haver equívocos, erros e dolo.

Nesse caso, principalmente quando o administrado age com dolo e o representante da fazenda pública tem noção falsa da realidade, passam a existirem motivos para a anulação do acordo, visto que se trata de negócio jurídico anulável, nos termos do artigo 145 do Código Civil.

Todavia, para que se anule o negócio jurídico, necessário que se anule a sentença de homologação. Daí por que a ação prevista no artigo 486 do CPC é meio autônomo de impugnação de decisão judicial.

Lançadas essa premissas, deve-se perquirir sobre a possibilidade de sentenças proferidas por magistrado, no exercício da competência do Juizado Especial Federal, serem objeto dessa modalidade de impugnação. A resposta é positiva.

Com efeito, a jurisprudência vem pacificamente aceitando a ação do precitado artigo 486. Desse modo, é que a Juíza Substituta da 18ª Vara Federal da Subseção de Sobral — Débora Aguiar da Silva Santos — ementou sua sentença (BRASIL, 2008), acolhendo pedido formulado pelo INSS, da seguinte forma, ao julgar o processo nº 2008.81.03.00833-0:

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA. ART. 486, CPC. ACORDO HOMOLOGADO EM JUÍZO. ILICITUDE DO OBJETO. VEDAÇÃO LEGAL À PERCEPÇÃO DE MAIS DE UMA PENSÃO POR MORTE DEIXADA POR CÔNJUGE OU COMPANHEIRO (ART. 124, LEI Nº 8.213/91). CONDIÇÃO DE PENSIONISTA OMITIDA EM JUÍZO. OCORRÊNCIA DE REVELIA. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DAS ALEGAÇÕES DE FATO. PROCEDÊNCIA QUE SE IMPÕE.

Por outro lado, não existem entendimentos doutrinários ou jurisprudenciais em sentido contrário. Digno de nota é um julgado da Primeira Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2008), cuja ementa é a seguinte:

ação ANULATÓRIA contra sentença do juizado especial cível. impossibilidade jurídica do pedido.

Não afasta o caráter manifestamente rescisório da ação o fato de ser alegada a nulidade do processo que tramitou no juizado especial, com sentença de mérito transitada em julgado, nulidade essa provocada por suposta complexidade da causa. Ação anulatória do art. 486 do CPC que não se vê caracterizada. Pedido que esbarra

na vedação expressa do art. 59 da Lei nº 9.099/95. Impossibilidade jurídica pronunciada.

Indeferiram a petição inicial. Unânime.

Na hipótese, tratava-se de ação rescisória travestida de anulatória de sentença, que foi sabiamente rejeitada, porquanto no âmbito do Juizado Especial há proibição expressa do cabimento de rescisória. Logo, se realmente fosse hipótese de anulatória de sentença, o mérito da questão teria sido analisado.

Também deve ser salientado que o aresto, acima transcrito, é de turma recursal do Juizado Especial Cível Comum, mas os fundamentos da decisão são aplicáveis nos Juizados Federais.

Vencido isso, isto é, admitida a possibilidade de cabimento da ação anulatória contra sentença do Juizado Especial Federal, resta saber qual o órgão jurisdicional competente para seu conhecimento e processamento.

Caso o administrado (as pessoas físicas e as jurídicas classificadas como microempresas e empresas de pequeno porte) seja o requerente da ação, a competência é do próprio Juizado Especial. Por outro lado — e é o mais comum —, se a parte demandante for a União, autarquias, fundações e empresas públicas federais a competência será da Vara Federal Comum, haja vista que esses entes não podem ser demandantes nos Juizados Federais.

6 QUERELA NULLITATIS INSANABILIS

A *querela nullitatis insanabilis* é o remédio jurídico, apontado pela doutrina e acolhido pela jurisprudência, para a anulação de processos judiciais acometidos de vícios insanáveis, os quais determinam a sua inexistência.

Esse instituto não é instituído no direito positivo brasileiro, sendo obra de criação doutrinária, com indisfarçável inspiração, pelo menos para adoção da terminologia, no Direito Canônico. Com efeito, a *querela nullitatis* é detalhadamente tratada no Livro VII, Parte II (*De iudicio contentioso*), Título VIII (*De impugnatione sententiae*), Capítulo I (*De querela nullitatis contra sententiam*), cânones 1620 e 1621, do Código Canônico, os quais dizem o seguinte:

Can. 1620 — *Sententia vitio insanabilis nullitatis laborat, si:*

1º *lata est a iudice absolute incompetenti;*

2° lata est ab eo, qui careat potestate iudicandi in tribunali in quo causa definita est;

3° iudex vi vel metu gravi coactus sententiam tulit;

4° iudicium factum est sine iudiciali petitione, de qua in can. 1501, vel non institutum fuit adversus aliquam partem conventam;

5° lata est inter partes, quarum altera saltem non habeat personam standi in iudicio;

6° nomine alterius quis egit sine legitimo mandato;

7° ius defensionis alterutri parti denegatum fuit;

8° controversia ne ex parte quidem definita est.

Can. 1621 — Querela nullitatis, de qua in can. 1620, proponi potest per modum exceptionis in perpetuum, per modum vero actionis coram iudice qui sententiam tulit intra decem annos a die publicationis sententiae.

Sem mais digressões, impende dizer que a *querela nullitatis*, no âmbito da cultura jurídica brasileira, é imprescritível, visto que se presta para declaração de sentença que não chegou a ter existência jurídica. Essa inexistência é efeito de vícios intoleráveis pelo direito, haja vista que a indulgência com eles sacrificaria todo o edifício jurídico, comprometendo profundamente a eficácia do ordenamento jurídico.

A doutrina dominante e sobretudo a jurisprudência têm apontado pequenas hipóteses para o cabimento desse instrumento de impugnação, ou melhor, de declaração de inexistência. Dessa maneira, esse instituto deve ser a *ultima ratio* para casos extremos, que não podem ser sanados pelos simples fluir do tempo.

Assim, é que a Jurisprudência tem admitido esse instituto em casos excepcionais, como se pode ver pelo aresto da 7ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no julgamento da Apelação Cível n° 440522 (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2009). Eis a transcrição da ementa:

PROCESSUAL CIVIL. QUERELA NULITATIS. COMPETÊNCIA PARA PROCESSAMENTO E JULGAMENTO. PROVIMENTO.

A *querela nullitatis*, também denominada ação declaratória de inexistência, é adequada para impugnar sentenças inexistentes, não havendo prazo para tanto, pois trata-se de vício que subsiste à coisa julgada.

Como é de cediço, este tipo de ação anulatória é da competência do juízo de 1º grau, porquanto não se trata de afastamento dos efeitos da coisa julgada, como sói acontecer com as ações rescisórias (art. 485 do CPC), mas objetiva, sim, o reconhecimento de que a relação jurídica processual e a sentença nunca existiram no universo jurídico.

Em suma, a competência originária para o processamento e julgamento da presente é a do juízo que proferiu a decisão nula, no caso dos autos, a 29ª Vara Federal e não do Tribunal a que está vinculado.

Assim, se o autor busca a anulação de sua citação e de todos os atos judiciais posteriores a esta, referentes à ação de despejo nº 97.0010085-5, não poderia agora juízo distinto, no caso, a 1ª Vara Federal, processar e julgar a presente *querela*, uma vez que, não há hierarquia entre os juízos da 1ª e 29ª Varas Federais, mormente existindo pedido de antecipação de tutela para suspender a execução da sentença proferida na aludida ação de despejo que tramitou na 29ª Vara Federal.

Apelação a que se dá provimento.

Logo, é ponderoso admitir que a ação declaratória de inexistência, como também é conhecida a *querela nullitatis insanabilis*, só é cabível em hipóteses de destacada radicalidade, quando o vício presente no processo foi de tal monta que possa ameaçar toda edificação jurídica nacional.

O grande problema é determinar quando o processo é juridicamente inexistente ou quando a sentença não tem existência jurídica. Para isso, a cultura jurídica brasileira tem caminhado na mesma direção, apontando situações em que vícios impedem o reconhecimento da existência de um processo ou de uma sentença. Em linhas gerais, enumeram-se quatro casos para cabimento desse meio impugnativo, a saber: ausência de citação, quando inexisterem petição inicial e sentenças despidas de formalidades primárias que permitam sua identificação, sentenças proferidas por pessoas sem jurisdição e, por fim, processo no qual as postulações foram feitas

por pessoas que não tenham habilitação legal (não advogado, salvo as exceções previstas em lei) ou, mesmo sendo advogado, que o fez sem mandato.

Necessário destacar que, posto seja inexistente o processo ou a sentença, é imprescindível sua declaração formal (de inexistência), porquanto, na prática, há reconhecimento de efeitos desse *decisum*, que é apenas um arremedo de sentença.

Pelo exposto, é imperioso admitir o cabimento desse remédio jurídico do âmbito dos Juizados Especiais Federais, visto que não há razão para se tolerar sentenças ou processos com os vícios acima apontados.

No que toca à competência, vale a observação feita acima para ação anulatória do artigo 486 do CPC. Assim, dependendo do autor, o juízo competente poderá ser o próprio Juizado Federal ou uma vara ordinária federal.

7 RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

Para preservação da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a Constituição do Brasil estabeleceu, nos artigos art. 102, inciso I, alínea l, e art. 105, inciso I, alínea f, o instituto da Reclamação, como instrumento necessário para tanto.

O Supremo Tribunal Federal tem fixado entendimento, por alguns de seus membros, de que a Reclamação é ação autônoma de impugnação, consoante se infere pelo voto do Ministro Gilmar Mendes, prolatado na Reclamação nº 5470/PA, que em certa passagem plasmou o seguinte (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2008):

A reclamação, tal como prevista no art. 102, I, “l”, da Constituição, e regulada nos artigos 13 a 18 da Lei nº 8.038/90, e nos artigos 156 a 162 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, constitui ação de rito essencialmente célere, cuja estrutura procedimental, bastante singela, coincide com o processo do mandado de segurança e de outras ações constitucionais de rito abreviado.

A adoção de uma forma de procedimento sumário especial para a reclamação tem como razão a própria natureza desse tipo de ação constitucional, destinada à salvaguarda da competência e da autoridade das decisões do Tribunal, assim como da ordem constitucional como um todo.

Realmente, o feliz comentário do aludido membro do Pretório Excelso é por demais convincente, não havendo como fugir à conclusão de que realmente, à luz das normas vigentes, a reclamação tem delineamento de ação, análoga ao mandado de segurança.

O mesmo STF, julgando os Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 571.572-8/BA, entendeu cabível reclamação para o Superior Tribunal de Justiça - STJ contra decisão de Turma Recursal de Juizado Especial Estadual. Dizendo, por outro lado, que tal não é cabível quanto aos Juizados Especiais Federais, porquanto, para esses, existe o Incidente de Uniformização ao STJ. Com efeito, o parágrafo 4º do artigo 14 da Lei 10.259/2001 prevê esse recurso, asseverando que o interessado poderá recorrer ao STJ, visando à resolução de divergência, “quando a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito material, contrariar súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça”.

De fato, a autoridade do STJ para a uniformização da legislação federal tem sede constitucional, além de ser a razão mor de existência dessa corte de justiça. Como no âmbito dos Juizados Federais isso é realizado pelo aludido Incidente de Uniformização ao STJ, não tem cabimento o manejo da Reclamação. Já no que tange aos Juizados Comuns, não há remédio equivalente, sendo autorizado o manejo da Reclamação.

Logo, pode-se listar mais uma ação autônoma de impugnação contra decisões do Juizado Especial Federal, a saber: a Reclamação para o STF. Já a para o STJ só tem cabimento na hipótese de decisão emanada dos Juizados Comum⁴.

Desse modo, quaisquer decisões do Juizado Especial Federal, que afrontem a autoridade do STF ou que representem usurpação de suas competências, são devidamente controladas pela Reclamação, e, quando tal se der quanto ao STJ, será controlado pelo Incidente de Uniformização ao STJ.

8 AÇÕES DE IMPUGNAÇÃO EXECUTIVA

Na fase executória do processo, existem meios autônomos de impugnação que seriam os embargos à execução, embargos de terceiro e exceção de pré-executividade.

⁴ Impende destacar que para os Juizados Especiais da Fazenda Pública (Estadual, Municipal e do Distrito Federal), disciplinados pela Lei 12.153/2009, não terá também cabimento a Reclamação para o STJ, visto que o artigo 19, desse diploma legal, prevê o mesmo Incidente de Uniformização ao STJ destacado no parágrafo 4º do artigo 14 da Lei 10.259/2001.

Por outro lado, cumpre ressaltar que a sentença no Juizado Especial Cível é sempre líquida, além de que as formas devem seguir os “critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade”, consoante anotação do artigo 2º da Lei 9.099/95, aplicável ao Juizado Federal por força do artigo 1º da Lei 10.259/2001.

A aceitação desses meios impugnativos, sediados na fase executiva do processo, pode ir de encontro ao espírito que animaram a instituição dos Juizados Especiais, conforme se anotará nos próximos parágrafos.

8.1 DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

É bem verdade que a Lei 9.099/95 prevê literalmente o cabimento de embargos à execução, conforme redação de seu artigo 52, inciso IX. Todavia, a figura dos embargos à execução fora extinta no próprio procedimento ordinário, quando se trata de processo em que não figure a Fazenda Pública, consoante modificações introduzidas pela Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Explicando melhor: só remanesceu a possibilidade de embargos à execução em execução contra a Fazenda Pública.

Em face das profundas mudanças operadas pela Lei 11.232/2005, os embargos à execução foram substituídos por uma mera fase processual encartada no estágio processual de cumprimento da sentença. E essa fase passou a ser denominada de impugnação.

Com isso, surge grande dúvida: será que ainda continua válida a possibilidade de oposição de embargos à execução no Juizado Especial Cível Estadual?

A resposta deve ser negativa, apesar de entendimentos em contrário. Com efeito, é inconcebível que se instaure nova relação processual, com formação de novos autos para discussão de questões pontuais que podem ser resolvidas de plano pelo Juiz.

O princípio da duração razoável do processo, plasmado no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição da República, leva a enfatizar que se deve aplicar no Juizado Especial Cível a fase de impugnação da execução, prevista nos artigos 475-L e 475-M do CPC, com as devidas adaptações ao espírito da sistemática que rege o Juizado Especial Cível, e não a possibilidade de interposição de embargos à execução. Isso traz mais celeridade, visto que, se rejeitada a impugnação, não haverá possibilidade de recurso.

Com efeito, o parágrafo 3º do artigo 475-M do CPC assevera que “A decisão que resolver a impugnação é recorrível mediante agravo de

instrumento, salvo quando importar extinção da execução, caso em que caberá apelação”.

Ora, como não há possibilidade de agravo no Juizado Especial Cível Comum, a decisão que resolver a impugnação é irrecurável, excetuada a hipótese de quando decretar a extinção da execução.

Quanto ao cabimento em sede de Juizado Cível Federal, a dogmática que envolve essa parte do Judiciário permite afirmar, sem mais delongas, que não há possibilidade de seu manejo. Em primeiro lugar, por força de não serem cabíveis os embargos à execução no próprio Juizado Cível Comum, como se disse acima, leva à inexorável conclusão de também não o ser no Juizado Federal.

Em segundo lugar, transitada em julgado a sentença, a Lei 10.259/2001 diz, em seu artigo 17, que será requisitado o pagamento, que deverá ser feito em 60 dias. Por outro lado, quaisquer discordâncias acerca dos parâmetros da obrigação e da liquidação da sentença devem ser feitas em sede de recurso inominado. Logo, quando a sentença transita em julgado, não há nada a discutir, pois a obrigação de pagar está devidamente liquidada e certa, não havendo necessidade de demais lucubrações. Quaisquer impugnações devem ser feitas até a sentença, ou melhor, até o trânsito em julgado da sentença. Após isso, não se tem nada a fazer, senão a agitação de remédios excepcionalíssimos, em ocasiões raras, como se disse nos tópicos anteriores. Na verdade, só resta o manejo da *querela nullitatis*.

Por outro lado, a informalidade, a qual permeia a sistemática dos Juizados, permite que se discutam algumas inconstâncias ou imprecisões de cálculos mediante simples petição.

Desse modo, essa ação de impugnação executiva não tem cabimento nos Juizados Especiais Cíveis Federais.

8.2 DOS EMBARGOS DE TERCEIRO NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Nada obstante o artigo 10 da Lei 9.099/95, o qual assevera que “Não se admitirá, no processo, qualquer forma de intervenção de terceiro nem de assistência”, a jurisprudência tem-se inclinado em admitir o cabimento de embargos de terceiro em sede de Juizado Especial Cível Comum, conforme se nota pelo seguinte julgado da 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (BRASIL, 2005), cuja ementa é a seguinte:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE TERCEIRO EM PROCEDIMENTO DE JUIZADO

ESPECIAL – VIABILIDADE – PROVA DOCUMENTAL – EMBARGOS DE TERCEIRO PROVIDOS – RECURSO – NULIDADE DE CITAÇÃO INEXISTENTE – AUDIÊNCIA DESNECESSÁRIA ANTE A PROVA DOCUMENTAL. RECURSO IMPROVIDO. É cabível a oposição de embargos de terceiro em Juizados Especiais. Os embargos de terceiro podem ser de senhor ou de possuidor, tal como ocorre no processo civil regular. Sendo a prova documental suficiente para embasar a convicção do julgador, desnecessária a realização de audiência. Havendo nos autos comprovação da citação para os embargos e inexistindo violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, os embargos devem ser acolhidos, cancelando-se penhora realizada. Sentença mantida. Recurso improvido.

Existem vários julgados na mesma direção, revelando que há indisfarçável tendência de pacificação da jurisprudência nesse sentido. Só como reforço à tese de cabimento de embargos de terceiro, impende destacar que as turmas recursais de Santa Catarina, em seu Primeiro Encontro, elaborou o enunciado 18 (COORDJUZESP, 1999), o qual, admitindo a hipótese referida, foi vazado nos seguintes termos:

As ações de procedimentos especiais de jurisdição contenciosa do CPC e de leis extravagantes, não podem ser aforadas nos Juizados Especiais, ressalvada a hipótese dos embargos de terceiro (art. 1.049, CPC).

Difícilmente, se verá no Juizado Federal hipóteses de cabimento de embargos de terceiro, pois não o mais comum e esperado são causas em que não se discutam posse ou propriedade.

No entanto, pelo menos no plano da lógica formal, é possível o manejo desse remédio jurídico.

8.3 DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

A exceção de pré-executividade era apenas o nome pomposo reservado a uma mera petição denunciadora de vícios absurdos existentes no processo de execução, que, no mais das vezes, era apenas formalmente válido. Impende ressaltar que, com o sincretismo processual, sobretudo após a Lei 11.232/2005, a execução passou a ser uma fase processual.

Logo, atualmente, a exceção de pré-executividade é meio de delação, de comunicação ao Juiz de vícios insanáveis nesse estágio do

processo. Para tanto, não é necessário o mesmo formalismo para a confecção de uma petição inicial. Basta a simples indicação do vício.

Portanto, a exceção de pré-executividade não se constitui numa ação autônoma, mas é meramente uma forma, admitida pela jurisprudência e sugerida pela doutrina, para evitar desmandos inconcebíveis na fase executória.

A despeito de ser cabível no Juizado Especial Federal, não se dispensarão mais comentários, em virtude de escapar do foco do presente opúsculo.

9 CONCLUSÃO

Como se verifica pelo exposto, apesar de as Leis 9.099/95 e 10.259/2001 serem silentes, quanto ao cabimento de ações autônomas de impugnação, há diversas hipóteses de manejo desses remédios jurídicos extremos, haja vista que vários deles têm sede constitucional, não podendo ser afastados por simples lei ordinária. É, por exemplo, o caso de mandado de segurança e de reclamação para o STF.

Por outro lado, em outras hipóteses, é a própria natureza do ordenamento jurídico que empresta suporte ao cabimento de meio de impugnação autônomo, como é o caso da *querela nullitatis insanabilis*.

Importante observar que o cabimento dessas ações deve ser analisado ponderadamente ou *cum granum salis*, porquanto a irrecorribilidade, o prestígio das decisões e a abreviação dos processos devem ser sempre acentuados como premissas principiológicas.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Vinicius Marcondes de. Da admissibilidade do mandado de segurança no Juizado Especial Federal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 682, 18 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6735>>. Acesso em: 09 maio 2010.

ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL. *ENUNCIADOS DO 2º FONAJEF*: 2º Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais. Rio de Janeiro, 2005.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). *Diário Oficial da União*, 17 jul. 1934. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 02 jan. 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 02 jan. 2010.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). *Diário Oficial da União*, 19 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 02 jan. 2010.

BRASIL. Décima Oitava Vara Federal, Subseção de Sobral, Seção Judiciária do Ceará. *Processo nº* 2008.81.03.00833-0. Autor: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Réu: Raimunda Alves da Costa. Juiz: Juíza Federal Substituta Débora Aguiar da Silva Santos. Sobral, 28 jul. 2008, publicação em cartório ante a revelia da ré.

BRASIL. Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951. Altera disposições do Código do Processo Civil, relativas ao mandado de segurança. *Diário Oficial da União*, 31 dez. 1951. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1533.htm>. Acesso em: 10 jan. 2010.

BRASIL. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. *Diário Oficial da União*, 13 jul. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 04 jan. 2010.

BRASIL. Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial. *Diário Oficial da União*, 23 dez. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11232.htm#art4>. Acesso em: 15 jan. 2010.

BRASIL. Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 10 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm#art29>. Acesso em: 15 jan. 2010.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, 17 jan. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 02 jan. 2010.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*,

27 set. 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9099.htm>>. Acesso em: 04 jan. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Mandado de Segurança* nº 20.233 - RJ (2005/0103552-7) da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, 9 fev. 2010. Recorrente: Anderson Luiz Costa Ferreira. Recorrido: União. Relator: Ministro Paulo Medina. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2391658&sReg=200501035527&sData=20060522&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 22 abr. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 376*. Compete a turma recursal processar e julgar o mandado de segurança contra ato de juizado especial, Brasília, 30 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.txt>. Acesso em: 21 maio 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº 496* de 25 a 29 de fevereiro de 2008, Brasília, 29 fev. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo496.htm>>. Acesso em: 21 abr. 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Apelação Cível no Juizado Especial* nº 2004071009457-7 da 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Brasília, 23 ago. 2005. Apelante: Nivaldo Martins dos Santos. Apelado: Saba Manufaturados de Pedras Ltda. Relator: Esdras Neves Almeida. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil1?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=61878,30555,12718&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER>>. Acesso em: 22 maio 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Ação Anulatória* nº 073/3.06.0001795-7 da Primeira Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 10 abr. 2008. Requerente: José Carlos Pacheco. Requerido: Maria Da Graça de Quadros. Relator: João Pedro Cavalli Júnior. Diário da Justiça Eletrônico-RS, Disponibilização: terça-feira, 15 de abr.2008/Edição nº 3.824 Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>> e em <http://www3.tjrs.jus.br/servicos/diario_justica/dj_principal.php?tp=5&ed=3824&pag=128&ult=133&va=9.0&pesq=71001628429>. Acesso em: 22 maio 2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *Apelação Cível* nº 2004.51.01.024737-6 da 7ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Rio de Janeiro, 16 set. 2009. Apelante: Gilmar Pereira DA CRUZ. Apelada: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Relator: Desembargadora Federal Salete Maria Polita Maccalóz. Disponível em:

<http://www.trf2.jus.br/Paginas/Resultado.aspx?Content=4CA46B7382EE606F13660929B39F965E?proc=2004.51.01.024737-6&andam=1&tipo_consulta=1&mov=3>. Acesso em: 22 abr. 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança: comentários sistemáticos à Lei n. 12.016, de 7-8-2009*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. *Recursos nos juizados especiais*. 2. ed., atualizada, revista e ampliada, incluindo os juizados especiais federais. São Paulo: Dialética, 2007.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e Prática dos Juizados Especiais Cíveis: Lei 9099/95 – parte geral e parte cível – comentada artigo por artigo*. 6. ed. atualizada e ampliada com a Lei n.10259/01. São Paulo: Saraiva, 2003.

COORDJUZESP. *I Encontro das Turmas de Recursos do Estado de Santa Catarina*, Joinville, 20 ago. 1999. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/enunc_1enc_tur_recurais.pdf>. Acesso em: 15 maio 2010.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 2. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2005.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Sentenças inexistentes e “querela nullitatis”*. Disponível em <http://www.lfg.com.br/artigos/Sentenças_inexistentes.pdf>. Acesso em 19 maio 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança: ação popular: ação civil pública... o controle incidental de normas no direito brasileiro*. 26 ed. atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código do Processo Civil*. Vol. V. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

OLIVEIRA, Eduardo Fernandes de. *Ação rescisória nos juizados especiais federais*. Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_VII_agosto_2007/acao_recisoria_Eduardo.pdf>. Acesso em 02 maio 2010.

SANTOS, Marisa Ferreira dos; CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais: Federais e Estaduais*. tomo II. São Paulo: Saraiva, 2004 (Coleção Sinopses Jurídicas, v. 15).

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil: processo cautelar: tutela de urgência*, vol. 3, 3. ed. revista atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 31 ed. v. II, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 18. ed. São Paulo: Leud, 1997.

VATICAN. *Codex iuris canonici*. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/cic_index_lt.html>. Acesso em: 05 maio 2010.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *A efetividade do processo em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2003.

OS PRINCIPAIS ASPECTOS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

THE MAIN ASPECTS OF THE LAW OF ADMINISTRATIVE IMPROBITY

Renata Elisandra de Araujo
Procuradora Federal junto à Procuradoria Federal em Santa Catarina
Pós-Graduada em Direito Público pela UnB

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os principais aspectos da Lei nº 8.429/92, de 2 de junho de 1992; 1.1 Breve esboço histórico; 1.2 Conceito de improbidade administrativa e da tipologia; 1.3 Sujeitos ativos e passivos dos atos de improbidade administrativa e das sanções cabíveis; 1.4 Dos prazos prescricionais; 1.5 Do procedimento administrativo e do processo judicial; 1.6 Da independência entre as instâncias administrativa e da comunicabilidade dos efeitos da decisão proferida em uma instância nas demais; 2 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: Este trabalho analisa os principais aspectos da Lei de Improbidade Administrativa, Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, especialmente as questões relacionadas às categorias dos atos de improbidade, aos requisitos necessários à instrução do procedimento administrativo e à ação judicial de improbidade administrativa e a independência e comunicabilidade entre as instâncias administrativa, cível e penal. Seu principal objetivo consiste em trazer à discussão os aspectos controversos relacionados à aplicação da Lei de Improbidade aos agentes que, ao exercerem atividades de gestão do patrimônio público, causam prejuízos de toda ordem à Administração Pública, conseqüentemente, à toda população brasileira.

PALAVRAS-CHAVES: Ação de Improbidade Administrativa. Aspectos materiais e processuais.

SUBSTRACT: This paper analyzes the main aspects of misconduct law Administrative, Law nº. 8429 of June 2, 1992, especially issues related to categories of acts of misconduct, the standards, required for the administrative procedure and judicial action of administrative misconduct and independence and responsiveness between the administrative authorities, civil and criminal matters. Its main objective is to stimulate discussion of the controversial aspects related to the misconduct law enforcement agents who, in exercising management activities of public property, causing losses of all kinds to government, therefore, the entire brazilian population.

KEYWORDS: Administrative Action Misconduct. Substantive and Procedural Aspects.

INTRODUÇÃO

Desde a sua vigência, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, lei de improbidade administrativa, tem se mostrado como um dos principais instrumentos de defesa do patrimônio público e da moralidade e eficiência no desempenho na gestão dos recursos públicos.

A publicação da Lei de Improbidade Administrativa ocorreu num momento em que a sociedade brasileira clamava pela instituição de medidas efetivas de moralização e ética no setor público, de combate à corrupção e de punição daqueles que atuam em prol dos interesses pessoais em detrimento do interesse público, ocasionando, na maioria das vezes, prejuízos ao erário e à reputação da Administração.

Em seus cinco capítulos, a lei estabelece os principais aspectos materiais e processuais necessários à apuração dos atos de improbidade administrativa e punição dos responsáveis, como: definição dos sujeitos ativos e passivos, as espécies dos atos de improbidade, as penas aplicáveis, o procedimento administrativo e processo judicial e dos prazos prescricionais.

Devido à impossibilidade de abordar todas as questões referentes à ação de improbidade administrativa em sede de artigo jurídico, optou-se por priorizar uma abordagem dos aspectos gerais da lei de improbidade, suas peculiaridades e aspectos controversos, conferindo um especial enfoque aos elementos necessários à caracterização dos atos de improbidade em suas diversas espécies e à definição dos sujeitos ativos e passivos.

Também serão abordados os elementos necessários à instrução do procedimento administrativo, do processo judicial, as medidas cautelares para garantia do ressarcimento do patrimônio público.

Por fim, verificar-se-á a possibilidade de ajuizamento de ação de improbidade administrativa simultaneamente ao ajuizamento de ação penal e à instauração de processo administrativo disciplinar relativamente aos mesmos fatos, em razão da previsão contida no art. 12 da Lei nº 8429/92, acerca da independência das sanções aplicáveis em cada uma dessas instâncias.

1 OS PRINCIPAIS ASPECTOS DA LEI Nº 8.429/92, DE 2 DE JUNHO DE 1992

1.1 BREVE ESBOÇO HISTÓRICO

Este estudo não tem a pretensão de analisar o processo histórico de normatização das condutas que configuram improbidade

administrativa, até porque não há espaço para tanto, contudo, pode-se dizer, em poucas linhas, que a punição das condutas lesivas ao patrimônio público foi prevista, em sede constitucional, inicialmente, pela Constituição de 1946¹, cujas normas foram reproduzidas, quase que literalmente, pela Constituição de 1967 e pela Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969.

Segundo José dos Santos de Carvalho Filho, em se tratando de legislação infraconstitucional, alguns diplomas normativos trataram de forma tímida e incompleta da questão da improbidade administrativa, sempre se referindo ao sequestro e ao perdimento de bens de responsáveis por condutas lesivas ao patrimônio público ou geradoras de enriquecimento ilícito. Dentre esses diplomas destacam-se: o Decreto-Lei nº 3240, de 8 de maio de 1941, a Lei nº 3.164, de 1º de junho de 1957, a Lei nº 3.502, de 21 de janeiro de 1958 e o Decreto-Lei nº 359, de 17 de dezembro de 1968².

Uma abordagem completa somente adveio com a Constituição Federal de 1988, que deu novo contorno à moralidade administrativa, consagrando-a em princípio constitucional regente das atividades de toda Administração Pública, prevendo, de antemão, em seu art. 37, § 4º, que os atos de improbidade administrativa serão punidos com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

No intento de regulamentar a previsão constitucional e coibir efetivamente a prática de atos de improbidade, foi promulgada a Lei nº 8.429/92, que disciplinou os atos de improbidade administrativa, os sujeitos ativos e passivos dos atos de improbidade, as sanções cabíveis, bem como os procedimentos administrativos e judiciais aplicáveis.

1.2 DO CONCEITO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E DA TIPOLOGIA PREVISTA NA LEI Nº 8.429/92

A Lei nº 8.429/92 não apresentou um conceito específico para a improbidade administrativa, limitando-se a distinguir as espécies de atos de improbidade em três categorias distintas, conforme os resultados

1 Art.141 § 31, da Constituição de 1946, continha os seguintes dizeres: “§ 31 - Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco nem de caráter perpétuo. São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro. A lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica,”

2 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 18 ed. Rev. Ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.927.

3 MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Probidade Administrativa. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.103. 106-109.

provocados para a Administração, a saber: atos de improbidade que importam em enriquecimento ilícito, que causam prejuízos ao erário e os que atentam contra os princípios da Administração.

Diante da ausência de um conceito legal de improbidade administrativa, boa parte dos doutrinadores procura formular um conceito que melhor reflita o objetivo das normas constitucionais e infraconstitucionais.

Neste intento, muitos doutrinadores procuram diferenciar o conceito de improbidade do conceito de moralidade em razão do fato de ter a Constituição se referido à probidade administrativa e à moralidade em dispositivos diversos. Dentre esses doutrinadores está Wallace Paiva Martins que considera a probidade administrativa um subprincípio do princípio da moralidade dotado de contorno próprio de função instrumentalizadora da moralidade por meio da Lei nº 8429/92⁴.

Outros autores, no entanto, como é o caso de Maria Sylvania Zanella Di Pietro e Emerson Garcia e Rogério Pacheco, entendem que probidade, como princípio regente dos atos da administração, é um conceito mais amplo que o de moralidade, pois submete os atos administrativos à observância de todo o ordenamento jurídico, o que inclui toda a ordem de princípios, e não apenas o princípio da moralidade⁵⁶.

Existe, também, uma terceira corrente doutrinária, a qual se filia José dos Santos Carvalho Filho, defensora da inexistência de diferença semântica entre o significado das expressões moralidade e probidade e que essas expressões podem ser utilizadas para o mesmo fim de preservação da moralidade administrativa⁷.

Essa terceira corrente doutrinária mostra-se mais coerente aos propósitos da Constituição, pois efetivamente não há necessidade de se distinguir os sentidos dos termos probidade e moralidade já que ambos buscam o mesmo objetivo que é a eficiência e zelo na administração e gestão do patrimônio público.

Conforme mencionado anteriormente, a Lei nº 8.429/92, ao definir a tipificação dos atos de improbidade administrativa, instituiu termos genéricos e abrangentes para a definição e qualificação das condutas ímprobas, agrupando-os em três categorias, conforme o bem jurídico atingido:

4 GARCIA, Emerson ; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4 ed. Rev. Ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.45.

5 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.805-806.

6 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 927.

7 CARVALHO FILHO, op. cit., p.937.

- a) atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito;
- b) atos de improbidade que causam prejuízo ao erário;
- c) atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito estão elencados no art. 9º da Lei nº 8.429/92 e consistem naquelas condutas comissivas que resultam na obtenção de vantagem patrimonial indevida, ilícita, em razão do cargo, mandato, função ou emprego público ou da função pública em geral.

De acordo com a Lei de Improbidade, não há necessidade de que tais condutas acarretem dano ao erário, sendo suficiente o recebimento de vantagem indevida que não decorra da contraprestação legal pelos serviços prestados.

O enquadramento de determinado ato nas hipóteses previstas no dispositivo acima mencionado depende da comprovação da existência do elemento subjetivo do agente, ou seja, depende da intenção de auferir vantagem indevida (dolo), não se admitindo a punição nos casos em que o enriquecimento ilícito decorra de conduta culposa.

Não se admite, também, a punição da tentativa da prática de atos que importem enriquecimento ilícito, pois somente haverá a improbidade no caso de consumação da conduta. A tentativa da prática desses atos poderá, no entanto, ser considerada como afronta aos princípios da Administração pública, passível de ser enquadrada na tipologia do art. 11 da Lei nº 8.429/92.

Os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, por sua vez, são as ações e omissões dolosas ou culposas causadoras de perda patrimonial, desvio, apropriação ou malversação dos bens públicos pertencentes às entidades públicas descritas no art. 1º da Lei nº 8.429/92.

Da leitura do art. 5º, combinada com caput do art. 10 da Lei de Improbidade, constata-se a intenção do legislador, diversamente das hipóteses que configuram enriquecimento ilícito, de punir as lesões ao patrimônio público decorrentes de condutas culposas do agente público, consubstanciadas nas ações ou omissões na aplicação das regras de gestão dos recursos, bens e direitos que formam o patrimônio público.

O legislador pátrio conferiu um sentido amplo à expressão patrimônio público para que ela resguarde a proteção de outros bens

e valores jurídicos pertencentes à Administração Pública, além do patrimônio econômico-financeiro⁸, notadamente bens de natureza moral, econômica, ambiental, estética, artística, histórica, turística e cultural.

Essa amplitude da noção de patrimônio público passível de proteção pela aplicação da Lei nº 8.429/92 é reconhecida por Emerson Garcia e Rogério Pacheco nos seguintes termos⁹:

Como se vê, o sistema instituído pela Lei nº 8.429/92 não visa unicamente a proteger a parcela de natureza econômico-financeira do patrimônio público, sendo ampla e irrestrita a abordagem deste, o que exige uma proteção igualmente ampla e irrestrita, sem exclusões dissonantes do sistema.

Afora a interpretação sistemática, afigura-se igualmente acolhedor o resultado de uma exegese teleológica. Neste sentido o a ratio do art.10 Lei nº8.429/1992 é clara: proteger o patrimônio (de natureza econômica ou não) das entidades mencionadas no art.1º, sujeitando o agente cuja conduta se subsuma à tipologia legal às sanções do art.12 II.

Consequentemente, podem ser assentadas as seguintes conclusões: ao vocábulo erário, constante do art.10, caput, da Lei nº 8.429/1992, deve-se atribuir a função de elemento designativo dos entes elencados no art.1º, vale dizer, dos sujeitos passivos dos atos de improbidade; b) a expressão perda patrimonial, também constante do referido dispositivo, alcança qualquer lesão causada ao patrimônio público, concebido em sua inteireza.

Da mesma forma, o legislador também objetivou conferir uma interpretação ampla à palavra erário para que seja punida qualquer lesão que afete o patrimônio das entidades da Administração direta e indireta, bem como daquelas pessoas jurídicas de direito privado para as quais o erário haja concorrido nos percentuais definidos no art.1º, *caput* e parágrafo único da Lei nº 8.429/92.

Por ora, cabe registrar que a configuração de atos de improbidade como causadores de danos ao erário independe da ocorrência de enriquecimento ilícito do agente. Assim, a ação ou omissão pode provocar lesão ao patrimônio público sem que haja enriquecimento indevido de algum agente público, como ocorre no caso em que o agente

8 GARCIA; ALVES, op. cit., p.253-254.

9 CARVALHO FILHO, op. cit., p.937.

realiza operação financeira sem a observância das normas aplicáveis (art. 10, inciso VI)¹⁰.

Ademais, a configuração de lesão ao patrimônio também não depende da comprovação de redução do patrimônio da entidade, haja vista a existência de diversas hipóteses de lesividade presumida na legislação, como ocorre nas hipóteses previstas no art.4º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 (Lei da Ação Popular), em que a infração das normas vigentes acarretará a nulidade do ato que não produzirá efeitos jurídicos válidos.

Não se pode olvidar, porém, que a ocorrência de lesão ao patrimônio público é pressuposto para o enquadramento nas hipóteses previstas no art.10, o que é reforçado pelo teor do art.12, II da Lei de Improbidade¹¹.

Sob outro prisma, importante consignar que o aplicador da lei deve analisar cuidadosamente as especificidades de cada caso em concreto, para não correr o risco de classificar equivocadamente algumas condutas como ímprobos. Isso porque diversas atividades estatais, especialmente aquelas relacionadas a planos econômicos e implantação de políticas públicas de alto custo financeiro, como a utilização de novas tecnologias para desenvolvimento da saúde e dos meios de transporte, envolvem riscos cujas consequências não podem ser previstas antecipadamente. Em tais casos, sempre há que se verificar se os agentes políticos e públicos atuaram em conformidade com a legislação pertinente¹².

Os atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública, ao seu turno são as ações e omissões violadoras dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições públicas e estão descritos no art. 11 da Lei nº 8.429/92.

É de conhecimento geral que as atividades dos agentes administrativos estão necessariamente subordinadas à observância dos princípios regentes da atividade estatal, em razão da expressa determinação prevista no art.37 da Constituição Federal.

Neste diapasão, o art 4º da Lei nº 8.429/92 estipula que todos aqueles que atuam em nome da Administração estão obrigados a seguir, no desempenho de suas atribuições, os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

10 GARCIA; ALVES, op. cit., p.250-251

11 Ibid. p.249.

12 GARCIA, op. cit., p. 259.

Com efeito, a Lei nº 8.429/92 considerou como atos de improbidade as condutas dos agentes públicos que afrontem os princípios da Administração Pública e violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às entidades e órgãos que representem.

O enquadramento dos atos de improbidade como violadores dos princípios da Administração Pública prescinde da ocorrência de enriquecimento ilícito do agente e de prejuízo ao erário, o que faz com que a aplicação do art. 11 ocorra em caráter residual, incidindo somente naqueles casos em que o ato ímprobo não acarrete enriquecimento ilícito ou lesão ao patrimônio público.

Pode se afirmar, então, com respaldo na doutrina de Emerson Garcia, que o art.11 da lei nº 8.429/92 é uma “norma de reserva”, aplicável somente quando a conduta não tenha causado danos ao patrimônio público ou propiciado o enriquecimento ilícito do agente e desde que comprovada a inobservância dos princípios regentes da atividade estatal¹³.

À semelhança dos atos que ensejam enriquecimento ilícito, exige-se a presença do elemento subjetivo dolo para o enquadramento da conduta como sendo violadora aos princípios da Administração Pública, não se podendo penalizar o agente que, por meio de conduta imprudente, negligente ou imperita, violou tais princípios.

Neste ponto, vale ressaltar o que foi dito a respeito da necessidade de análise criteriosa por parte dos aplicadores de direito ao proceder ao enquadramento de uma conduta como improbidade administrativa por lesão ao patrimônio público, enfatizando que tais cuidados devem ser redobrados na classificação dos atos ímprobos violadores dos princípios da Administração Pública, em razão do maior grau de generalidade e abstração desses princípios em relação às regras¹⁴.

Os aplicadores de direito devem, então, agir com muita prudência na tipificação das condutas dos agentes públicos nas hipóteses de improbidade previstas no art. 11 da Lei nº 8.429/92, para evitar a classificação errônea de atos administrativos que não passam de meras irregularidades, passíveis de correção na via administrativa.

Para alcançar tal desiderato, os operadores do direito terão que conferir uma interpretação à norma geral que se amolde às especificidades do caso concreto, podendo se utilizar da aplicação do

13 GARCIA; ALVES, op.cit. p. 255.

14 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 160.

princípio da razoabilidade. Poderão, também, com fulcro no princípio da proporcionalidade, considerar as circunstâncias em que a conduta foi praticada e as conseqüências advindas para a Administração, analisando, nesse ponto, a relação de causalidade entre o efeito de uma ação (meio) e a promoção de um fim¹⁵.

Outro não é o entendimento de José dos Carvalho Filho que foi expresso nos seguintes termos ¹⁶:

Outro comentário que se faz necessário é o de que bem maior deve ser a prudência do aplicador da lei à ocasião em que for enquadrada a conduta como de improbidade e também quando tiver que ser aplicada a penalidade. Mais do que nunca aqui será inevitável o recurso aos princípios da razoabilidade, para aferir se a real gravidade do comportamento, e da proporcionalidade, a fim de proceder-se á dosimetria punitiva. Fora de semelhantes parâmetros, a autuação da autoridade refletirá abuso de poder.

Nota-se, portanto, diante das considerações apresentadas, a importância de se efetuar uma análise cautelosa sobre a possibilidade ou não de enquadramento da conduta do agente público em quaisquer dos tipos contidos nos arts. 9º a 11 da Lei nº 8.429/92, a fim de evitar a punição excessiva de atos insignificantes que não passam de pequenas irregularidades.

Não se pode deixar de registrar, ademais, que as condutas específicas elencadas nos arts. 9º a 11º são situações jurídicas exemplificadoras das condutas genéricas previstas no caput dos artigos, podendo existir outras condutas que, embora não se enquadrem na lista apresentada, inserem-se na cabeça do dispositivo.¹⁷

1.3 SUJEITOS ATIVOS E PASSIVOS DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E DAS SANÇÕES CABÍVEIS

Os sujeitos passivos dos atos de improbidade administrativa foram elencados no art.1º da Lei nº 8.429/92 e correspondem às pessoas jurídicas titulares do patrimônio público violado ou lesado pelo ato de improbidade administrativa, sejam elas pertencentes à administração direta ou indireta de qualquer dos poderes da União, Estados ou Municípios, ou, ainda, empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual.

15 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 938-939.

16 CARVALHO FILHO, op cit., p.935.

17 Lei nº 8.429/92, ART. 1º

De acordo com o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.429/92, também estão sujeitos às penas da lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio da 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 50% do patrimônio, restando restrita a sanção patrimonial nestes casos, à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves ensinam que a identificação do sujeito passivo deve ser a primeira medida a ser tomada, precedendo, então, a análise da condição do agente passivo, pois somente serão considerados atos de improbidade, para os fins da Lei nº 8.429/92, os praticados em detrimento das pessoas jurídicas elencadas no caput e parágrafo único do referido dispositivo¹⁸.

Por outro lado, os sujeitos ativos dos atos de improbidade, ou seja, os responsáveis pelas condutas lesivas à Administração Pública, são os agentes públicos ou terceiros.

De leitura do art. 2º da Lei de Improbidade Administrativa, observa-se a preocupação do legislador em definir e especificar o agente público, como sendo todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades públicas da Administração Direta e Indireta.¹⁹

Da mesma forma, Lei nº 8.429/92 teve o cuidado de apresentar a definição dos terceiros que estão sujeitos às suas disposições ao asseverar, em seu art. 3º, definir como tal todos aqueles que, mesmo não sendo agentes públicos, induzam ou concorram para a prática do ato ímprobo ou dele se beneficiem sob qualquer forma direta ou indireta.

Com relação à responsabilização de terceiros por atos de improbidade administrativa, vale registrar o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho no sentido de que o terceiro somente poderá ser responsabilizado por ato de improbidade administrativa se tiver ciência da origem ilícita da vantagem, jamais podendo ser responsabilizado por conduta culposa²⁰.

No que pertine às sanções aplicáveis aos responsáveis pelos atos de improbidade administrativa, vale consignar que o art. 12 da Lei nº 8.429/92, com redação dada pela Lei nº 12.120, de 15 de dezembro de

18 GARCIA, op. cit., p.183.

19 DI PIETRO, op. cit., p.815.

20 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 935.

2009, prevê a aplicação de diversas sanções aos agentes ímprobos que variam conforme a tipologia do ato de improbidade levado a termo e podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

Independentemente da categoria do ato de improbidade, a Lei nº 8429/92 estipulou as seguintes cominações: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; ressarcimento integral do dano, quando houver; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios fiscais ou creditícios.

A fixação das sanções cabíveis dentre as previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92 ficará a cargo do juízo competente para a apreciação e julgamento da ação de improbidade administrativa que, deverá, de acordo com o parágrafo único desse dispositivo, considerar a extensão do dano causado, assim como o proveito material obtido pelo agente.

1.4 DOS PRAZOS PRESCRICIONAIS

Com relação aos prazos prescricionais para aplicação das sanções cabíveis, vislumbra-se que Lei nº 8.429/92 determinou, em seu art. 23, o prazo prescricional de cinco anos após o término do exercício de mandato, cargo em comissão ou de função de confiança. Nos casos de agentes ocupantes de cargo efetivo ou emprego, aplicam-se os prazos prescricionais definidos em lei específica para falta disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público.

A prescrição elencada no art. 23 da Lei nº 8.429/92 se restringe à apuração das faltas funcionais cometidas pelos servidores públicos, sem atingir, no entanto, o direito de ressarcimento de danos causados ao patrimônio das entidades previstas no art.1º da Lei. Isso porque, de acordo com art.37, § 5º, da Constituição Federal, as ações que visam o ressarcimento dos danos causados ao erário são imprescritíveis.

A questão referente à imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, embora ainda não pacificada²¹, vem sendo amplamente defendida pela doutrina e jurisprudência dos tribunais^{22, 23}, já tendo sido, inclusive, apreciada pelo Supremo Tribunal Federal que, no julgamento do Mandado de Segurança 26210-9-DF, publicado no

21 Deixa-se de expor a tese defendida pelos opositores da imprescritibilidade das ações de ressarcimento por se tratar de tema que foge ao propósito deste estudo.

22 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de Improbidade Administrativa. Doutrina, Legislação e Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. p.331

23 MARTINS JÚNIOR, op. cit., p.338.

DJe nº 192 de 10/10/08, manifestou-se pela imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário²⁴.

Verifica-se, então, que aplicação das sanções da ação de improbidade administrativa está sujeita ao prazo prescricional de cinco anos, conforme as regras do art.23 da Lei, enquanto as ações cíveis de ressarcimento ao erário pelos danos e prejuízos causados pelos agentes públicos são imprescritíveis. Assim, em caso de impossibilidade de ajuizamento de ação em razão do decurso do prazo prescricional, restará, ao menos, a possibilidade de recuperação dos danos causados ao erário por meio da ação de ressarcimento, que como visto, não está sujeita a prazo prescricional.

1.5 DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, DO PROCESSO JUDICIAL E DAS SANÇÕES CABÍVEIS

A Lei nº 8429/92, em seu capítulo V, disciplinou um procedimento administrativo específico para apuração dos atos de improbidade administrativa no âmbito interno da Administração.

Nos termos do art.14 da Lei nº 8.429/92, qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade. Essa representação deverá ser formulada por escrito ou reduzida a termo e devidamente assinada pelo representante, que também deverá se qualificar, apresentar as informações sobre o fato, sua autoria e as provas disponíveis de que tenha conhecimento.

A autoridade administrativa competente deve, necessariamente, pronunciar-se sobre o conteúdo da representação, podendo, contudo, rejeitá-la, por meio despacho devidamente fundamentado, desde que ausentes as formalidades descritas na Lei de Improbidade. Rejeitada a representação, poderá a autoridade promover, de ofício, a apuração dos fatos representados²⁵, se entender que existem indícios da prática de conduta ímproba.

A rejeição da representação por falta das formalidades previstas no § 1º do art.14 da Lei nº 8.429/92 não impede nova representação ao Ministério Público²⁶. Nesse caso, o Ministério Público poderá instaurar inquérito civil, se não dispuser de elementos suficientes para o ajuizamento direto da ação de improbidade.

24 STF, 26210-9 –DF,Rel. Ricardo Lewandowski, *PLENO*, DJe nº 192 de 10/10/08, DIVULGADO EM 09/10/2008, PUBLICAÇÃO:10/10/2008.

25 GARCIA; ALVES, op. cit., p.37-538.

26 Lei nº 8.429/92 Art. 14, § 2º

Caso o representado seja servidor público federal, a autoridade administrativa deverá instaurar procedimento administrativo disciplinar, na forma dos arts. 142 a 182 da Lei nº 8.112/91²⁷.

Após a instauração de processo administrativo para apurar a prática de ato de improbidade, a comissão processante deverá noticiar tal fato ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas²⁸, oferecendo-lhes a oportunidade de indicar representantes para acompanhar o procedimento administrativo.

A omissão na adoção de tais deveres por parte da autoridade administrativa e o indeferimento teratológico da representação podem conduzir, segundo a lição de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, “à responsabilização administrativa e criminal da autoridade (art.319 do CP), nesta última hipótese, desde que caracterizados o interesse ou sentimento pessoal²⁹.”

Nos casos em que for comprovada a existência de fundados indícios de responsabilidade, a comissão processante representará ao Ministério Público ou à Procuradoria junto ao órgão da Administração lesado para o ajuizamento de ação cautelar perante juízo competente, com pedido de decretação do sequestro de bens do agente público ou terceiro que tenha enriquecido ilícitamente ou causado dano ao patrimônio público, nos termos do art. 16, caput, da Lei nº 8.429/92. O mesmo dispositivo prevê, também, a possibilidade de formulação do pedido de sequestro de bens e a adoção de outras medidas de indisponibilidade de bens e valores como o bloqueio de ativos, inclusive no exterior, se necessárias à recuperação do patrimônio,

Não se pode olvidar, entretanto, que a ação cautelar somente será conhecida e provida se houver a comprovação dos pressupostos: *fumus boni iuris e periculum in mora*, o que significa que o autor deverá demonstrar a probabilidade da existência do seu direito e a necessidade de concessão imediata da cautelar a fim a afastar o risco efetivo de perecimento ou dilapidação dos bens durante o período de instrução processual da ação principal³⁰:

No tocante à dimensão da medida cautelar, o Ministério Público ou a Pessoa Jurídica de Direito Público interessada há que se certificar que a indisponibilidade dos bens seja restrita aos bens que assegurem a reparação integral da lesão ao patrimônio público ou à perda do

27 Lei nº 8.429/92, ART. 14, § 1º e 3º

28 Lei nº 8.429/92, Art.15

29 GARCIA; ALVES, op. cit., p.37-p.538

30 PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.191.

acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito, mediante apuração prévia dos valores dos danos.

O autor da ação de improbidade também deve se certificar que o requerimento de indisponibilidade de bens, seja na hipótese de enriquecimento ilícito (art.9º), seja na de lesão ao erário (art.10), seja adstrito aos bens adquiridos posteriormente ao ato de improbidade administrativa que foi imputado ao agente público ou terceiro³¹.

Após o ajuizamento da medida cautelar, o Ministério Público ou a Pessoa Jurídica interessada deverá propor a ação principal no prazo de trinta dias da efetivação da medida³², se assegurando de que a instrução probatória seja a mais completa possível e que abarque todos os meios de provas previstos no art.332 e seguintes do Código de Processo Civil, notadamente, produção de farta prova documental, depoimento pessoal dos requeridos, prova testemunhal e pericial.

Questão interessante que desperta os debates entre os doutrinadores e aplicadores do direito reside na controvérsia acerca da existência a ou não de um tipo de ação mais adequado para punição dos atos de improbidade administrativa.

Alguns autores como Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves³³ defendem a utilização da ação civil pública para apuração e punição dos atos de improbidade administrativa. Na mesma linha de entendimento, Waldo Fazzio Júnior considera que a ação de improbidade é um tipo de ação civil pública, haja vista que os bens jurídicos por ela tutelados configuram interesses difusos e coletivos, passíveis de serem defendidos pelo Ministério Público, com fundamento no art. 129 da Constituição Federal e na Lei nº 7.347/85³⁴.

Por outro lado, outros doutrinadores, como José de Santos Carvalho Filho e Marino Pazzaglini Filho, consideram que a ação de improbidade administrativa segue procedimento previsto na Lei nº 8.429/92 que se mostra diferente do procedimento específico de proteção de direitos difusos e coletivos definido pela Lei nº 7.347/85, lei da ação civil pública³⁵. Todavia, ambos autores acreditam, com propriedade, que essa controvérsia doutrinária não adquire maior importância na seara jurídica, porquanto, de acordo com a lição de José dos Santos Carvalho

31 PAZZAGLINI FILHO, op. cit. p 192-193

32 Lei nº 8.429/92, ART. 17

33 GARCIA; ALVES, op. cit., p.604-606.

34 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de Improbidade Administrativa. Doutrina, Legislação e Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. p.291-298

35 PAZZAGLINI FILHO, op. cit., p.197.

Filho, “*o nomen juris da ação não afeta seu procedimento, nem a pretensão que nela se formula, nem a decisão a ser proferida*”³⁶.

Este também é o pensamento Marino Pazzaglini Filho proferido nos seguintes termos³⁷:

Entretanto, sua denominação não tem relevância jurídica, pois o direito de ação independe da titulação para sua existência e formulação. Ao invés, é genérico e irrestringível segundo a norma constitucional que resguarda proteção a todos os direitos individuais, coletivos e difusos, não excluindo da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a eles (art.5º,XXXV).

Há que se destacar, ademais, que Lei nº 8.429/92 buscou preservar a indisponibilidade dos interesses públicos ao vedar expressamente, em seu art. 17, § 1º, a realização de transação, acordo ou conciliação nas ações para apuração de atos de improbidade. Dessa proibição legal, pode-se concluir que também não há possibilidade de desistência da ação pela parte postulante, embora não haja previsão normativa expressa nesse sentido.

O mesmo espírito de proteção do patrimônio público e de garantia da efetividade e integralidade da recomposição dos valores desviados do erário também está consignado no art. 17, §2º, da Lei nº 8.429/92, segundo o qual Fazenda Pública deverá promover as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público.

Ainda com o escopo de proteção do patrimônio público, há também a determinação do art. 17, § 5º, da Lei nº 8.429/92, segundo a qual a propositura de ação de improbidade prevenirá a jurisdição do juízo para todas as causas posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir e o mesmo objeto.

A instituição da prevenção do juízo da ação de improbidade em relação às demais ações judiciais com objetos similares visa afastar a possibilidade de trâmites de ações conexas em juízos diversos que pudessem resultar em decisões judiciais conflitantes.

Sob outra vertente, constata-se que a Lei de Improbidade se preocupou em afastar a possibilidade de ajuizamento de ações de improbidade sem fundamento, ao asseverar, em seu art.17, § 6º, que a ação judicial deverá ser instruída com documentação robusta, reveladora de indícios suficientes da existência de ato de improbidade ou com

36 CARVALHO FILHO, op. cit., p.935.

37 PAZZAGLINI FILHO, op. cit. p 198.

fundamentos consistentes acerca da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas.

Outra precaução com objetivo de evitar o ajuizamento de ações sem fundamento, consiste na instituição de uma fase preliminar de defesa prévia, a ser seguida antes do recebimento da petição inicial. De acordo com a regra do art. 17, § 7º, primeiramente o juízo notificará o requerido para apresentar manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de 15 quinze dias. Trata-se de um juízo de admissibilidade da ação civil de improbidade cujo descumprimento acarretará a nulidade do processo, conforme a doutrina de Marino Pazzaglini Filho ³⁸.

De posse das manifestações do requerido, o juiz poderá, em decisão fundamentada, rejeitar a ação de improbidade, desde que caracterizada a inexistência do ato de improbidade, a inadequação da via eleita ou a impossibilidade de julgamento procedente da ação³⁹.

De modo contrário, havendo indícios da prática de ato de improbidade, o juízo receberá a petição inicial e determinará a citação do réu para apresentar contestação, ficando facultado ao requerido impugnar tal ato judicial por meio de agravo de instrumento.

O objetivo da Lei de Improbidade administrativa de evitar o ajuizamento e processamento de ações de improbidade desarrazoadas também está presente nas disposições do § 12º do art. 17, que determinam que, em qualquer fase do processo, constatada a inadequação da ação de improbidade, o juiz extinguirá o processo sem julgamento de mérito com fundamento no art. 267 do Código de Processo Civil.

Além das sanções de caráter cível, os responsáveis por representações desprovidas de fundamento serão submetidos às sanções penais previstas no art. 19 da Lei nº 8.429/92 que consideram crime, sujeito à pena de detenção de seis a 10 dez meses e multa e ao pagamento de danos morais e materiais em favor dos acusados, a formulação de representação por ato de improbidade administrativa contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia souber de sua inocência.

Com o intuito de assegurar a observância dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, a Lei de Improbidade, em seu art. 20, estipulou que a perda da função pública e suspensão dos direitos políticos somente se concretizarão após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Para tanto, a autoridade administrativa ou

38 PAZZAGLINI FILHO, op. cit. p.197.02.

39 Lei nº 8.429/92, ART.17.

judicial competente poderá determinar o afastamento do agente público do cargo, emprego, ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

Importante consignar, também, a previsão contida no art. 21 da Lei de Improbidade Administrativa, com redação dada pela Lei nº 12.120, de 15 de dezembro de 2009, no sentido de que a ação de improbidade e seus consectários independem da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento, e da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.

A previsão normativa do art. 21 da Lei nº 8.429/92 revela que a aprovação ou rejeição das contas pelos órgãos técnicos auxiliares do Poder Legislativo não têm o condão de afastar o controle jurisdicional previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição. Isso porque a decisão da Corte de Contas que aprecia as contas dos agentes públicos faz coisa julgada administrativa, exaurindo as instâncias administrativas e impedindo a revisão nessa esfera, não podendo, entretanto, ser excluída da apreciação pelo Poder Judiciário, em razão da incidência do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição segundo o qual a lei não poderá excluir, da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito⁴⁰.

1.6 DA INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E DA COMUNICABILIDADE DOS EFEITOS DA DECISÃO PROFERIDA EM UMA INSTÂNCIA NAS DEMAIS.

Segundo o art.12 da Lei nº 8.429/92 as cominações pela prática de atos de improbidade administrativa são independentes das sanções penais, civis e administrativas cabíveis e as sanções previstas em seus incisos I, II e III podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato⁴¹.

O preceito normativo em tela consigna expressamente que as condutas ilícitas dos agentes públicos podem ensejar a sua responsabilização no âmbito penal, civil e administrativo, o que significa que esses agentes podem ser responsabilizados de forma individualizada em cada uma dessas esferas e que aplicação de sanção em determinada esfera não afasta as sanções passíveis de aplicação nas demais⁴².

Ainda que a conduta do agente seja única, ele poderá ser punido com uma sanção de natureza penal, caso haja integral subsunção de

40 FAZZIO JÚNIOR, op. cit., p.291-298.

41 Redação alterada pela Lei n 12.120, de 15 de dezembro de 2009.

42 GARCIA; ALVES, op. cit., p.476

seu ato à determinada norma penal; com uma sanção administrativa, se restar caracterizado ilícito dessa natureza e com uma sanção civil, de natureza supletiva, com vistas à complementação do ressarcimento dos danos causados ao erário^{43 44}.

Assim, existe a possibilidade de ajuizamento da ação de improbidade administrativa, simultaneamente ou sucessivamente ao trâmite da ação penal condenatória, sem que se possa alegar litispendência e nem prejudicialidade entre essas instâncias.

Destarte, o agente público que estiver sendo processado nas esferas administrativa, cível e penal não poderá alegar a existência de punição excessiva pelo mesmo fato, *bis in idem*, na cumulação das sanções da ação penal condenatória e da ação de improbidade, eis que tais cominações têm natureza jurídica diversa e são proferidas por juízos distintos, não existindo subordinação entre as instâncias⁴⁵.

Da mesma forma, existe a possibilidade de instauração de processo administrativo disciplinar pela Administração, para apuração de falta disciplinar e aplicação das sanções cabíveis ao servidor faltoso, independentemente da existência de processo penal ou processo cível, sem a necessidade de se aguardar a instauração ou trânsito em julgado desses processos judiciais⁴⁶.

A previsão legal de cumulação de sanções não permite, porém, que uma mesma sanção seja aplicada em cada uma das esferas de forma cumulativa, em duplicidade. Isso significa que uma sanção aplicada numa esfera não pode ser aplicada novamente em outra esfera, sob pena de punição excessiva ao agente. Dessa forma, se a Administração Pública determinar, após a conclusão do procedimento administrativo disciplinar, o ressarcimento do dano, essa sanção não poderá ser aplicada novamente pelo juízo cível ou criminal. Para exemplificar tal assertiva, importante trazer a lume os seguintes exemplos apresentados por Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves⁴⁷:

O ressarcimento integral do dano, elencado entre as sanções do art.12 da Lei nº 8.429/1992, somente será passível de determinação até a recomposição do *status quo*. Atingido esse limite em uma instância, não haverá que se falar em novo

43 GARCIA; ALVES, op. cit., p.476.

44 No mesmo sentido está a doutrina de Waldo Fazzio Junior proferida na obra Atos de Improbidade Administrativa. Doutrina, Legislação e Jurisprudência. Atlas São Paulo, 2007 p.370.

45 MARTINS JÚNIOR, op. cit., p 343.

46 Esse entendimento encontra respaldo em diversos julgados do STF, como no caso do Acórdão pelo Plenário nos autos MS 22899 AgR/SP, DJ 16/05/2003, p.0092.

47 GARCIA, GARCIA; ALVES, op. cit., p.476.

ressarcimento. No que concerne à sanção de perda de função, restando imutável a decisão que aplicou, ela não mais poderá ser aplicada em outra instância, já que esta não pode aplicar a perda do que o ímprobo já não possui mais.

A independência entre as instâncias administrativa, civil e penal que, como visto, permite o ajuizamento simultâneo de várias ações para a apuração das mesmas condutas fatos, não tem o condão de evitar a interferência dos efeitos da decisão proferida em uma instância nas demais, conforme a gradação estipulado no ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com essa a gradação, a decisão transitada em julgado na esfera penal poderá expandir seus efeitos na seara cível e administrativa.

Com efeito, a decisão final proferida na ação penal estenderá seus efeitos sobre a esfera civil sempre que fundamentada nos arts. 65 e 386 I e VI, incisos do Código de Processo Penal, ou seja, sempre que o ato tenha sido praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal, ou no exercício regular de direito ou ainda, que tenha decidido pela inexistência material do fato ou pela negativa de autoria. Esses efeitos, contudo, somente alcançarão os fatos discutidos na ação penal, possibilitando a discussão, na esfera cível, a valoração de outros fatos que não tenham sido apresentados na instância penal.

No entanto, a decisão penal absolutória em razão da falta de provas da existência do fato, da extinção da punibilidade, de não constituir o fato infração penal ou não ter existido prova de ter o réu participado da infração penal⁴⁸, não impede a discussão e valoração dos mesmos fatos, na esfera cível.

A sentença proferida na esfera cível, por sua vez, repercutirá, necessariamente, na seara administrativa, quando concluir pela inexistência do fato ou que a autoria não possa ser atribuída ao agente responsabilizado. De onde se afere que a Administração não poderá aplicar, em processo administrativo, penalidade ao agente com fundamento no mesmo fato decidido pelo Poder Judiciário em razão de ser este o poder competente, por expressa disposição constitucional contida no art.5º, inciso XXXV, para proferir a decisão final sobre qualquer lesão ou ameaça ao direito⁴⁹.

Constata-se, dessa forma, que processo de natureza cível sempre poderá analisar os elementos fáticos que embasaram a sanção

48 Arts. 67 e 386, II, III, V e VII do Código de Processo Penal.

49 GARCIA; ALVES, op. cit., p.479.

proferida na esfera administrativa, podendo verificar, também, se existem fundamentos para a condenação, se houve a observância do contraditório e da ampla defesa e se a Administração observou o princípio da proporcionalidade na fixação das penas dentre as cabíveis. O juízo civil, contudo, não dispõe de competência para adentrar no mérito administrativo, interferindo na escolha da sanção aplicável entre as cominadas, na dosimetria da pena e na conveniência da sua aplicação ou não, a menos que a individualização da sanção tenha ofendido o princípio da proporcionalidade, pois tal interferência configura violação ao princípio constitucional da separação dos poderes previsto no art. 2º da Constituição da República⁵⁰.

2 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As razões e fundamentos apresentados levam à conclusão de que a Lei nº 8.429/92 é o principal instrumento processual de busca da moralidade administrativa e de combate à corrupção na medida em que disciplina os pressupostos necessários à responsabilização dos agentes públicos e terceiros beneficiários por condutas que resultaram em enriquecimento ilícito, que causaram prejuízos ao patrimônio público ou que violaram os princípios da Administração Pública.

Como visto, a lei de improbidade administrativa busca resguardar o patrimônio público de todas as pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado, instituídas graças o aporte de recursos públicos, da forma mais ampla possível, sendo suficiente a existência de lesão aos bens e interesses de natureza moral, econômica, ambiental, estética, artística, histórica, turística e cultural.

Para alcançar esse desiderato, o Ministério Público ou a Procuradoria Jurídica junto à Pessoa Jurídica de Direito Público interessada poderá requerer em Juízo a indisponibilidade dos bens do indiciado com vistas a assegurar o ressarcimento integral do dano.

Outrossim, o Ministério Público ou a Procuradoria Jurídica junto à Pessoa Jurídica de Direito Público interessada também poderá ajuizar medida cautelar com pedido de sequestro dos bens do acusado, responsabilizando-se, por consequência, em ajuizar a ação principal, no prazo de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

Constata-se, do exposto, que a Lei nº 8.429/92 objetiva a aplicação cumulativa, aos agentes ímprobos, das sanções de perda dos bens ou valores acrescidos ao patrimônio; ressarcimento do dano, quando houver; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos e pagamento de multa, conforme a gravidade da conduta ímproba e

50 GARCIA; ALVES, op. cit. p. 479

conforme a gradação estipulada pelo art.12. Sanções essas, que são aplicáveis independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica; respeitando-se, porém, a possibilidade de interpenetração dos efeitos da decisão transitada em julgado em uma esfera na outra, também em conformidade com as normas previstas no ordenamento jurídico pátrio.

Sob outro enfoque, vislumbra-se o legislador instituiu diversas medidas para evitar o ajuizamento de ações de improbidade desprovidas de fundamento e de indícios mínimos da prática de conduta ímproba que visam apuração de fatos que não passam de meras irregularidades, passíveis de correção, dentre as quais se destacam: a) a instituição de uma fase preliminar de defesa prévia, a ser seguida antes do recebimento da petição inicial (art. 17, § 7º, da Lei nº 8.429/92); b) possibilidade de extinguir o processo sem julgamento do mérito em qualquer fase do processo, quando reconhecida a inadequação da ação de improbidade (art. 17, § 11, da Lei nº 8.429/92); e c) criminalização da representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia o sabe inocente (art. 19, da Lei nº 8.429/92).

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de Improbidade Administrativa. Doutrina, Legislação e Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

**REGISTRO DE PREÇO – CONSIDERAÇÕES
SOBRE O INSTITUTO E SEU CABIMENTO**

**LOG PRICE - CONSIDERATIONS ABOUT THE
INSTITUTE AND ITS PLACE**

Thulio Caminhoto Nassa

*Advogado – Pós-Graduado, Especialista e Mestre em Direito Administrativo
pela PUC/SP - Professor Assistente do Curso de Pós-Graduação em Direito
Administrativo da PUC/SP.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Histórico; 2 Conceito, Finalidade e Distinções; 3 O Cabimento Atual do Registro de Preço: Compras e Serviços; 4 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O artigo científico ora proposto tem por finalidade descrever o sistema denominado “Registro de Preço”, a fim de que dele possam ser extraídas algumas afirmações conceituais e certas conclusões que estejam apoiadas em premissas jurídicas mais sólidas.

Nesse mister, será necessário fornecer uma visão histórica de sua positivação jurídica, para que, em ato lógico subsequente, possamos aferir a real acepção que o Direito, hodiernamente, o concebe.

A partir desta constatação, destacaremos que o registro de preço consiste num *sub-procedimento*, ou *procedimento especial*, que é utilizado para determinados casos num procedimento maior denominado licitação pública, sempre que a Administração não puder precisar, de antemão, as quantidades a serem executadas de um objeto após a conclusão do certame.

Sustentaremos, destarte, que o registro de preço não tem valor em si mesmo, pois, rigorosamente, serve ao procedimento licitatório modificando-o apenas em sua parte conclusiva (ao invés de firmar um contrato típico com quantitativo vinculado, que seria a conclusão normal do procedimento, firmar-se-ia uma “ata de preços” do qual a Administração não se vincula).

Nessa linha, defenderemos que a “ata do registro de preço” não constitui espécie contratual, razão pela qual não se aplicaria o regime jurídico deste, enfrentando as divergências doutrinárias em sentido contrário, e, por fim, defenderemos a ampliação de sua hipótese de incidência também quando o objeto contratado se refira à serviços.

PALAVRAS CHAVE: Registro de Preço. Licitação. Ata.

ABSTRACT: The scientific article, the proposed aims at describing the system called “Log Price”, so that it can be extracted from some conceptual statements and certain conclusions that are supported on more solid legal assumptions.

In this mister, you must provide a historical overview of its legal assertiveness, so that in subsequent logical act, we can assess the real meaning as the law in our times, the designs.

From this observation, we will emphasize that the record price is a sub-procedure, or special procedure, which is used for certain cases a procedure called the largest public bidding, where the Administration can not specify in advance the quantities to be executed of an object after the conclusion of the event.

Sustenance, thus, that the record price has no value in itself because, strictly, serves the bidding process by modifying it only in the concluding part (instead of signing a contract with typical quantitative bound, which would be the normal conclusion of procedure, it would establish a “record prices” which the Administration does not bind).

Along this line, we will hold that the “minutes of the record price” is not kind contract, why not apply the legal arrangements, facing the doctrinal differences in the opposite direction, and ultimately defend the expansion of its case of incidence also when the object refers to the contracted services.

KEYWORD: Log Price. Public Bidding. Minute.

INTRODUÇÃO

O direito brasileiro sempre concebeu o registro de preço como um *sub-procedimento*, ou *procedimento especial*, que é utilizado para determinados casos num procedimento maior denominado licitação pública.

Pode-se afirmar, destarte, que o registro de preço não tem valor em si mesmo, pois, rigorosamente, serve ao procedimento licitatório.

Nessa linha, a primeira premissa deste trabalho científico será definir, ainda que sucintamente, o que vem a ser o procedimento licitatório, a fim de que, posteriormente, possamos emitir conclusões lógico-jurídicas sobre o registro de preço que dele se irradia.

Lembremo-nos, pois, que a *descrição científico-dogmática* de determinado objeto jurídico, tal como sugere Tercio Sampaio Ferraz Jr. e Miguel Reale, acarreta a delimitação primeira do instituto jurídico que o envolve, ou seja, da completude do sistema e de seus pontos de partida, a fim de permitir, com coerência, o conhecimento dedutivo das espécies nele inseridas.¹

Nesse mister, dentre as inúmeras e excelentes definições de procedimento licitatório (ou licitação, tal como é comumente designado), adotamos a valiosa síntese oferecida por Celso Antonio Bandeira de Mello, segundo o qual define-o:

como um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na idéia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõe assumir.²

Extrai-se do conceito acima três pontos centrais que nos permitirá visualizar o objeto “licitação pública”. São eles:

- a) *procedimento concorrencial* (caracterizado por um critério de disputa objetiva entre interessados para contratar com o Poder Público);

1 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação. 5. ed. São Paulo: Atlas. p. 47/51. Miguel Reale, em *Lições Preliminares de Direito*. 21. ed. Saraiva. p. 83-84.

2 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. Malheiros. p. 514.

- b) procedimento que visa a obtenção de *melhor proposta ao interesse público* (o procedimento, portanto, é mero instrumento para alcance do melhor ao interesse público, ou seja, é um simples meio e não um fim em si mesmo);
- c) *procedimento isonômico* (deve assegurar iguais oportunidades de participação).

Referido procedimento licitatório é regulado de forma geral pela atual Lei Federal 8.666/93, a qual, no seu artigo 22, arrola como modalidades: a) concorrência pública; b) tomada de preço; c) carta convite; d) concurso; e) leilão; os quais contém ritos diferenciados, com maior ou menor complexidade, e que são definidos em função do valor daquilo que a Administração pretende contratar (no caso dos três primeiros), ou do objeto (cabíveis para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, no caso do concurso; ou para a venda de bens, no caso de leilão).

Têm como características comuns, segundo o art. 43, a existência dum rito composto por duas fases, sendo a primeira delas a *fase de habilitação*, na qual se verificam os requisitos de aptidão para a execução do futuro contrato (requisitos jurídicos, técnicos, fiscais e econômicos), e a segunda correspondente à *fase de proposta*, na qual os licitantes habilitados disputarão entre si a melhor oferta (menor preço, melhor técnica, ou a combinação dos dois), aferindo-se, enfim, o vencedor da disputa.

Registra-se ainda a existência da modalidade denominada Pregão prevista especialmente pela Lei Federal 10.520/02 e cabível apenas para *bens e serviços de natureza comum* (classificação pelo objeto; art. 1º)³. Nela, tem-se como principais diferenças em relação ao procedimento das demais modalidades a inversão de ordem entre as fases de habilitação e proposta, bem como a oportunidade de ofertar lances sucessivos de preço (art. 4º).⁴

3 Lei Federal 10.520/02.

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

4 Art. 4. [...] VII - aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;
VIII - no curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor;
[...] XII - encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

Após homologado o certame e adjudicado seu objeto ao vencedor da disputa, a Administração, pelo dever de vinculação ao instrumento convocatório e (artigos 3º e 41), deverá celebrar o contrato conforme as quantidades pré-estabelecidas no Edital da Licitação e seus anexos.

E assim, exatamente nesse momento, é que apareceria, inserido no procedimento licitatório, o *rito especial* do registro de preço.

Isto porque, segundo disposto no §4º do art. 15 da Lei Federal 8.666/93, a parte final do procedimento licitatório, em vez de seguir o curso normal da assinatura do contrato, resultaria numa “ata de preços registrados”, da qual a Administração não teria mais a obrigação de contratar as quantidades previamente estipuladas e vinculadas.⁵

Estabelecemos, destarte, as premissas básicas necessárias para descrever o objeto denominado licitação pública e suas modalidades procedimentais, inserindo, pois, o registro de preço nessa categoria.

E assim, de acordo com esse panorama, sobretudo adstrito às finalidades da licitação (que visa promoção de disputa entre interessados, obtenção de melhor proposta, e ampliação da isonomia, como já visto) é que o registro de preço deverá ser concebido e desenvolvido cientificamente, sob pena de, caso contrário, se afastar de sua própria razão de ser no mundo jurídico.

1 HISTÓRICO

O registro de preço foi expressamente positivado no ordenamento jurídico brasileiro, para todas as esferas federativas⁶, por intermédio do Decreto-lei 2.300/86, no qual, no curso do seu art. 14, assim prescrevia:

Art 14. As compras, sempre que possível e conveniente, deverão:

I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção e assistência técnica;

II - ser *processadas através de sistema de registro de preços*;

III - submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado.

5 § 4º A existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir, ficando-lhe facultada a utilização de outros meios, respeitada a legislação relativa às licitações, sendo assegurado ao beneficiário do registro preferência em igualdade de condições.

6 Registra-se que a lei paulistana (Lei 10.395, de 17/12/70), já previa o registro de preço no âmbito do respectivo Estado. Daí dissemos que o Decreto-lei 2.300/86 é pioneiro se considerarmos a positivação em âmbito nacional.

§ 1º O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado,

§ 2º Os preços registrados serão periodicamente publicados no Diário Oficial da União, para orientação da Administração.

§ 3º O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto.

Tinha por finalidade tomar dos interessados *no curso de um processo licitatório* de compras um registro de seus preços oferecidos, mas com a peculiaridade procedimental de que, no final do certame, não resultariam diretamente num contrato, mas que apenas serviriam apenas para “*orientação da Administração*”.

Questionou-se, na ocasião, qual o sentido dessa expressão “*orientação à Administração*”. Para alguns, seria a de mera referência de preço, servindo unicamente como base de preço para instruir e referenciar novos processos licitatórios. Para outros, contudo, o registro não poderia se resumir a uma simples pesquisa de preço, já que, nesse caso, seria desnecessário obtê-lo por meio de um licitação realizada apenas para este fim.

Ficamos com a segunda assertiva. Efetivamente, a finalidade do referido procedimento seria a obtenção dum registro público e classificatório por meio de licitação, segundo o qual o Poder Público poderia se orientar em momento futuro para contratar diretamente o proponente do menor preço, isto é, sem a necessidade de realizar novas e sucessivas licitações sempre que surgisse uma demanda.

Um dos muitos exemplos de sua utilidade poderia ser observado na aquisição de peças de manutenção/reparo de automóveis ou de maquinários, já que, nesses casos, o Poder Público não tinha como precisar a quantidade a ser utilizada futuramente (*afinal: como saber quantas peças iriam quebrar?*), e, portanto, seria muito prejudicial às necessidades administrativas ter de aguardar o surgimento específico de cada demanda para se dar início a um novo procedimento licitatório.

Ademais, a ausência do sistema de registro de preço também poderia gerar desperdício de recursos públicos, já que, sem ele, o Poder Público, como visto, teria de firmar contratos decorrentes de licitações em quantidades pré-fixadas mas cuja necessidade de execução ainda não se apresentava definida.

Definia-se, destarte, o registro de preço como *procedimento especial*, inserido na licitação da época para o caso específico no qual o certame, por imprevisão das quantidades, não pudesse resultar automaticamente em contrato.

Daí, falava-se em registro ao final do procedimento licitação, como “orientação à Administração”. Esse, pois, era o sentido e a inteligência do dispositivo legal mencionado.

Entretanto, interessante anotar que, a par de sua inegável utilidade, a implantação efetiva do registro de preço não ocorreu sob a égide do aludido Decreto-lei 2.300/86.

Isto porque no período subsequente à sua edição, o Brasil enfrentava uma inflação galopante que tornava os preços registrados totalmente obsoletos e inadequados quando fossem utilizados futuramente – *aliás, não seria possível sequer estabelecer critérios seguros de atualização diante da inconstância econômica*. Desta feita, foi apenas com o aceno do final da crise inflacionária que o registro de preço retoma sua real serventia, agora regulamentada de forma muito mais clara pelo artigo 15 da Lei Federal 8.666, de 1993, *suso* transcrito:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

[...]

II - ser processadas através de sistema de registro de preços;

[...]

§ 1º O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado.

§ 2º Os preços registrados serão publicados trimestralmente para orientação da Administração, na imprensa oficial.

§ 3º O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais, observadas as seguintes condições:

I - seleção feita mediante concorrência;

II - estipulação prévia do sistema de controle e atualização dos preços registrados;

III - validade do registro não superior a um ano.

§ 4º A existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir, ficando-lhe facultada a utilização de outros meios, respeitada a legislação

relativa às licitações, sendo assegurado ao beneficiário do registro preferência em igualdade de condições.

§ 5º O sistema de controle originado no quadro geral de preços, quando possível, deverá ser informatizado.

§ 6º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar preço constante do quadro geral em razão de incompatibilidade desse com o preço vigente no mercado.

Com efeito, o registro de preço da Lei Federal 8.666/93, diante do novo cenário de melhor estabilidade econômica, iniciado em 1994 com o *Plano Real*, passa, finalmente, a ser útil e, deveras, empregado com mais frequência pelos entes federativos.

A nova legislação sepultou de vez as dúvidas existentes sobre o emprego do registro de preço, na medida em que deixou claro, no inciso I do §3º do art. 15, que o registro *será precedido de licitação na modalidade específica da concorrência pública*, bem como que a Administração, nos termos do §4º do art. 15, *não estaria obrigada a contratar as quantidades licitadas*, aperfeiçoando cada vez mais sua caracterização como uma ferramenta especial vinculada a um procedimento licitatório.

A partir daí, surgem novas e profícuas regulamentações tendentes a ampliar ainda mais sua incidência.

Tal situação ocorreu na esfera federal principalmente com o advento do Decreto 2.743, de 21/8/98, posteriormente com o Decreto 3.931, de 11/9/01, e finalmente, com o Decreto 4.342/02 que estendeu o cabimento do registro de preço também na contratação de serviços e obras – *e não apenas para compras, tal como consta expressamente no art. 15 da Lei Federal 8.666/93*.

No âmbito do Município de São Paulo, merece destaque a Lei Municipal nº 13.278, de 07 de janeiro de 2002, regulamentada pelo Decreto Municipal nº 44.279, de 24 de dezembro de 2003.

2 CONCEITO, FINALIDADE E DISTINÇÕES.

O registro de preço, surgido em 1986 e aperfeiçoado em 1993, tem por finalidade a realização de uma licitação adaptada para atender uma demanda administrativa futura, cuja ocorrência é sabida, mas cujas quantidades exatas apenas se afigurarão em momento posterior.

Por isso, se caracteriza por um *procedimento especial* no qual a licitação, já processada pela modalidade normal da concorrência

pública ⁷, apenas resultaria numa “ata classificatória de propostas”, e não diretamente num contrato administrativo típico.

Diante deste panorama, notamos que o sistema do registro de preço emerge como *procedimento especial*, vinculado e integrante do procedimento licitatório, com o propósito de otimizar a finalidade da licitação na obtenção de proposta mais vantajosa, sempre que não for possível definir, na conclusão do certame, as quantidades contratuais a serem executadas.

Esse é o cerne e a finalidade jurídica do registro de preço: otimizar o já existente procedimento licitatório.

Modifica-o apenas em sua parte conclusiva, ou seja, no momento da contratação e definição das quantidades, para que a proposta obtida seja realmente vantajosa ao Poder Público.

Por esta característica, o registro de preço não consiste em nova modalidade de licitação, mas apenas e tão somente numa ferramenta especial utilizada na parte final do certame.

Nessa linha, a doutrina nacional especializada, em sua grande maioria, também afasta o registro de preço como espécie de modalidade licitatória ⁸.

Feitos tais esclarecimentos, propomos o seguinte conceito de registro de preço: *procedimento especial, inserido no curso das modalidades licitatórias da concorrência ou do pregão, e que tem por finalidade, nos casos de imprevisão da demanda futura, fazer com que a conclusão ordinária do certame não resulte imediatamente na assinatura de contrato administrativo, mas apenas na obtenção de cadastro de preço e características do objeto ofertado pelos interessados, por meio de uma Ata, da qual a Administração Pública não se obriga em utilizar.*

Outro ponto que merece destaque no conceito de registro de preço é a necessidade de não confundi-lo com espécie típica de *contrato administrativo*. E isto tudo serve não apenas para estabelecer uma

⁷ Pelo advento do art. 11 da Lei Federal 10.520/02, registra-se que o registro de preço também pode ocorrer no curso da modalidade licitatória do pregão.

⁸ O saudoso mestre Hely Lopes Meirelles já enxergava que “*para a adoção do registro é necessário procedimento licitatório, na modalidade da concorrência ou do pregão e regulamentação através de decreto do Poder Executivo.*” (Licitação e Contrato Administrativo, Malheiros, 14. ed. p. 67). Para o eminente Marçal Justen Filho, o registro deve ser obtido “*mediante seleção em um procedimento licitatório*” (Comentários à Lei de Licitação e Contrato Administrativo, Dialética, 11. ed. p. 144). De outra parte, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, afirma que o “*sistema de registro de preço é um procedimento especial de licitação*”, o que nos daria a impressão de enxergá-lo como um nova modalidade licitatória. Contudo, o próprio autor conclui ressaltando que o “*sistema de registro de preço se efetiva por meio de uma concorrência ou pregão*”, isto é, para o autor a expressão “*procedimento especial de licitação*” não afasta a característica marcante de que tal procedimento é parte integrante de uma modalidade licitatória, ainda que a modifique especialmente.

“batalha de palavras” ou de rótulos, mas, efetivamente, para evitar a incidência de conseqüências que seriam atribuíveis à outras figuras jurídicas.

Como exemplo da mencionada utilidade na separação dos objetos, bastaria lembrar que o art. 65, I, alínea “a”, da Lei Federal 8.666/93, apenas autorizaria a incidência de alteração qualitativa do objeto, pela Administração, se e quando estiver diante de um contrato administrativo e não meramente de uma proposta ou de qualquer ato estabelecido nas fases anteriores (tal como a celebração da “Ata de Registro de Preço”).

De qualquer sorte, o fato é que controvérsia sobre a classificação do registro de preço decorre da dificuldade de conceituar a natureza da chamada “Ata do Registro de Preço”.

Isto porque, a “Ata de Registro de Preço” consiste na formalização das características e dos valores do objeto tal como a Administração Pública e o licitante vencedor do certame devem manter, em caso de contratação futura, propiciando a sensação de que já se estabeleceria, nesse momento, um *típico contrato administrativo*.⁹

Contudo, ao recorrermos um pouco mais à fundo na doutrina civilista conseguiremos separar a natureza da relação jurídica havida por uma proposta, pré-contrato ou até mesmo por uma ata, tal como a vinculação ao preço e condições nela estabelecidos, com a relação jurídica que seria tipicamente contratual.

Para Arnold Wald, “os dois elementos imprescindíveis para a formação do contrato são a solicitação ou proposta e a aceitação”, sendo esta última a concretização das negociações preliminares em contrato (Obrigações e Contratos, RT, 14ª Ed., p. 203).

Ou seja, a proposta – *tal como feita no curso de um processo licitatório ou até mesmo entre particulares* – pode gerar realmente conseqüências jurídicas previstas em lei, mas, pela falta da aceitação contratual, ainda não gera todos os efeitos tipicamente contratuais.

9 Nesse quesito, anote-se que Marçal Justen Filho, administrativista de escol, muito embora não conceitue o registro de preço como espécie comum de contrato, adota posição divergente ao defini-lo como “um contrato normativo, expressão que indica uma relação jurídica de cunho preliminar e abrangente, que estabelece vínculo jurídico disciplinando o modo de aperfeiçoamento de futuras contratações entre as partes.” (Comentários à lei de Licitação e Contratos Administrativos, Dialética, 11. ed. p. 114).

Já Marcio Cammarosano prefere a seguinte definição: “[...] a Ata de Registro de Preço e as contratações que dela podem advir compõem um conjunto, uma verdadeira relação contratual complexa, que, na lição de Orlando Gomes (1989, p. 155), começa com o pré-contrato, ou contrato preliminar, e desenvolve-se com as contratações parciais subsequentes.” (Artigo intitulado “Sistema de Registro de Preço: Breves Considerações”, publicado na Revista do Advogado AASP nº 107, p. 136).

Deveras, a simples “Ata de Registro de Preço”, por força de lei (§4º do art. 15 da Lei Federal 8.666/93)¹⁰, ainda não ostenta o elemento da aceitação pelo interessado, e, como conseqüência, não reúne a primeira característica necessária para a tipificação do contrato, isto é, a exigibilidade, consistente na capacidade das partes exigir judicialmente a execução do conteúdo nela depositado, sob pena de responsabilização.

Nesse sentido, recorrendo uma vez mais ao escólio de Arnold Wald, veremos que a obrigação contratual se perfaz com “[...] *o vínculo jurídico temporário pelo qual a parte credora (uma ou mais pessoas) pode exigir da parte devedora (uma ou mais pessoas) uma prestação patrimonial e agir judicialmente sobre o seu patrimônio, se não for satisfeita espontaneamente.*” (Obrigações e Contratos, RT, 14. ed. p. 26).

Assim, considerando que no momento da proposta ou da celebração da “Ata” ainda não há obrigação a ser satisfeita espontaneamente, mas apenas uma proposição a ser seguida no caso de celebração contratual, também não haveria que se falar em exigibilidade. De outro lado observamos, *mutatis mutandis*, que o contrato, este sim, já poderia ser exigido desde o momento em que é exteriorizado ou formalizado, conforme consta, aliás, expresso no art. 66 da Lei Federal 8.666/93.

A mesma situação também pode ser observada no ato de ingresso no certame licitatório. Com efeito, o licitante que entrega sua documentação de participação e proposta de preço já aceita as regras pré-estabelecidas no Edital de Licitação e, assim, dá ensejo a efeitos jurídicos vinculantes em caso de celebração de futuro contrato. Todavia, a par destes efeitos jurídicos, resta óbvio que o simples ato de ingresso no certame não teria o alcance de estabelecer uma relação tipicamente contratual entre as partes, já que, inexoravelmente, faltaria o elemento da aceitação final e da exigibilidade.

Isso tudo já seria suficiente para demonstrar a diferença jurídica entre as figuras da “Ata” e do contrato.

Entretanto, ainda há outros elementos de consideração que devem ser analisados.

Para José Roberto Dromi, ao classificarmos uma relação jurídica como “contrato administrativo” deveríamos somar sempre as características gerais e comuns aos contratos com as características específicas do regime jurídico administrativo, senão vejamos: “[...] *o contrato é um instituto jurídico, que se adjetiva ou qualifica de civil, comercial,*

10 § 4º A existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir, ficando-lhe facultada a utilização de outros meios, respeitada a legislação relativa às licitações, sendo assegurado ao beneficiário do registro preferência em igualdade de condições.

trabalhista, administrativo, etc., quando se somam, as suas características básicas e genéricas, as notas que o especificam dentro de seu gênero, quanto a sua forma, sujeitos, consentimentos, etc.” (Instituciones de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Ástrea, 1983, p. 350/351).

Deveras, no campo do direito administrativo, e, mais especificamente, no campo do “contrato administrativo”, a diferença entre a “Ata de Registro de Preço” e o instrumento contratual típico deste ramo do direito se mostrará ainda muito mais acentuada.

A configuração de “contrato administrativo” exigiria a incidência do chamado regime jurídico de direito administrativo, donde impera, segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, a *supremacia do interesse público sobre o privado* e a *indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos* (Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 25^a Ed., p. 55). A partir deles, os contratos administrativos recebem a especialíssima característica das *prerrogativas exorbitantes*, nas quais a Administração, em nome do interesse público, poderá unilateralmente alterar o vínculo inicial estabelecido (peculiaridade esta que seria impensável nos contratos privados ou até mesmo nos simples ajustes que são estabelecidos livremente pelos particulares).

Dentre as prerrogativas exorbitantes, podemos citar o art. 58 da Lei Federal 8.666/93, que assim explicita:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei; III - fiscalizar-lhes a execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

Nesse sentido, é evidente observar que a mera celebração da “Ata de Registro de Preço” não faz incidir as prerrogativas exorbitantes supramencionadas. Ora, a Administração não poderá alterar a qualidade ou quantidade do item ofertado pelo licitante ainda no curso do certame ou antes da celebração do contrato, da mesma forma em que não poderá fiscalizar-lhe, aplicar sanções, ocupar bens e instalações, dentre tantas outras atividades que seriam típicas apenas na seara contratual administrativa.

Portanto, entendemos que a “Ata do Registro de Preço”, muito embora tenha papel de pré-estabelecer a qualidade e o preço do bem ou serviço oferecido pelo licitante - *e quiçá outras condições, como prazo e local de entrega* – não reunirá todos os elementos necessários para a configuração de uma relação contratual administrativa, carecendo-lhe: a) do aperfeiçoamento do ciclo contratual; b) da exigibilidade; c) e da incidência das prerrogativas exorbitantes.

Daí que concluímos que o “Ata de Registro de Preço” não configura espécie contratual perfeita, e muito menos contrato administrativo, muito embora sobre ela a legislação de regência possa atribuir alguns efeitos.

Tem, portanto, natureza de ato jurídico (ainda não é contrato) que obriga as partes sobre o conteúdo ali depositado, com exceção das quantidades, se e quando houver aceitação para que ela resulte numa celebração contratual.

Ao traçarmos essa importante distinção, emergirá, como conseqüência natural, uma importantíssima situação prática, qual seja, a de que o prazo de validade de “Ata do Registro de Preço” (um ano, conforme inc. III, do §3º, do art. 15 da Lei Federal 8.666/93) não se confundirá com o prazo de vigência e de prorrogação do contrato que poderá ser firmado futuramente (nesse caso, o prazo de vigência do contrato deverá ser vinculado à vigência do crédito orçamentário, e poderá ser prorrogado, no caso de serviços continuados, em até sessenta meses, consoante a disciplina do art. 57 da Lei Federal 8.666/93).

Ademais, também é relevante registrar que a celebração da “Ata”, por força do citado §4º do art. 15 da Lei Federal 8.666/93, não gera obrigação de execução do objeto registrado e, portanto, não cria obrigação orçamentária de despesa para o ente público. Isso também a difere substancialmente do contrato e faz com que, à luz do art. 58 c/c art. 61 da Lei Federal 4.320/64¹¹ (Lei de Finanças Públicas), seja desnecessário emitir a chamada “nota de empenho”, a qual serviria para congelar do orçamento verba pública que poderia ser aproveitada no atendimento de outra necessidade.

3 O CABIMENTO ATUAL DO REGISTRO DE PREÇO: COMPRAS E SERVIÇOS

O art. 15 da Lei Federal 8.666/93, que regula o sistema do registro de preço, contém previsão expressa de sua incidência apenas para o caso de “compras”, o que pode levar o intérprete mais desavisado

11 Art. 58. O empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição. Art. 60. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho.

ou apegado à literalidade na conclusão de que tal procedimento não seria cabível para aquisição de “serviços” pela Administração Pública.¹²

Em outras palavras: o silêncio legislativo quanto ao cabimento para aquisição de serviços poderia ser interpretado como vedação?¹³

A resposta a essa questão dependerá, naturalmente, da premissa segundo a qual a competência administrativa deve decorrer de um comando literal do Legislativo ou da premissa segundo a qual esta competência pode resultar da finalidade da lei, ainda que implícita, mas interpretada sistematicamente?

Certamente somos partidários da segunda premissa, o que motivamos por duas razões bastante simples: a) a primeira, de que a atividade legislativa é insuficiente, e, portanto, jamais conseguirá prever e regular de forma expressa todos os fatos da vida cotidiana; b) a segunda, pela qual a atividade administrativa é dinâmica e valorativa, comportando extrair dos comandos legais a real finalidade e o sentido que a sociedade espera.

Nesse ínterim, o princípio da legalidade a que se submete a Administração (art. 37 da Constituição da República) não significa que o administrador deve agir segundo a letra da lei, *mas segundo sua finalidade, seu espírito*.

Para Afonso Queiróz, também apoiado em Magalhães Colaço, “*o fim da lei é o mesmo que o seu espírito e o espírito da lei faz parte da lei mesma. Forma com o seu texto um todo harmônico e indestrutível, e a tal ponto, que nunca podemos estar seguros do alcance da norma, se não interpretarmos o texto da lei de acordo com o espírito da lei.*” (Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo, Coimbra Editora, 1940, p.72).

Ou então, de forma ainda mais clara diante do princípio da legalidade, assevera Celso Antonio: “*Em rigor, o princípio da finalidade não é uma decorrência do princípio da legalidade. É mais do que isso: é uma inerência dele; está nele contido, pois corresponde à aplicação da lei tal qual é; ou seja, na conformidade de sua razão de ser, do objetivo em vista do qual foi editada. Por isso se pode dizer que tomar uma lei como suporte para a prática*

12 A Lei Federal 8.666/93 define compras e serviços nos incisos II e III do art. 6º, da seguinte forma:

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

III - Compra - toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente;

13 Registra-se que muitas pessoas jurídicas de direito público interno vêm disciplinando a matéria e estabelecendo regulamentação própria de modo a conter previsão expressa sobre o cabimento do Registro de preço para aquisição de serviços. Nesse sentido, destacamos os Decretos Federais 3.931/2001 e 4.342/2002, incidentes no âmbito da Administração Federal.

de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la; é burlar a lei sob o pretexto de cumpri-la.” (Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 25. ed. p. 106)

Pois bem, eleita a premissa acima - *em prol do espírito da lei e não de sua literalidade* -, restaria analisar se a incidência do “registro de preço” para a aquisição de serviços resulta, portanto, da finalidade desejada pela normal legal de regência ou não, ainda que não haja disposição literal nesse sentido.

Nesse mister, o art. 3º da Lei Federal 8.666/93 já nos fornece de forma bem satisfatória a finalidade do procedimento licitatório, senão vejamos: Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da *isonomia* e a selecionar a *proposta mais vantajosa* para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos *da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.*

Logo, a finalidade do procedimento licitatório - *que é meio, mero instrumento* - é a de alcançar os valores acima arrolados, dentre os quais, destacamos, para o Registro de Preço, o da *vantajosidade* e o da *isonomia*.

Isto porque, já fora demonstrado que o Registro de Preço tem cabimento para evitar que a Administração celebre um contrato cujas quantidades, por imprevisão natural, possam não ser necessárias, ou também para que a Administração possa realizar um certame público antes de eventuais necessidades futuras e emergenciais, evitando assim as famigeradas contratações diretas ou fracionadas cartas convites.

Em outras palavras: é um mecanismo que evita desperdício de recurso (em prol da vantajosidade) e que evita contratações sem licitação ou por modalidades fracionadas (em prol da isonomia).

Suponha, por exemplo, que o Administrador inerte (ou até mesmo desonesto) simplesmente poderia esperar a ocorrência de uma necessidade específica cuja demanda não era previsível em quantidades exatas, tal como a ruptura de um cano ou a rachadura de uma parede em um determinado prédio, para “justificar” a realização de contratos emergenciais sem licitação ou, quando muito, para realizar sucessivas e fracionadas cartas convites com apadrinhados.

Ou então, de outro turno, poderia realizar licitações com quantitativos superestimados, mobilizando e desperdiçando recursos públicos em execuções de serviços ou em aquisições de produtos cujas

quantidades pré-estabelecidas contratualmente não se confirmariam necessárias na fase de execução.

Desta feita, resta evidente, nesses casos – *que o objeto da licitação não permite adequada estimativa das ocorrências futuras, e, conseqüentemente, da quantidade necessária* – que o sistema das licitações sem o registro de preço se tornaria inadequado e distante das finalidades do art. 3º da Lei Federal 8.666/93, provocando frustração aos princípios da ampla licitação, da isonomia e da economicidade pública.

Por essas razões é que o registro de preço consiste num procedimento *necessário à finalidade da Lei Federal 8.666/93* sempre que houver imprevisão de quantidades da demanda futura, *independentemente se o objeto pretendido é a compra de um bem ou a aquisição de um serviço.*

Ora, alguém duvidaria da utilidade e pertinência do registro de preço, em prol da isonomia e vantajosidade, para a aquisição de serviços de reparo automotivo, sobretudo quando a Administração, no momento do certame, não teria como precisar quais peças ou quais carros irão quebrar ?

Exemplo ainda pior seria o de *serviços de manutenção e adequações prediais*, com ou sem atividades de responsabilidade de engenheiro, já que, deixando de lado o Registro de Preço para esses casos, o administrador seria forçado, sempre que desse curto em determinada instalação elétrica, ou que descolasse um piso, a realizar contratações diretas emergenciais (sem licitação) ou sucessivas e fracionadas cartas convites (sem a devida amplitude de participação).

Soma-se à pertinência na utilização do Registro de Preço, em prol das finalidades legais mencionadas, o fato de que o preço registrado deverá ser publicado trimestralmente na imprensa oficial (§2º do art. 15 da Lei Federal 8.666/93), além do que poderá ser impugnado por qualquer cidadão (§6º do art. 15 da Lei Federal 8.666/93), isto é, propiciando maior transparência e controle.

Talvez por receio de enorme transparência, infelizmente deixa-se de realizar o Registro de Preço em larga escala, preferindo, na maior parte dos casos, as contratações emergenciais ou as cartas-convites sucessivas.

Defendemos, assim, que o registro de preço – *como mero procedimento especial* – poderia (e deveria) ser utilizado também para aquisição de serviços, sempre que não se pudesse definir, de antemão, as quantidades a serem executadas no futuro contrato, já que, nesses casos, conteria previsão implícita e sistemática do art. 3º da Lei Federal 8.666/93.

De outra sorte, relembremos que o Registro de Preço não constitui modalidade licitatória (tal como justificamos no item 3 deste artigo), e, portanto, sua incidência na aquisição de serviços não provoca violação ao §8º do art. 22 da Lei Federal 8.666/93, que assim dispõe: § 8º *É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo.*

Por fim, convém destacar, nesse particular, que a doutrina brasileira vem acenando pelo cabimento do registro de preço na aquisição de “serviços”. Ressaltamos, dentre elas (meramente por semelhança ao nosso pensamento), o escólio de Marçal Justen Filho, o que transcreveremos de forma um pouco mais extensa, tendo em vista a oportunidade de conhecê-lo com total fidelidade. Vejamos:

A solução do registro de preços, no tocante a serviços, relaciona-se com necessidades que não possam ser predeterminadas. Assim, por exemplo, imagine-se o atendimento à limpeza, que pode envolver variações de intensidade e local. Isso impede a pactuação de um contrato único, de cunho continuado. A Administração, pode necessitar dos préstimos do particular por algumas semanas ou dias, em certos locais. Depois disso, a contratação perderá objeto. Assim e ao invés de formular um contrato único, de objeto amplo e relativamente indeterminado, por prazo mais extenso e que pode importar no desperdício de recursos, a solução mais adequada será a realização de contrato específico, determinado e limitado à necessidade concretamente verificada. Para tal, a solução do registro de preços é a mais adequada.

Isso significa afirmar que práticas anteriores deverão ser revistas. A Administração costumava produzir contratações de serviços aptas a assegurar o atendimento de necessidades distintas e variadas, tendo em vista a ausência de adoção do sistema de registro de preços. Por exemplo, contratava “serviços de vigilância” por cinco anos, sem indicar precisamente onde, como e quando os serviços seriam desenvolvidos. Requisitavam-se vigilantes na medida da necessidade, alocando-se-os nos locais e durante o período da necessidade. Essa alternativa tornou-se inadequada em face da explícita consagração do registro de preços.

E o autor ainda reafirma:

[...] há situações diversas, em que a dimensão dos serviços é impossível de ser determinada de antemão e a aplicação da regra do art. 57, II, não é suficiente para assegurar ao Estado o desempenho satisfatório e eficiente de suas funções. Assim por exemplo, supõem-se serviços de manutenção de ruas ou limpeza de galerias

pluviais. É impossível determinar, antecipadamente, a dimensão, a localização ou a intensidade de tais serviços. Se a Administração realizar licitação com indicação precisa a propósito do objeto, acabará deixando de atender necessidades relevantes para o interesse estatal. Será, inclusive, responsabilizável em face dos usuários pelos defeitos do serviço. Como decorrência, a Administração acabaria produzindo contratação direta, sob modalidade emergencial, por não dispor de registro de preços de serviços e obras. E ninguém negaria que a contratação direta por emergência é muito menos compatível com os princípios constitucionais que disciplinam a atividade administrativa do que o registro de preços.

A sistemática do registro de preços possibilita uma atuação rápida e imediata da Administração Pública, com observância ao princípio da isonomia e garantindo a persecução objetiva da contratação mais vantajosa. Sem o registro e preços na área de obras e serviços, a Administração será constrangida a optar por solução mais vagarosa e menos satisfatória. Essa não é a vontade da Lei nº 8.666.¹⁴

De outro turno, registramos que os Tribunais de Contas, nessa mesma linha, também vêm aceitando amplamente o registro de preço para aquisição de serviço, de modo que citamos, no âmbito do TCU, o julgamento do processo nº 012.835/2002-9, e, no âmbito do TCE-SP, citamos o julgamento do processo nº TC 12472/026/07¹⁵.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cumpra registrar que tramita no Congresso Nacional, sem deliberação final, o Projeto de Lei nº 7709/2007, o qual, no que diz respeito ao sistema do Registro de Preço, propõe medidas que favorecem sua maior utilização entre todos os entes federativos, em especial pelo fato de permitir que Estados e sobretudo Municípios utilizem do Registro de Preço realizado pelo Governo Federal.

14 Comentários à lei de Licitação e Contratos Administrativos, Dialética, 11ª Ed., p. 149 E 151. Citamos, no mesmo sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello (in Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 2005, p. 530), Diógenes Gasparini (in Direito Administrativo, Saraiva, 2005, p. 450), Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (in Sistema de Registro de Preço e Pregão Presencial e Eletrônico, Fórum, 2006, p. 31), e Marcio Cammarosano (em Artigo intitulado “Sistema de Registro de Preço: Breves Considerações”, publicado na Revista do Advogado AASP nº 107, p. 130 e ss).

15 Decisão TCE-SP 12472/026/07: “Conforme já procedemos em outras situações semelhantes, e de acordo com a última exposição feita pela SDG, vejo que, para todos os efeitos, se forem excluídos do item 1.1 (fls. 167/168) a execução de “movimento de terra e drenagem de terreno”, “infra-estrutura”, “superestrutura”, bem como a terminologia “demais serviços relacionados no Anexo I do edital”, o sistema de Registro de Preços torna-se viável, haja vista que os demais itens tratam de reparos em próprios já existentes, bastando, ainda, por imposição lógica, que a capacidade profissional reclamada no subitem 8.7.1.3.1 (fls. 38) c.c. Anexo XIII (fls. 176/178) seja concentrada apenas no engenheiro civil, conforme a Resolução CONFEA nº 218 de 20/07/73.”

Contudo, a par de facilitar sua utilização por entes federativos menores, que muitas vezes não reuniriam estrutura para realizar o Registro de Preço por si só, a iniciativa, de outro lado, pode provocar sensível redução do universo de participantes, uma vez que afastaria da contratação com diversas Administrações Públicas brasileiras todo aquele licitante que não puder ingressar na gigantesca licitação que seria promovida pelo Governo Federal.

Diante deste panorama, seria muito mais razoável que a União fornecesse a estrutura para a realização do Registro de Preço em locais necessitados do que, simplesmente, fornecer o resultado pronto de sua licitação.

Entretanto, cientes de que não há nenhuma certeza de que esse ou outros Projetos de Lei serão votados, ou quiçá, aprovados, fiquemos com a realidade jurídica do Registro de Preço positivada até então, a qual, se bem manejada, consistiria numa importante ferramenta de otimização do procedimento licitatório, já que vai ao encontro do interesse público, propiciando maior controle, transparência e economicidade.

Todavia, ainda percebemos, sobretudo em Municípios de pequeno porte, uma tímida utilização desta ferramenta, optando-se, em grande parte dos casos, com a prática dos contratos emergenciais sem licitação e das sucessivas cartas-convites.

REFERÊNCIAS

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. 5. ed. Atlas.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 21. ed. Saraiva.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. Malheiros.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 14. ed. Malheiros.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitação e Contrato Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Dialética.

GOMES, Orlando. *Sistema de Registro de Preço: Breves Considerações*. *Revista do Advogado, AASP*, n. 107.

Mello, Celso Antonio Bandeira de. *In Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 2005.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, Saraiva, 2005.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de Registro de Preço e Pregão Presencial e Eletrônico*. Fórum, 2006.

CAMMAROSANO, Marcio. Sistema de Registro de Preço: Breves Considerações”, *Revista do Advogado, AASP, n. 107*.

PARECER

**CONSULTA. PENSÃO POR MORTE. UNIÃO
ESTÁVEL. PESSOAS DO MESMO SEXO.
POSSIBILIDADE**

Rafael Peixoto de Paula Marques
Procurador Federal
Chefe da Divisão de Consultoria Administrativa – FNDE

PROCESSO Nº 23026.000345/2008-36

ASSUNTO: Consulta. Pensão por morte. União Estável. Pessoas do mesmo sexo. Possibilidade.

INTERESSADO: CGPEO

PARECER Nº /2008

Senhor Procurador-Chefe,

1. Trata-se de consulta realizada pela Coordenadora-Geral de Gestão de Pessoas e Organização (substituta), sobre a possibilidade de concessão de pensão, com base no art. 215 da Lei nº 8.112/90, para a Sra. [...], tendo em vista o falecimento de sua companheira, a Sra. [...], servidora aposentada da extinta Fundação de Assistência ao Estudante – FAE, atual FNDE.

2. Às fls. 02, encontra-se o requerimento de pensão da Sra. [...]. Para instruir o processo, foram juntados os documentos de fls. 03-25.

3. Diante da omissão legislativa, os autos foram encaminhados a CGPEO, que emitiu a Informação nº 140/2008 (fls. 27-30), entendendo que o pedido não encontrava amparo na legislação que rege a matéria. Todavia, diante da complexidade do assunto, recomendou o envio do processo a PROFE para emissão de parecer.

4. A consulta envolve, como ponto central, a questão de se é possível ou não a união estável entre pessoas do mesmo sexo para fins de concessão de pensão. O assunto é polêmico e complexo. Polêmico porque lida com preconceitos ainda arraigados na sociedade atual; complexo porque envolve questões caras ao pensamento constitucional contemporâneo. Até bem pouco tempo atrás, pensar juridicamente a união estável entre dois homens ou entre duas mulheres era completamente impossível. Isso devido a uma espécie de invisibilidade social¹ que determinados grupos experimentavam – e ainda experimentam.

5. O debate em torno do direito à não ser discriminado pela orientação sexual remonta à Assembléia Constituinte de 1987-1988. Como ressalta José Afonso da Silva acerca do processo constituinte,

A questão mais debatida feriu-se em relação às discriminações dos homossexuais. Tentou-se introduzir uma norma que a

¹ Forma de invisibilidade que não envolve evidentemente uma ausência no sentido físico, mas uma não existência no sentido social. Cf. HONNETH, Axel. Invisibility: on the epistemology of recognition. The aristotelian society, supplementary volume, 75, 2001; CITTADINO, Gisele. Invisibilidade, Estado de Direito e política de reconhecimento. In: MAIA, Antônio Cavalcanti et ali (org.). *Perspectivas atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

vedasse claramente, mas não se encontrou uma expressão nítida e devidamente definida que não gerasse extrapolações inconvenientes. Uma delas fora conceder igualdade, sem discriminação de orientação sexual [...]. Teve-se receio de que essa expressão albergasse deformações prejudiciais a terceiros. Daí optar-se por vedar distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação [...].²

6. Ainda no que toca a essa temática, vale lembrar, dentro desse processo histórico, que, menos de dois anos depois da promulgação da Constituição, em 17 de maio de 1990, a Organização Mundial de Saúde (OMS) retirou a homossexualidade da Classificação Internacional de Doenças, declarando que “a homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão”. O mesmo já tinha sido feito pelo Conselho Federal de Medicina já no ano de 1985. O Conselho Federal de Psicologia, por sua vez, editou em 1999 uma resolução determinando aos profissionais da área que não exercessem “ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas”.³

7. De todo modo, o que restou, pelo menos do ponto de vista jurídico-dogmático, foi uma proteção constitucional frágil – partindo do pressuposto de que “frágil” significa a falta de dispositivo expresse. Ante a não explicitação da vedação de discriminação em razão de orientação sexual, bem como a omissão do artigo 226 em relação à união estável entre pessoas do mesmo sexo, acabou ficando nas mãos do judiciário decidir, em cada caso, se a Constituição autorizaria o tratamento igualitário entre heterossexuais e homossexuais.

8. Afora tal fragilidade, o problema específico do reconhecimento da união estável assenta-se, inegavelmente, no texto do art. 226, §3º, da Constituição Federal de 1988:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§3º. 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:

9. Como ler essa disposição constitucional? Como conciliar uma interpretação literal do parágrafo terceiro, que caminharia para

² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 224.

³ RESOLUÇÃO CFP N° 001/99, de 22 de março de 1999 - “Estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da Orientação Sexual.

uma exclusão da união estável entre pessoas do mesmo sexo, com o direito à liberdade e à igualdade previstos no art. 5º da Constituição brasileira? Qual o conceito de família implícito no art. 226? Afinal, o que uma constituição constitui? Há vedação expressa na legislação infraconstitucional? Como a questão é vista do ponto de vista internacional, isto é, a partir dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil? Essas são algumas indagações que devemos responder antes de oferecer uma manifestação jurídica conclusiva.

O QUE UMA CONSTITUIÇÃO CONSTITUI?

10. De início, quero assinalar que interpretar a Constituição não é a mesma coisa que interpretar uma lei, uma resolução ou uma portaria. Ora, todos sabemos, até mesmo vivencialmente, que a Constituição é uma aquisição evolutiva da modernidade que estabelece uma assimetria no Direito, servindo de medida de conformidade ou não-conformidade ao conteúdo de todas as outras leis e atos jurídicos. Negligenciar essa característica é estar condenado, para dizer com Lênio Streck, “à pobreza de racioncínio, ficando restrito ao manejo dos velhos métodos de interpretação e do cotejo de textos jurídicos no plano da (mera) infraconstitucionalidade (por isto, não raro juristas e tribunais continuam a interpretar a Constituição de acordo com os Códigos e não os Códigos em conformidade com a Constituição!”⁴ Para ser mais direto: levar a sério a Constituição é considerar que tipo de documento ela é, o que ela constitui e qual a sua hierarquia dentro do sistema jurídico.

11. A partir disso, a resposta que darei a presente consulta depende da adoção de uma determinada concepção de Constituição. Seguindo a linha de Ronald Dworkin, entendo que a concepção que faz jus à nossa história constitucional, dando continuidade, à melhor luz, ao desenvolvimento permanente dos ideais de igualdade e liberdade, seja uma concepção abstrata e principiológica de Constituição.⁵ Uma Constituição não é uma apólice de seguros ou um contrato de arrendamento mercantil, mas um documento que constitui uma comunidade fundada sobre princípios que se alicerçam sobre o reconhecimento recíproco da igualdade e liberdade de todos e de cada um de seus membros. Como bem ensina Menelick de Carvalho Netto,

4 STRECK, Lênio Luiz. O tempo dos códigos; hoje, as constituições: o papel da hermenêutica na superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes Rocha; MORAES, Filomeno. *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 521-561.

5 DWORKIN, Ronald. O drama constitucional. In: *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 165-206.

[...] esse conteúdo quando incorporado ao Direito como direitos fundamentais, como princípios constitucionais, ou seja, como a igualdade reciprocamente reconhecida de modo constitucional a todos e por todos os cidadãos, bem como, ao mesmo tempo, a todos e por todos é também reconhecida reciprocamente a liberdade, só pode significar, como histórica e muito concretamente pudemos aprender, a igualdade do respeito às diferenças, pois embora tenhamos diferentes condições sociais e materiais, distintas cores de pele, diferentes credos religiosos, pertencamos a gêneros distintos ou não tenhamos as mesmas opções sexuais, devemos nos respeitar ainda assim como se iguais fôssemos, não importando todas essas diferenças.⁶

12. Dessa forma, pode-se reorientar a discussão sobre como se deve ler o catálogo constitucional de direitos fundamentais, na medida em que, se a Constituição consiste em um conjunto de princípios amplos e abstratos de moral política, a correta aplicação desses princípios a casos particulares depende de uma questão interpretativa e de uma percepção de moralidade política da comunidade, e não de uma simples regra lingüística ou referência semântica. É por isso que a distinção entre direitos constitucionalmente enumerados e direitos constitucionalmente não enumerados – ou direitos expressos e direitos implícitos – não tem o menor sentido.⁷ Ora, qual o significado de “vida”, “igualdade”, “liberdade” ou mesmo “dignidade humana”? Quem pensa que do simples sentido das palavras “direito à vida” pode-se concluir pela possibilidade de pesquisa com células-tronco? E a adoção do sistema de cotas no ensino público para negros do princípio da “igualdade”? Como justificar, ainda, a impossibilidade de se obrigar o réu a fazer exame de DNA para fins de investigação de paternidade na “dignidade da pessoa humana” e no “direito à privacidade”? Ou a possibilidade de fornecimento gratuito de remédios que não constam da lista do SUS com base no “direito à saúde”? Todos esses casos foram decididos pelo Supremo Tribunal Federal e demonstram que em nenhum deles o resultado decorre da semântica das palavras, mas de uma prática interpretativa orientada por princípios que atualizam e perenizam o sistema, sempre aberto e incompleto, dos direitos constitucionais. Nesse sentido, os direitos fundamentais somente podem pretender-se permanentes precisamente porque somos capazes de relê-los de uma perspectiva sempre e cada vez mais inclusiva.⁸

6 CARVALHO NETTO, Menelick de. Uma reflexão acerca dos direitos fundamentais do portador de sofrimento ou transtorno mental em conflito com a lei como expressão da dinâmica complexa dos princípios em uma comunidade constitucional – os influxos e as repercussões constitucionais da Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001. *Revista virtual de filosofia jurídica e teoria constitucional*. Salvador, nº01, março/maio, 2007.

7 DWORKIN, Ronald. O que diz a Constituição. In: *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 124; DWORKIN, Ronald. Unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled, *The University of Chicago Law Review*, n. 59, 1992.

8 COSTA, Alexandre Bernardino; CARVALHO NETTO, Menelick de. *Razões para comemorarmos os vinte anos da Constituição*. C&D – Observatório da Constituição e Democracia. Brasília, nº 20, março de 2008, p. 03.

13. Partindo dessa premissa, por que negar a possibilidade jurídica da união estável entre pessoas do mesmo sexo, se a própria Constituição, que é por natureza um documento dinâmico e sempre inconcluso, não o faz expressamente? Aqui, levo em conta que

[...] é justamente pelo caráter abstrato e universal da linguagem em que se expressam constitucionalmente esses direitos fundamentais que é possível a sua ampliação mediante a explicitação em lei do que agora eles significam para nós. Torna-se claro agora, para nós, que o reconhecimento dessa diferença específica como direito à igualdade sempre esteve autorizado pela afirmação desses princípios, nós que não éramos capazes de ver a injustiça até então perpetrada. Dessa sorte é que essa explicitação mediante lei, atuação administrativa ou decisão judicial, na verdade, não altera a Constituição, apenas explicita o patamar alcançado por nossa comunidade de princípios no mais fiel cumprimento da Constituição, comprovando o sucesso vivo e pulsante do que ela constituiu.⁹

14. A própria Constituição de 1988 prevê no seu art. 5º, §2º – dispositivo que remonta à Constituição de 1934 – uma cláusula de abertura “de forma a abranger, para além das positivações concretas, todas as possibilidades de direitos que se propõem no horizonte da ação humana”¹⁰:

Art. 5º. [...].

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

15. A Constituição, portanto, não se resume apenas à literalidade dos seus textos. Textos constitucionais sozinhos significam muito pouco; eles apenas inauguram o problema do Direito.¹¹ A coerência e o caráter

9 CARVALHO NETTO, Menelick de. Uma reflexão acerca dos direitos fundamentais do portador de sofrimento ou transtorno mental em conflito com a lei como expressão da dinâmica complexa dos princípios em uma comunidade constitucional – os influxos e as repercussões constitucionais da Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001. *Revista virtual de filosofia jurídica e teoria constitucional*. Salvador, nº01, março/maio, 2007

10 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 404. Como afirma Menelick de Carvalho Netto e Judith Karine, “o §2º do art. 5º é um exemplo disso: igualdade e liberdade são um processo aberto. Mesmo quem hoje não é percebido como titular de direito, amanhã pode passar a ser, por decisão judicial, por prática legislativa, por política pública do executivo, etc. E somente há liberdade para refazer a forma interpretativa do art. 5º porque, na verdade, este conteúdo sempre esteve lá. O que há, portanto, não é alteração, mas cumprimento” (KARINE, Judith; CARVALHO NETTO, Menelick. *Trabalho infante-juvenil e interpretação constitucional*. C&D – Observatório da Constituição e Democracia. Brasília, nº 25, agosto e setembro de 2008, p. 03.

11 Como registra Michel Rosenfeld, “pelo menos no que toca às constituições escritas a identidade constitucional é necessariamente problemática em termos da relação da Constituição com ela mesma. Um texto constitucional

harmônico do ordenamento jurídico não se dão no plano das normas gerais e abstratas, mas no plano de sua aplicação às situações concretas, através do conjunto de decisões administrativas e judiciais que desenvolvem esse patrimônio constitucional. Sugiro, desse modo, que entendamos a Constituição como um projeto sempre inacabado, de aprendizado permanente, que deve ser constantemente refundamentado e relegitimado pela inclusão das diferenças. Se não, não é Constituição.¹² Essa característica de abertura para o futuro é bem explicada por Habermas:

Todas as gerações posteriores enfrentarão a tarefa de atualizar a substância normativa inesgotável do sistema de direitos estatuído no documento da constituição. [...] O ato da fundação da constituição é sentido como um corte na história nacional, e isso não é resultado de um mero acaso, pois, através dele, se fundamentou novo tipo de prática com significado para a história mundial. E o sentido performativo desta prática destinada a produzir uma comunidade política de cidadãos livres e iguais, que se determinam a si mesmos, foi apenas enunciado no teor da constituição. Ele continua dependente de uma explicação reiterada, no decorrer das posteriores aplicações, interpretações e complementações das normas constitucionais. [...] Sob essa premissa, qualquer ato fundador abre a possibilidade de um processo ulterior de tentativas que a si mesmo se corrige e que permite explorar cada vez melhor as fontes do sistema dos direitos.¹³

16. Sem embargo de tudo o que foi dito, pode-se questionar: diante dessa abertura e generalidade, então, vale tudo? Quais são os limites que a Constituição impõe ao intérprete no desenvolvimento do catálogo de direitos fundamentais? Como insiste Dworkin, devemos “deixar de lado a infrutífera busca por restrições mecânicas ou semânticas e buscar as verdadeiras restrições no único lugar onde de fato poderão ser

escrito é inexoravelmente incompleto e sujeito a múltiplas interpretações plausíveis” (ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p.18).

- 12 Nesse sentido, cf. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, Política e Filosofia*: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 75-76; CHRISTENSEN, Ralph. “Introdução”. In: MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo*: a questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 42; ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Madrid: Trotta, 2005. p. 86; 91; ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 18-19; HABERMAS, Jürgen. *O Estado Democrático de Direito – Uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?* In: *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro: 2003, p. 153-173; RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. p. 40-41; 45-49.
- 13 HABERMAS, Jürgen. *O Estado Democrático de Direito – Uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?* In: *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro: 2003, p. 164. Conforme Rosenfeld, “para se estabelecer a identidade constitucional através dos tempos é necessário fabricar a tessitura de um entrelaçamento do passado dos constituintes com o próprio presente e ainda com o futuro das gerações vindouras”. No entanto, “dado que a intenção dos constituintes sempre poderá ser apreendida em diversos níveis de abstração, sempre haverá a possibilidade de a identidade constitucional ser reinterpretada e reconstruída” (ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p.18).

encontradas: em bons argumentos”.¹⁴ Por outro lado, é óbvio que uma leitura principiológica da Constituição não fornecerá uma fórmula ou método para garantir que todos os aplicadores e intérpretes do Direito cheguem à mesma resposta em processos constitucionais complexos, inéditos ou importantes. Ao contrário, devemos aceitar o fato de que sempre se discordará, às vezes profundamente, acerca das exigências da igualdade de consideração e da idéia de liberdade. Devemos insistir, portanto, em um princípio geral de genuíno poder: a idéia, inerente ao conceito de direito em si, de que quaisquer que sejam seus pontos de vista sobre os direitos fundamentais e sobre o papel da Constituição, os juízes, os administradores e os aplicadores do Direito em geral, também devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre da idéia de integridade, nas decisões que tomam.¹⁵ Quais são as dimensões dessa exigência de integridade?

A integridade no direito tem várias dimensões. Em primeiro lugar, insiste em que a decisão judicial [assim como a decisão administrativa] deve ser uma questão de princípio, não de conciliação, estratégia ou acordo político. [...] Em segundo lugar, [...] a integridade se afirma verticalmente: ao afirmar que uma determinada liberdade é fundamental, o juiz [assim como o administrador ou aplicador do Direito] deve mostrar que sua afirmação é compatível com princípios embutidos em precedentes do Supremo Tribunal e com as estruturas principais de nossa disposição constitucional. Em terceiro lugar, a integridade se afirma horizontalmente: um juiz [ou mesmo a Administração Pública] que adota um princípio em um caso deve atribuir-lhe importância integral nos outros casos que decide ou endossa, e mesmo em esferas do direito aparentemente não análogas.¹⁶

17. Partindo do princípio da integridade e de suas dimensões, tentarei, abaixo, demonstrar que a união estável entre pessoas do mesmo sexo é compatível com o princípio da igualdade constitucional e protegida pelo direito à privacidade, além de estar amparada pelos princípios e precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre, especialmente, o princípio da dignidade humana e pelas – o que é muito importante – demais decisões administrativas no âmbito da Administração Pública Federal.

14 DWORKIN, Ronald. O que diz a Constituição. In: *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 131.

15 DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Sobre essa exigência, vale registrar que “nem mesmo a mais escrupulosa atenção à integridade, por parte de todos os juízes de todos os tribunais, irá produzir sentenças judiciais uniformes, assegurar decisões que você aprovou ou protegê-lo daquelas que odeia. Nada poderá fazer tal coisa. O ponto central da integridade é o princípio, não a uniformidade: somos governados não por uma lista *ad hoc* de regras detalhadas, mas sim por um ideal, razão pela qual a controvérsia se encontra no cerne de nossa história. Não obstante, a disciplina da integridade é formidável”. (DWORKIN, Ronald. O drama constitucional. In: *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 203-205).

16 DWORKIN, Ronald. O drama constitucional. In: *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 204.

UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO, IGUALDADE CONSTITUCIONAL E O DIREITO À PRIVACIDADE

18. O que diz a Constituição Federal sobre a igualdade? Uma leitura do art. 226 que exclua a possibilidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo é compatível com as demais disposições constitucionais? Um breve lida na nossa Carta Magna mostra que o princípio da igualdade e a proibição de discriminação foram ideais expressamente protegidos:

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

[...]

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

[...]

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

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

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

19. Contudo, a mera previsão textual da “igualdade de todos perante a lei” não é suficiente. Quando dizemos que todos os seres humanos são iguais, a despeito de raça ou sexo, estamos afirmando exatamente o

quê? Implica tratar todos de maneira absolutamente igual? Ou autoriza o tratamento diferenciado em determinados casos? Sabemos, hoje, que um Estado que se diga “constitucional” e “democrático” pressupõe o pluralismo como base constitutiva da sociedade contemporânea – e inclusive, da própria idéia de igualdade¹⁷ – e, por isso, não pode expurgar de seu interior os projetos minoritários de vida boa que conformam esse mesmo pluralismo.¹⁸ Logo, é preciso reconhecer que a assertiva de que todos são iguais, encontrada em grande número de Declarações de Direitos, Tratados ou Constituições, “não pode ser lida como uma proposição de fato, mas sim uma reivindicação de natureza moral”.¹⁹

20. Sendo assim, conclui-se que a igualdade não é mais que um ideal inalcançável, na medida em que, não sendo de fato todas as pessoas “iguais”, o seu conteúdo é construído a partir de uma tensão permanente entre identidade e diferença. Nesse contexto, o que ordinariamente se inclui sob o âmbito da igualdade constitucional são certas proibições contra a desigualdade, ou mais precisamente contra algumas desigualdades. Segundo Michel Rosenfeld, a luta pela igualdade se dá a partir de um processo dialético de três diferentes etapas, que marcaram a progressão lógica da desigualdade ao ideal de igualdade constitucional: a) diferença como desigualdade; b) igualdade como identidade; e c) igualdade como diferença.²⁰

Na primeira etapa desta dialética, a diferença tem como correlato a desigualdade – isto é, aqueles que são caracterizados como diferentes são tratados legitimamente como inferiores ou superiores, dependendo de sua posição na hierarquia. Na segunda etapa, a identidade tem como correlato a igualdade, de forma que todos têm direito a ser tratados de forma igual, desde que reúna certos critérios adotados como critérios de identidade. Finalmente, na terceira etapa, a diferença tem como correlato a igualdade, já que

17 Como bem lembra Michel Rosenfeld, em uma sociedade completamente homogênea o constitucionalismo seria supérfluo (ROSENFELD, Michel. *Modern constitutionalism as interplay between identity and diversity*. In: ROSENFELD, Michel. (ed.) *Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy – theoretical perspectives*. Durham and London: Duke University Press, 1998, p. 4). Como ressalta Marcelo Neves, “outro equívoco a ser advertido preliminarmente diz respeito à confusão entre igualdade jurídica e homogeneidade da sociedade. Essa confusão relaciona-se com uma postura simplificadora em relação à caracterização da sociedade moderna e da democracia. Ao contrário, a complexidade e a heterogeneidade social é que são pressupostas na emergência e concretização do princípio jurídico da igualdade. A homogeneidade estratificada pré-moderna é incompatível com o princípio da igualdade (NEVES, Marcelo. *Justiça e diferença numa sociedade global complexa*. In: SOUZA, Jessé (org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Ed. UnB, 2001, p. 334).

18 GUALUPPO, Marcelo Campos. *Hermenêutica constitucional e pluralismo*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 53.

19 VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 282. Em sentido idêntico, SINGER, Peter. *Ética prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 26-27.

20 ROSENFELD, Michel. *Equality and the Dialectic between Identity and Difference*. In: SHABANI, Omid A. Payrow (ed.). *Multiculturalism and Law: A Critical Debate*. Cardiff: University of Wales Press, 2006.

qualquer pessoa será tratada na proporção de suas necessidades e aspirações.²¹

21. De acordo com isso, uma noção contemporânea de igualdade constitucional só pode significar – devido, principalmente, ao caráter plural das concepções éticas existentes – uma oscilação entre os estágios da igualdade como identidade e da igualdade como diferença.²² No que toca à possibilidade de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, qual seria o modelo mais adequado? Suprimir as diferenças (heterossexual x homossexual) a partir da idéia de igualdade como identidade? Ou evidenciá-las, a partir da igualdade como diferença? Já que não se trata, aqui, de um problema relacionado, pelo menos diretamente, a questões de redistribuição, mas sim de reconhecimento²³, certamente a aplicação do modelo de igualdade que faz justiça para o caso é a de igualdade como identidade, já que a utilização, aqui, de um raciocínio metafórico²⁴ possibilita que se alcance um nível de abstração no qual, pelo menos para efeito de questões vinculadas aos usuais direitos de família, não sejam reconhecidas diferenças juridicamente relevantes entre as duas situações factualmente diversas. Como ressalta Rosenfeld,

Superar a crença de que a homossexualidade supõe uma ameaça à sociedade, tornando possível a igualdade dos homossexuais, requer uma aproximação multifacetada para combater os prejuízos e outras percepções. Sem embargo, o que é crucial, para nossos propósitos, é a necessidade de reorientar o discurso constitucional para um nível mais alto de abstração. Ao invés de nos centrarmos nas práticas

21 ROSENFELD, Michel. Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional. In: CARBONELL, Miguel (org.). El principio constitucional de la igualdad. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003, p. 69-103.

22 Para uma melhor compreensão desse desenvolvimento lógico, pode-se dar o exemplo das mulheres: no primeiro estágio, a diferença de sexo servia como pretexto para a desigualdade das mulheres diante dos homens; no segundo estágio, as mulheres puderam reclamar igualdade de direitos baseadas na afirmação de que homens e mulheres eram seres humanos merecedores da mesma dignidade humana. Esse estágio, no entanto, cobrou um preço alto, na medida em que apagou as diferenças particulares entre os sexos (como a gravidez, por exemplo), fazendo com que houvesse, na prática, uma nova desigualdade; por fim, no último estágio, a igualdade entre homens e mulheres só é alcançada se se reconhece, na própria lei, as diferenças existentes (a licença-maternidade maior do que a licença-paternidade, por exemplo).

23 “Ao terem sua sexualidade desacreditada, os homossexuais estão sujeitos à vergonha, molestações, discriminação e violência, enquanto lhes são negados direitos legais e proteção igual – todas negações fundamentais de reconhecimento. Gays e lésbicas também sofrem injustiças econômicas sérias; podem ser sumariamente despedidos de trabalho assalariado e têm benefícios de previdência social baseados na família negados. Mas longe de estarem arraigados na estrutura econômica, esses danos derivam de uma estrutura cultural-valorativa injusta. Consequentemente, o remédio para essa injustiça é reconhecimento e não distribuição” (FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, Jessé (org.). Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: Ed. UnB, 2001, p. 257-258). No mesmo sentido, cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos, ano 2, número 2, 2005, p. 65-95.

24 Para uma análise do papel da metáfora no discurso constitucional, cf. ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 61-67.

homossexuais e nas atitudes tradicionais voltadas a eles, deveríamos ressaltar a necessidade de toda pessoa, seja heterossexual ou homossexual, em ter relações sexuais íntimas, e insistir no fato de que todos os adultos deveriam possuir a mesma capacidade de ter, na intimidade, relações sexuais consensuais com outro adulto. Obviamente, neste caso, o movimento a um nível mais alto de abstração supõe uma mudança de enfoque da homossexualidade: de uma primeira etapa da diferença como desigualdade para uma segunda etapa da igualdade como identidade.²⁵

22. Desta forma, ao se suprimir as diferenças de orientação sexual, descortina-se outra possibilidade de proteção constitucional da união estável entre pessoas do mesmo sexo: o direito à intimidade e à privacidade, que no caso da nossa Constituição foi expressamente previsto. Ao afirmar que a diferença em questão não é relevante para o reconhecimento da união estável, desloca-se a questão da orientação sexual para o âmbito da intimidade e privacidade de cada pessoa, de sorte a proteger tanto a sua auto-determinação (autonomia), quanto a sua auto-realização (identidade), garantindo, assim, a cada indivíduo o direito de adotar suas próprias concepções éticas, ou seja, o direito de escolher o seu próprio modo de vida.²⁶

23. A partir disso, compreender o parágrafo terceiro do artigo 226 da CF/88 como um elenco taxativo é ler a Constituição contra a própria Constituição. Pois, como afirma Flávia Piovesan, excluir a possibilidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo a partir do art. 226 “limita os direitos estabelecidos no art. 5º, do mesmo diploma legal, ameaçando o direito à capacidade de autodeterminação no exercício da sexualidade”.²⁷ Como criticamente ressalta Dworkin, “uma interpretação da Declaração de Direitos [Constituição] que afirme que um princípio moral contido num artigo é efetivamente rejeitado por

25 ROSENFELD, Michel. Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional. In: CARBONELL, Miguel (org.). El principio constitucional de la igualdad. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003, p. 69-103.

26 COHEN, Jean L. Democracy, difference and the right to privacy. In: BENHABIB, Seyla (ed.). Democracy and difference: contesting the boundaries of the political. Princeton: Princeton University Press, 1996, p. 201-202. Esse aspecto é, inclusive, uma das dimensões do princípio da dignidade humana. Segundo Ronald Dworkin, “o segundo princípio da dignidade humana que eu mencionei insiste que cada um de nós tem a responsabilidade pessoal na condução de sua própria vida, o que inclui a responsabilidade de tomar e executar decisões finais sobre o que seria uma vida boa para seguir. Não devemos nos subordinar à vontade de outros seres humanos ao tomar tais decisões; não devemos aceitar o direito de ninguém a nos forçar a aceitar uma perspectiva de sucesso que, a não ser pela coerção, nós não escolheríamos. [...] O princípio da responsabilidade pessoal autoriza o Estado a nos forçar a viver de acordo com decisões coletivas de princípio moral, mas o proíbe de ditar convicções éticas [...]” (DWORKIN, Ronald. Is democracy possible here? Principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 17; 21).

27 PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 1998.

outro artigo não é um exemplo de flexibilidade pragmática, mas de hipocrisia”.²⁸

24. Por outro lado, enxergar o art. 226 como a instituição de um rol meramente exemplificativo das possibilidades de entidade familiar é, justamente por força do caráter principiológico e constitutivo da Constituição, uma exigência de um direito civil constitucionalizado²⁹ e de um conceito de família totalmente repersonalizado.³⁰ Conforme observa Paulo Luiz Netto Lobo,

os tipos de entidades familiares explicitamente referidos na Constituição brasileira não encerram *numerus clausus*. As entidades familiares, assim entendidas as que preenchem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, estão constitucionalmente protegidas, como tipos próprios, tutelando-se os efeitos jurídicos pelo direito de família e jamais pelo direito das obrigações, cuja incidência degrada sua dignidade e das pessoas que as integram.³¹

25. Se não bastarem todos esses argumentos, a interpretação que acabei de propor do art. 226 da Constituição brasileira, além de estar ancorada em ampla literatura jurídica abalizada³², encontra guarida,

28 DWORCKIN, Ronald. O que diz a Constituição. In: O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 129.

29 PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. Direito, Estado e Sociedade: Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio, n. 1, jul./dez. 1991; TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004; FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; LOBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. Revista de Informação Legislativa, v. 141, 1999; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do Direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2000.

30 LÓBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. Revista Brasileira de Direito de Família, n.24, 2004; TEPEDINO, Gustavo. Novas Formas de Entidades Familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

31 LOBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. Revista Brasileira de Direito de Família, n. 12, 2002.

32 BARROSO, Luis Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Revista de Direito do Estado, nº 5, 2007; MORAES, Maria Celina Bodin de. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. In: Revista Trimestral de Direito Civil. Ano 1, v. 1, jan/mar., 2000; LOBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. Revista Brasileira de Direito de Família, n. 12, 2002; MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. Estado Democrático de Direito, igualdade e inclusão: a constitucionalidade do casamento homossexual. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da UnB, 2007; RIOS, Roger Raupp. Dignidade da pessoa humana, homossexualidade e família: reflexões sobre as uniões de mesmo sexo. In: org. MARTINS-COSTA, Judith. A Reconstrução do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; DIAS, Maria Berenice. União homossexual – o preconceito e a justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. O Direito dos Homossexuais à Tratamento Isonômico perante a Previdência Social. In: GOLIN, Célio; WEILER, Luis Gustavo. (Org). Homossexualidades, Cultura e Política. Porto Alegre: Sulina, 2002; DWORCKIN, Ronald. Is democracy possible here? Principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2006.

também, na jurisprudência – inclusive dos tribunais superiores – e na legislação administrativa mais recente, como se demonstrará abaixo.

JURISPRUDÊNCIA E LEGISLAÇÃO

26. Em que pese a Constituição Federal de 1988 não prever textualmente a união estável entre pessoas do mesmo sexo, é digno de nota que diferentes constituições estaduais e legislações municipais contemplam explicitamente a proibição de discriminação em virtude da orientação sexual. Anote-se, também, e de modo exemplificativo, que a Holanda, a Bélgica, o Canadá, a Espanha e a África do Sul permitem o casamento entre pessoas do mesmo sexo. De outro modo, França, Alemanha, Uruguai, República Tcheca, Reino Unido e Finlândia reconhecem, juridicamente, a união homoafetiva, sem equipará-la, contudo, ao casamento.

27. No Brasil, a união estável entre pessoas do mesmo sexo não foi expressamente prevista no Código Civil, nem na Lei nº 8.112/90. Todavia, a mudança de mentalidade já se começa a observar, a partir especialmente da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha):

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;

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.

28. No entanto, a omissão legislativa não impediu que os tribunais reconhecessem a possibilidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo a partir de uma leitura constitucional principiológica. Primeiramente, vale citar precedente do Supremo Tribunal Federal (STF), em que a Presidência desse tribunal negou pedido de suspensão

de liminar que objetivava a sustação da eficácia de julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que reconhecia a possibilidade de o parceiro homossexual gozar de benefício previdenciário:

Constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do artigo 3º da Carta Federal). Vale dizer, impossível é interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se preconceito constitucional vedado. O tema foi bem explorado na sentença, ressaltando o Juízo a inviabilidade de adotar-se interpretação isolada em relação ao artigo 226, §3º, também do Diploma Maior, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. Considerou-se, mais, a impossibilidade de, à luz do artigo 5º da Lei Máxima, distinguir-se ante a opção sexual. Levou-se em conta o fato de o sistema da Previdência Social ser contributivo, prevendo a Constituição o direito à pensão por morte do segurado, homem ou mulher, não só ao cônjuge, como também ao companheiro, sem distinção quanto ao sexo, e dependentes – inciso V do artigo 201. Ora, diante desse quadro, não surge excepcionalidade maior a direcionar à queima de etapas. A sentença, na delicada análise efetuada, dispôs sobre a obrigação de o Instituto, dado o regime geral de previdência social, ter o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial (STF, Pet. 1984/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Data de julgamento: 10.2.2003)

29. Na mesma linha, transcrevo decisão do Tribunal Superior Eleitoral:

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. (TSE, REsp Eleitoral nº 24564/Viceu-PA, rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, data de julgamento: 01.10.04).

30. Ora, se a união estável entre pessoas do mesmo sexo é reconhecida para fins de configurar a inelegibilidade, que é uma desvantagem, porque também não seria para possibilitar a concessão da pensão por morte, que é um benefício? De todo modo, a decisão mais importante, por menos até agora, foi a proferida pelo Ministro do STF Celso de Mello:

EMENTA: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. PRETENDIDA QUALIFICAÇÃO DE TAIS UNIÕES COMO ENTIDADES FAMILIARES. DOCTRINA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 9.278/96. NORMA LEGAL DERROGADA PELA SUPERVENIÊNCIA DO ART. 1.723 DO NOVO CÓDIGO CIVIL (2002), QUE NÃO FOI OBJETO DE IMPUGNAÇÃO NESTA SEDE DE CONTROLE ABSTRATO. INVIABILIDADE, POR TAL RAZÃO, DA AÇÃO DIRETA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA, DE OUTRO LADO, DE SE PROCEDER À FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS (CF, ART. 226, § 3º, NO CASO). DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA (STF). NECESSIDADE, CONTUDO, DE SE DISCUTIR O TEMA DAS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS, INCLUSIVE PARA EFEITO DE SUA SUBSUNÇÃO AO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR: MATÉRIA A SER VEICULADA EM SEDE DE ADPF?. Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria - cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental -, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraia, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito e na esfera das relações sociais. Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas. [...] 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” (ADI nº 3300/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Data de julgamento: 03/02/2006).

31. Mais recentemente, o Governador do Estado do Rio de Janeiro ingressou com uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, a ADPF 132, no Supremo Tribunal Federal, solicitando a aplicação do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis. Embora a ação ainda não tenha seu mérito julgado, já houve oportunidade da Advocacia-Geral da União se manifestar a respeito. No seu parecer, o Advogado-Geral da União afirmou que “o tratamento diferenciado entre as entidades familiares previstas na Constituição e as uniões homoafetivas não apresenta justificativa plausível, sob a ótica do princípio da igualdade”. Conclui que as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo “induidosamente constituem família”.

32. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça – instância que tem a prerrogativa constitucional de uniformizar a interpretação da legislação federal – existem inúmeras decisões reconhecendo a juridicidade das relações homoafetivas. Contudo, a mais reveladora e instigante delas foi dada no dia 02 de setembro de 2008, no Recurso Especial nº 820475/RJ, relatado pelo Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Por 3 votos a 2, a Quarta Turma do STJ, pela primeira vez, admitiu a possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo sob o ponto de vista do Direito de Família e não do Direito patrimonial:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO.

1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar.

2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta.

3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito.

4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.

5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada.

6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador.

5. Recurso especial conhecido e provido

33. Ainda no âmbito judicial, há vários precedentes garantindo inúmeros direitos a casais homossexuais, tais como partilha de bens (STJ, Resp 148.897); inclusão como dependente para fins de plano de saúde (STJ, Resp 238.715); pensão previdenciária por morte de companheiro (STJ, Resp 395.904); impossibilidade de desqualificação de testemunha por orientação sexual (STJ, REsp nº. 154.857); autorização para doação de órgãos feita por companheiro homossexual (Juízo da 9ª Vara da Justiça Federal em São Paulo, Ação Civil Pública nº 2005.61.00900598-6); equiparação do companheiro homossexual ao heterossexual, para fins de dependência preferencial da mesma classe, com direito à percepção de indenização referente ao seguro DPVAT (Juízo da 7ª Vara da Justiça Federal em São Paulo, Ação Civil Pública nº 2003.61.00.026530-7), entre outros. Sobre a possibilidade de concessão de pensão estatutária baseada em união estável entre homossexuais, vale transcrever a decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE DE SERVIDOR. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. POSSIBILIDADE. ART. 3º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. APLICAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 17, I, "C", DA LEI Nº 8.112/90.

1. Havendo nos autos provas de sobejo na direção da constatação de que o requerente viveu em união homoafetiva com o ex-servidor falecido, durante mais de cinquenta anos, coabitando no mesmo endereço, mantendo cartão de crédito e conta bancária conjunta, além de se apresentarem no convívio social, assumindo publicamente a condição de companheiros, é de ser reconhecida a união estável, nos termos da Lei Maior e da 8.112/90.
 2. A lei, só por si, não extingue comportamentos racistas, preconceituosos, discriminatórios ou mesmo criminosos, necessitando, antes, de uma conscientização da coletividade sobre serem odiosas as condutas assim tipificadas. Não é a falta de uma lei específica sobre o reconhecimento das uniões homoafetivas que vai alijar o requerente do seu direito de obter, comprovados os requisitos objetivos da união (convivência, relação amorosa, dependência econômica e publicidade da condição), o reconhecimento da existência de uma união estável propiciadora da pensão por morte requestada.
 3. Ademais, o art. 3º, IV, da Constituição Federal, consagra o princípio da não-discriminação, impondo ao legislador ordinário a necessidade de obediência a tal preceito por ocasião de sua atuação legiferante, e possibilitando ao Poder Judiciário a observação dessa diretriz na interpretação e aplicação do direito posto no caso concreto.
 5. Assim, a correta inteligência do art. 217, I, “c”, da Lei nº 8.112/90 há de ser compreendida no sentido de que também nas relações homoafetivas existe o direito à pensão por morte instituída pelo servidor falecido.
 6. Apelação desprovida.
 7. Remessa oficial parcialmente provida (AC 2002.38.00.043831-2/MG, Rel. Desembargadora Federal Neuza Maria Alves da Silva, data de julgamento: 18/09/2006).
34. Pode-se observar que todas essas decisões estão inseridas dentro de um desenvolvimento maior do sistema de direitos fundamentais que fazem jus à idéia de integridade, de coerência do nosso ordenamento jurídico. Ademais, vale citar alguns precedentes do STF que servem de pano de fundo para o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo e que afirmam e embasam os ideais de dignidade humana, de liberdade, de igualdade e de intimidade/privacidade: Dignidade Humana: *HC 82.424-QQ*, Rel. p/ o ac. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-03, *DJ* de 19-3-04; *HC 76.060*, Rel. Min. Sepúlveda Pertence,

juízo em 31-3-98, *DJ* de 15-5-98; *HC 85.531*, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-3-05, *DJ* de 14-11-07; *HC 73.454*, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 22-4-96, *DJ* de 7-6-96; *HC 94.916*, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 30-9-08, Informativo 522; Igualdade: *RE 161.243*, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 29-10-96, *DJ* de 19-12-97; Liberdade: *ADI 3.510*, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 28 e 29-5-08, Informativo 508; *ADPF 130 MC*, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 27-2-08, Informativo 496; *ADI 1.969*, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 28-6-07, *DJ* de 31-8-07; Intimidade e privacidade: *MS 27.483-REF-MC*, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 14-8-08, *DJE* de 10-10-08; *HC 91.952*, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 13-8-08, Informativo 515.

35. Foi sob os influxos das decisões judiciais acima citadas que a Administração Pública começou a incorporar e a reconhecer em seus atos normativos os efeitos jurídicos das relações homossexuais. Um desses atos foi a Portaria Normativa nº 01/2007, do Ministério do Planejamento e Gestão, que regulamenta a assistência à saúde do servidor público:

Art. 5º Para fins desta Portaria, são beneficiários do plano de assistência à saúde:

[...]

II - na qualidade de dependente do servidor:

[...]

b) o companheiro ou companheira de união homo-afetiva, comprovada a co-habitação por período igual ou superior a dois anos.

36. De modo semelhante, o Conselho Nacional de Imigração, vinculado ao Ministério do Trabalho, editou em janeiro de 2008 a Resolução Normativa nº 77, que dispõe o seguinte:

Art. 1º As solicitações de visto temporário ou permanente, ou de autorização de permanência para companheiro ou companheira, em união estável, sem distinção de sexo, deverão ser examinadas ao amparo da Resolução Normativa nº 27, de 25 de novembro de 1998, relativa às situações especiais ou casos omissos, e da Resolução Normativa nº 36, de 28 de setembro de 1999, sobre reunião familiar.

37. Necessário registrar, também, a publicação do Decreto nº 4.229/2002, que dispõe sobre o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH). O referido programa, já em sua segunda versão,

contém uma seção dedicada ao assunto, com quinze ações a serem adotadas pelo Governo Brasileiro para o combate à discriminação por orientação sexual, e para a sensibilização da sociedade para a garantia do direito à liberdade e à igualdade de gays, lésbicas, travestis, transgêneros e bissexuais. A partir disso, o Plano Plurianual 2004–2007 definiu, no âmbito do Programa Direitos Humanos, Direitos de Todos, a ação denominada *Elaboração do Plano de Combate à Discriminação contra Homossexuais*. Com vistas a efetivar este compromisso, a Secretaria Especial de Direitos Humanos lançou, em 2004, o *Brasil Sem Homofobia - Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB e de Promoção da Cidadania Homossexual*. Este programa possui os seguintes princípios:

- a) A inclusão da perspectiva da não-discriminação por orientação sexual e de promoção dos direitos humanos de gays, lésbicas, transgêneros e bissexuais, nas políticas públicas e estratégias do Governo Federal, a serem implantadas (parcial ou integralmente) por seus diferentes Ministérios e Secretarias;
- b) A produção de conhecimento para subsidiar a elaboração, implantação e avaliação das políticas públicas voltadas para o combate à violência e à discriminação por orientação sexual, garantindo que o Governo Brasileiro inclua o recorte de orientação sexual e o segmento GLTB em pesquisas nacionais a serem realizadas por instâncias governamentais da administração pública direta e indireta;
- c) A reafirmação de que a defesa, a garantia e a promoção dos direitos humanos incluem o combate a todas as formas de discriminação e de violência e que, portanto, o combate à homofobia e a promoção dos direitos humanos de homossexuais é um compromisso do Estado e de toda a sociedade brasileira.

38. Observa-se, portanto, que o próprio Poder Executivo Federal começa a aplicar a Constituição Federal de um modo diferente, de sorte a garantir o direito à livre orientação sexual.

O DIREITO À LIVRE ORIENTAÇÃO SEXUAL NO ÂMBITO INTERNACIONAL

39. Inicialmente, lembro que os tratados internacionais de direitos humanos possuem estatura de norma constitucional, consoante estabelece nossa Constituição Federal. Se antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 havia discussão a respeito da natureza jurídica desses tratados – não obstante a defesa de autores de peso³³ acerca da tese constitucional

33 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de direito internacional*, Brasília, n. 113–118, 1998, p. 88–89; PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*.

–, atualmente o tema encontra-se pacificado. A partir disso, merece transcrição o artigo 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e os artigos 24 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), ambos incorporados pelo ordenamento brasileiro³⁴:

ARTIGO 26

Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

ARTIGO 24

Igualdade Perante a Lei

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

ARTIGO 29

Normas de Interpretação

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a) permitir a qualquer dos Estados Partes, grupos ou pessoas, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;
- c) Excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e
- d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza

São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 83-120; GALINDO, George R. B. Reforma Constitucional e o problema da superioridade hierárquica dos tratados frente às leis internas. *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 27, 1999, p. 143-153; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 77-95, 132-139.

34 Cf. o Decreto Federal nº 592/1992 e o Decreto Federal nº 678/1992.

40. Embora tais tratados não tratem textualmente do direito à orientação sexual, tal fato, no decorrer dos anos não foi um obstáculo para o reconhecimento desse direito no plano internacional. A Comissão de Direitos Humanos da ONU – órgão responsável pelo monitoramento do cumprimento do Pacto pelos Estados –, em pelo menos duas decisões, reconheceu que a proteção contra discriminação prevista no artigo 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos inclui a discriminação baseada na orientação sexual. Em *Tooney v. Austrália* (1994), a Comissão entendeu que a criminalização das relações homossexuais viola o direito à privacidade (art. 17º do Pacto) e a proteção contra a discriminação (art. 2º e 26 do Pacto). Em *Young v. Austrália* (2003), a Comissão entendeu que o indeferimento de pensão a homossexual em decorrência da morte de seu companheiro veterano de guerra viola a proteção contra a discriminação prevista no art. 26 do Pacto.³⁵

41. Na mesma linha de entendimento mencionada acima, encontram-se o Comitê da ONU sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Comitê da ONU sobre os Direitos da Criança e o Grupo de Trabalho da ONU sobre Detenção Arbitrária.³⁶

42. Sem prejuízo da força de tais decisões, pode-se constatar uma permanente movimentação no sentido de se reconhecer textualmente a proteção à livre orientação sexual. Aqui, vale citar a iniciativa do Brasil em 2003, na 59ª sessão do Comitê de Direitos Humanos da ONU, ao introduzir uma “proposta de resolução sobre a orientação sexual e os direitos humanos”. Em outra ocasião – um evento em Nova York em novembro de 2007 –, o Brasil deu suporte para que a ONU adotasse uma Carta Global (Princípios de Yogyakarta) sobre o direito à livre orientação sexual e à identidade de gênero.³⁷

35 Importante registrar que a Corte Européia de Direitos Humanos – não obstante o fato de o Brasil não estar sujeito à sua jurisdição – possui um vasto conjunto de decisões garantindo o direito à livre orientação sexual e estabelecendo a proibição de discriminação em razão de tal fato: *Dudgeon v. United Kingdom* (1981); *Norris v. Ireland* (1991); *Modinos v. Cyprus* (1993); *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* (1999); *Smith and Grady v. United Kingdom* (1999); *Goodwin v. United Kingdom* (2002); *Van Kuck v. Germany* (2003); *Karner v. Austria* (2003); *L. and V. v. Austria* (2003).

36 Cf. Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral nº 15, E/C.12/2002/11, 20 de Janeiro de 2002, parágrafo13; Comentário Geral nº 14, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, parágrafo18. Comitê sobre os Direitos das Crianças, Comentário Geral nº 4, CRC/GC/2003/4, 1º de julho de 2003, parágrafo 6; Comentário Geral nº 3, CRC/GC/2003/3, 17 de Março de 2003, parágrafo 8. Relatórios do Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária, E/CN.4/2004/3, 15 de dezembro de 2003, parágrafo 73; E/CN.4/2003/8, 16 de dezembro de 2002, parágrafos 68-69 e 76. Opiniões adotadas Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária nº 7/2002, Egito, E/CN.4/2003/8/Add.1, 24 de janeiro de 2003. Veja, igualmente, o Estudo sobre a garantia de não-discriminação prevista no artigo 2º, parágrafo 2º, do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Working Paper preparado por Emmanuel Decaux, E/CN.4/Sub.2/2004/24, 18 de julho de 2004, parágrafo 22.

37 HUMAN RIGHTS WATCH, UN: Support Global Gay Rights Charter, 05.11.2007. Disponível em <<http://hrw.org/english/docs/2007/11/05/global17251.htm>>.

43. Iniciativa semelhante foi feita pela delegação brasileira na Organização dos Estados Americanos (OEA) em 2008. Ao contrário da tentativa realizada na ONU, a proposta brasileira na OEA obteve sucesso e, em 03 de junho, foi aprovada, por consenso de 34 países americanos, a Resolução AG/RES-2435(XXXVIII-O/08) “Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero”. No referido documento, ficou resolvido o seguinte:

1. Expressar preocupação pelos atos de violência e pelas violações aos direitos humanos correlatas, motivados pela orientação sexual e pela identidade de gênero.
2. Encarregar a Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos (CAJP) de incluir em sua agenda, antes do Trigésimo Nono Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral, o tema “Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero”.
3. Solicitar ao Conselho Permanente que informe a Assembléia Geral, em seu Trigésimo Nono Período Ordinário de Sessões, sobre o cumprimento desta resolução, que será executada de acordo com os recursos alocados no orçamento-programa da Organização e outros recursos.

44. Como se vê, é impossível, do ponto de vista jurídico, indeferir o pedido de concessão de pensão baseando-se unicamente no fato de a união estável ser entre pessoas do mesmo sexo. Ora, afora as decisões judiciais citadas e os Tratados ratificados pelo Brasil, a própria Administração Pública Federal reconhece, em diversas decisões administrativas, políticas públicas e manifestações jurídicas (AGU), a possibilidade desse tipo de entidade familiar.

CONCLUSÃO

45. Ante todo o exposto, e considerando os princípios constitucionais, especialmente o da igualdade, o da proibição de discriminação baseada na orientação sexual e o direito à privacidade e à intimidade, bem como o que estabelece a legislação infraconstitucional e as decisões administrativas no âmbito da Administração Pública Federal e, ainda, o que prevêem os Tratados Internacionais sobre os Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, opino, desde que haja comprovação pelos documentos idôneos, pela possibilidade da concessão de pensão, nos termos do art. 215 e art. 217, I, c, da Lei nº 8.112/90, para a Sra. Maria da Conceição do Nascimento em virtude de sua união estável com a Sra. Lenita da Costa Silveira.

46. Recomenda-se, ainda, para fins de uniformização de interpretação – haja vista a manifestação favorável do Advogado-Geral da União nos autos da ADPF 132 –, que a Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas e Organização – CGPEO notifique a Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento e Gestão – MPOG, informando o entendimento aqui adotado, podendo, para tanto, enviar cópia do presente parecer.

47. À sua consideração.

Brasília, 12 de novembro de 2008.

RAPHAEL PEIXOTO DE PAULA MARQUES

PROCURADOR FEDERAL

CHEFE DA DIVISÃO DE CONSULTORIA ADMINISTRATIVA – FNDE

