

# Revista da AGU

## Colaboradores:

### Institucional

- Leonardo Cacau Santos La Bradbury

### Palestra

- Ministra Fátima Nancy Andrichi - STJ

### Artigos

- Ana Carolina de Almeida Tannuri Laferté
- Élvio Gusmão Santos
- Érico Zeppone Nakagomi
- Fábio Campelo Conrado de Holanda
- Jorge Batista Fernandes Jr.
- Luís de Freitas Júnior
- Marcelo Kokke Gomes
- Mariana Barbosa Cirne
- Michel François Drizul Havrenne
- Ricardo Schneider Rodrigues
- Roberta Pereira Negrão Costa
- Rui Magalhães Piscitelli
- Wagner de Oliveira Pierotti

### Parecer

- José Adolfo Novato da Silva

### Jurisprudência

- Francisco Livanildo da Silva

# 22

REVISTA DA  
**AGU**

ANO VIII Nº 22 - Brasília-DF, out./dez. 2009

# Revista da AGU

## Escola da Advocacia Geral da União

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

### 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

### DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque	Substituto do Advogado-Geral da União
Marcelo de Siqueira Freitas	Procurador-Geral Federal
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
Ronaldo Jorge Araújo Vieira Júnior	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretaria-Geral de Contencioso

### CONSELHO EDITORIAL

**Membros Executivos:** Antônio de Moura Borges; Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy ; Clarissa Sampaio Silva; Cláudia 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; Daniela Ferreira Marques; Fábio Campelo Conrado de Holanda; Fábio Guimarães Bensoussan; Humberto Cunha Santos; Karla Margarida Martins Santos; Marcelo Kokke Gomes; 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)/**Plan. Visual** 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 VIII – Número 22 - Brasília-DF, out./dez. 2009  
Periodicidade: Trimestral - ISSN 1981-2035  
1 – Direito Público – Brasil – periódico. Advocacia-Geral da União

CDD 341.05  
CDU 342(05)

# SUMÁRIO

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

## INSTITUCIONAL

Monografia “Advocacia Geral da União: Órgão de Defesa dos Direitos Fundamentais e Aplicador da Nova Hermenêutica Constitucional <i>Leonardo Cacau Santos La Bradbury</i> .....	7
---	---

## PALESTRA

Os Recursos Especiais Repetitivos no STJ: um breve balanço do primeiro ano de aplicação do art. 543-c do CPC <i>Ministra STJ - Fátima Nancy Andrighi</i> .....	51
---	----

## ARTIGOS

Contratação Temporária: aspectos da recontração de servidor antes de decorridos vinte e quatro meses de encerramento de seu contrato anterior com a Administração Pública Federal <i>Ana Carolina de Almeida Tannuri Laferté</i> .....	67
Justiça Fiscal, Capacidade Contributiva e a Promoção da Iguadade <i>Élvio Gusmão Santos</i> .....	79
Execução de Contribuições Previdenciárias pela Justiça do Trabalho (da impossibilidade de reconhecer o deferimento do processamento da recuperação judicial como causa de suspensão da exigibilidade de crédito tributário) <i>Érico Zeppone Nakagomi</i> .....	99
O Novo Constitucionalismo: a hegemonia normativa dos princípios e a expansão da Jurisdição Constitucional <i>Fábio Campelo Conrado de Holanda</i> .....	129
Responsabilidade Civil por Fraude em Empréstimo consignado de Aposentado ou Pensionista do INSS <i>Jorge Batista Fernandes Jr.</i> .....	147

O Caminho Hermenêutico do Jurista na Aplicação das Normas <i>Luís de Freitas Júnior</i> .....	167
Enquadramento Financeiro dos Honorários Percebidos pelas Instituições Federais Prestadoras de Serviço de Assistência Judiciária Gratuita <i>Marcelo Kokke</i> .....	189
Recurso Prematuro e a Fazenda Pública: o excesso de formalismo na qualificação do apelo como extemporâneo <i>Mariana Barbosa Cirne</i> .....	219
Direito Penal, Sociedade de Riscos e Teoria da Imputação Objetiva <i>Michel François Drizul Havrenne</i> .....	241
A Autoridade Coatora e a Pessoa Jurídica como partes no Polo Passivo do Mandado de Segurança após a Lei nº 12.016/09 <i>Ricardo Schneider Rodrigues</i> .....	263
Proporcionalidade. Uma Clarificação do Conceito <i>Roberta Pereira Negrão Costa</i> .....	293
Mínimos Fundamentos Necessários para a Discussão das Cotas Raciais para o Ingresso dos Negros nas Universidades <i>Rui Magalhães Piscitelli</i> .....	323
A Pensão Especial para as pessoas atingidas pela Hanseníase <i>Wagner de Oliveira Pierotti</i> .....	345

## **PARECER**

Parecer 12/2008-AGU/CGU/NAJSE-JANS Processo de Uniformização acerca da Repactuação dos Contratos Administrativos <i>José Adolfo Novato da Silva</i> .....	369
--	-----

## **JURISPRUDÊNCIA**

Comentário à Jurisprudência decisão liminar proferida no STAS 175 e 178, pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes, do Supremo Tribunal Federal <i>Francisco Livanildo da Silva</i> .....	401
---	-----

## EDITORIAL

A 22ª edição da Revista da AGU encerra o ano de 2009 agradecendo a todos os colaboradores que participaram da concretização das edições anteriores. Ressaltamos a extrema importância da Revista para o melhoramento da funcionalidade do sistema da Advocacia Pública brasileira. A disseminação de excelentes trabalhos desenvolvidos por profissionais competentes da área contribui como incentivo para que outros colegas tomem a iniciativa e o desejo de terem seus trabalhos publicados neste veículo que transita no cenário jurídico nacional.

Nesta edição destacamos o artigo institucional do Procurador Federal Dr. Leonardo Cacau La Bradbury, sob o tema “Advocacia Geral da União: órgão de defesa dos direitos fundamentais e aplicador da nova hermenêutica constitucional”, em que obteve o segundo lugar no II concurso de monografias da AGU em 2009, fomentado pela Escola da AGU, em parceria com as associações das carreiras jurídicas da AGU.

O trabalho de editar uma revista com grande responsabilidade e de forma original contribui para o aperfeiçoamento da atuação da Advocacia Pública no Brasil. O reconhecimento da qualidade dos artigos institucionais, pareceres e jurisprudências neste volume tornam a Revista da AGU referência na área, carregando consigo a credibilidade e competência desta instituição, que é a Advocacia-Geral da União.

Juliana Sahione Mayrink Neiva  
Coordenadora-Geral da Escola da AGU

Jefferson Carús Guedes  
Diretor da Escola da AGU



# ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO: ÓRGÃO DE DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E APLICADOR DA NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

*Leonardo Cacau La Bradbury  
Procurador Federal*

*Monografia classificada em segundo lugar no II Concurso  
de Monografias da Advocacia-Geral da União/2009*

SUMÁRIO: 1 Competências constitucionais da AGU previstas no art. 131 da CF/88: breves considerações históricas; 1.1 Análise estrutural e funcional da AGU à luz do texto constitucional e do entendimento do S.T.F; 1.2 Natureza Jurídica da AGU; 2 A parcialidade dos membros da AGU, sua essencialidade à Justiça e a aplicação da nova hermenêutica constitucional; 3 AGU e seu papel de defesa dos direitos fundamentais ; 3.1 A atuação da AGU como Advocacia de Estado e não de Governo; 3.2 Jurisdição Constitucional e missão institucional da AGU; 4 Conclusão; 5 Referências.

**RESUMO:** Analisa o contexto histórico-jurídico-político em que foi criada a Advocacia Geral da União – AGU, enfocando a necessidade de atuação de seus membros à luz dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Delimita as competências da AGU, em face do disposto no Texto Constitucional e nas interpretações do Supremo Tribunal Federal – S.T.F. Averigua a importância da função desempenhada pelos membros da AGU, como essencial à Justiça, em busca do interesse público primário e não do exclusivamente secundário, pois são Advogados do Estado e não do Governo. Adverte que o desempenho parcial dos membros da AGU não é obstáculo para a consagração, em juízo, dos princípios da Duração Razoável do Processo, da Efetividade e da Dignidade da Pessoa Humana, criados pela própria pessoa jurídica que representa, a qual, além de declará-los, deve concretizá-los. Sustenta que a correta representação judicial da União é pautada na elaboração de teses acadêmicas baseadas na moderna hermenêutica constitucional, sendo inadmissíveis condutas processuais que apenas contribuem para a morosidade da entrega da tutela jurisdicional. Defende a missão institucional da AGU de colaboração com o Poder Judiciário, visando melhor interpretar e aplicar o direito posto ao caso concreto, a fim de obter uma sentença calcada nas diretrizes do Estado Democrático de Direito, contribuindo, assim, para o pleno desenvolvimento da jurisdição constitucional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Advocacia Geral da União. Estado Democrático de Direito. Parcialidade. Função essencial à Justiça. Interesse Público Primário e Secundário. Jurisdição Constitucional.

**ABSTRACT:** Analyze the historical-juridical-political context in that the General Advocacy of the Union- AGU was created, focusing the performance of your members to the foundations of the Democratic State of Right, consecrated in the Constitution of Brazil's Republic Federation of 1988. Delimits AGU's competences, in face of Constitutional Text and Supreme Federal Tribunal's interpretations. Discovers the importance of his function, as essential to the Justice, in search to primary public interest and not of the exclusively secondary, because they are

State's lawyers and not the Government. Notices that the partial acting is not obstacle for consecration, in judgement, the beginnings of the Reasonable Process Duration, Effectiveness and Human Person's Dignity, created by the legal entity that represents, which, besides declaring them, should render them. Sustains that the correct judicial representation of the Union is ruled in the elaboration of academic theses based on the modern constitutional hermeneutic, being inadmissible procedural conducts that just contribute to the slowness of jurisdictional delivery. Defends that the AGU's mission is to collaborate with the Judiciary Power, seeking better to interpret and to apply the put right to the concrete case, in order to obtain a sentence stepped on in the guidelines of the Democratic State of Right, contributing for the full development of the constitutional jurisdiction.

**KEYWORDS:** General Advocacy of the Union. Democratic State of Right. Partiality. Essential function to the Justice. Primary and secondary public interest. Constitutional Jurisdiction.

## 1 COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DA AGU PREVISTAS NO ART. 131 DA CF/88: BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

A Carta Fundamental de 1988, que instituiu o Estado Democrático de Direito, criou a instituição denominada Advocacia Geral da União – AGU, delineando suas competências e área de atuação, tendo como preceito basilar a defesa dos interesses da União, suas autarquias e fundações.

Inicialmente, cumpre-nos, a título histórico, informar ao leitor que tal atribuição, antes da CF/88, era desempenhada pelo Ministério Público Federal, que acumulava as funções de defesa da coletividade e da União em juízo. Ocorre que o legislador constituinte de 1988 aumentou as atribuições do *Parquet*, ocorrendo situações em que sua atuação poderia se realizar inclusive contra o próprio ente estatal federal, razão pela qual se decidiu pela criação de uma instituição própria, voltada especificamente para a defesa da União. Nesse sentido, convém transcrever os ensinamentos de Walber de Moura Agra:

Na Constituição anterior, a representação judicial da União cabia ao Ministério Público, o que trazia inconvenientes para o desempenho dessa função, dado o acúmulo de tarefas. O art. 131 da nova ordem constitucional trouxe uma grande inovação porque, além de fortalecer o Ministério Público, outorgando-lhe prerrogativas em nível constitucional, criou um órgão específico para a representação judicial do Governo Federal, munindo-o com condições para o exercício de sua tarefa.<sup>1</sup>

É preciso destacar que, desde a Constituição Republicana de 1891, por meio da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, que traçava a organização da Justiça Federal, o Ministério Público tinha uma dupla função, pois acumulava tanto matérias de natureza criminal como a advocacia pública.

Assim, antes da CF/88, a defesa da União em juízo era feita pelo Ministério Público Federal, enquanto que as atividades de consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo eram realizadas pela Advocacia Consultiva da União, que possuía, como instância máxima, a Consultoria-Geral da República, nos termos do Decreto nº 93.237/86.

Verifica-se, assim, que a AGU é uma instituição jovem, de pouco mais de vinte anos de vida, cuja criação beneficiou tanto a coletividade, como o ente público federal, pois se aumentou a independência do Ministério Público para defender os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos da forma mais efetiva e adequada possível, bem como se garantiu a racionalização da defesa da União, das suas autarquias e fundações, através de um órgão específico, com membros qualificados.

### **1.1 ANÁLISE ESTRUTURAL E FUNCIONAL DA AGU À LUZ DO TEXTO CONSTITUCIONAL E DO ENTENDIMENTO DO STF**

Surge, assim, a AGU, prevista no art. 131 da Carta Fundamental, em seu Capítulo IV, intitulado “Das funções essenciais à Justiça”<sup>2</sup>, também abrangendo o Ministério Público, a Advocacia privada e a Defensoria Pública, assim dispendo:

1 AGRA, Walber de Moura. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2002. p.561.

2 BRASIL, Constituição (1988). *op.cit.*

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Desta forma, ressalte-se, que a AGU é uma função essencial à Justiça, ao lado do Ministério Público, da Advocacia privada e da Defensoria Pública, o que, *a priori*, já demonstra a importância da instituição elevada a nível constitucional.

Como nos ensina Rommel Macedo, o legislador constituinte de 1988, ao criar a AGU sofreu grande influência da Advocacia de Estado Italiana (*Avvocatura dello Stato*), traçando competências similares. Contudo, diferentemente do ordenamento brasileiro, a advocacia pública italiana não possui previsão na vigente Constituição da Itália, mas tão-somente infraconstitucional.<sup>3</sup>

A AGU, ao ser conceituada pela CF/88 como uma “instituição”, ressalta seu traço de órgão permanente, perene, que possui interesses e objetivos específicos a proteger e resguardar, em face do ordenamento jurídico pátrio.

O termo “geral”, utilizado ao denominar a instituição, significa que a representação judicial e extrajudicial da União não se restringe ao âmbito interno, mas também abrange o plano internacional, pois como

---

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

bem ressalta a doutrina de Flavia Piovesan<sup>4</sup> e de Cançado Trindade<sup>5</sup>, o ente público federal é quem será responsabilizado por eventuais violações aos direitos humanos fundamentais realizados pelos Estados-Membros, razão pela qual há a necessidade de atuação da AGU, o que já vem sendo feito perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, como no caso nº 12.237, no qual a Comissão Interamericana de Direitos Humanos busca a condenação do Brasil por violação ao Direito à Vida, Integridade Pessoal, Garantias Judiciais e Proteção Judicial, previstos, respectivamente, nos artigos 4º, 5º, 8º e 25, do Pacto de São José da Costa Rica.<sup>6</sup>

A estrutura da AGU se encontra delineada na Lei Complementar nº 73/93, possuindo *órgãos de direção superior* (Advogado-Geral da União, Procuradoria-Geral da União, Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, Consultoria-Geral da União, Conselho Superior da Advocacia Geral da União e Corregedoria-Geral da Advocacia da União), *órgãos de execução* (Procuradorias Regionais da União – nas capitais dos Estados sedes de Tribunais Regionais Federais -, Procuradorias da União – nas demais capitais dos Estados da federação, Procuradorias Seccionais da União – nas cidades do interior dos Estados que possuam vara da Justiça Federal, Procuradorias Regionais da Fazenda Nacional – nas capitais dos Estados sedes de Tribunais Regionais Federais, Procuradorias da Fazenda Nacional, em todas as capitais dos Estados da Federação, Procuradorias Seccionais da Fazenda Nacional, localizadas, em regra, nas cidades sedes de vara da Justiça Federal e as Consultorias Jurídicas), bem como *órgão vinculado* (Procuradoria-Geral Federal, criada pela Lei nº 10.480/2002, em seu art. 9º, possuindo autonomia administrativa e financeira).

Ademais, também integram a AGU os Procuradores do Banco Central do Brasil, que, nos termos do art. 4 da Lei 9.650/98<sup>7</sup> e da Lei

---

4 PIOVESAN, Flávia. *A Constituição Brasileira e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

5 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras*. Brasília: Revista dos Tribunais, 1992.

6 MACEDO, *op cit.*, p. 45-46.

7 Art. 4o São atribuições dos titulares do cargo de Procurador do Banco Central do Brasil:

I - a representação judicial e extrajudicial do Banco Central do Brasil;

II - as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Banco Central do Brasil;

11.358/06<sup>8</sup>, tem, dentre outras, as funções de representação (judicial e extrajudicial), consultoria e assessoramento jurídico do Banco Central do Brasil, sendo remunerados por subsídio, fixada em parcela única.

Desta forma, a AGU é composta por quatro carreiras: Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional, Procurador Federal e Procurador do Banco Central do Brasil, todas com a mesma remuneração, por meio de subsídio fixado em parcela única.

Assim, é bastante comum o equívoco por parte dos operadores do direito de que o “Procurador do I.N.S.S.” – Instituto Nacional do Seguro Social faz parte da estrutura da referida autarquia previdenciária, quando, na verdade, trata-se de Procurador Federal, integrante dos quadros da AGU, que apenas representa judicialmente a supracitada autarquia.

No aspecto funcional, a CF/88 é clara ao delimitar a competência da AGU, ao dispor que esta instituição tem por missão representar a União judicial e extrajudicialmente, bem como prestar consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo Federal.

Percebe-se, pois, que a Carta Fundamental outorgou à AGU uma dupla competência: uma *postulatória ou contenciosa*, consubstanciada na representação judicial e extrajudicial dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como das autarquias e fundações públicas federais, e outra *preventiva ou consultiva*, por meio da realização de consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo Federal, quanto à constitucionalidade e legalidade de seus atos.

---

III - a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial; e

IV - assistir aos administradores do Banco Central do Brasil no controle interno da legalidade dos atos a serem por eles praticados ou já efetivados.

- 8 Art. 1o A partir de 1o de julho de 2006 e 1o de agosto de 2006, conforme especificado nos Anexos I, II, III e VI desta Lei, respectivamente, passam a ser remunerados exclusivamente por subsídio, fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, os titulares dos cargos das seguintes Carreiras:

I - Procurador da Fazenda Nacional;

II - Advogado da União;

III - Procurador Federal;

V - Procurador do Banco Central do Brasil;

Inicialmente, é importante destacar que na função postulatória o art. 131 da C/88 dispõe que a AGU irá representar judicial e extrajudicialmente a União, enquanto na parte final, ao versar sobre a função preventiva, delimita o campo de atuação da instituição, ao especificar que presta consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo Federal. Desta forma, verifica-se que a AGU não realiza consultoria nem assessoramento jurídico aos Poderes Legislativo e Judiciário.

É preciso observar que o termo “União”, utilizado no *caput* do art. 131 da CF/88, ao versar sobre a função postulatória da AGU, é utilizado em seu sentido amplo, significando a organização política dos Poderes nacionais, em seu conjunto, conforme as lições de Cretella Júnior, *apud* Rommel Macedo, ao nos ensinar que, nesse contexto, a “União é a organização política dos Poderes nacionais, em seu conjunto. A União, no texto constitucional, é detentora dos três poderes.”<sup>9</sup>

Desta forma, podemos concluir que, no desempenho de sua função postulatória, a AGU exerce a representação judicial e extrajudicial de todos os Poderes da União (Executivo, Legislativo e Judiciário), bem como de suas autarquias (INSS, IBAMA, INCRA, p. ex) e fundações (FUNAI, p. ex), bem como do Ministério Público da União e da Defensoria Pública da União. Por outro lado, no exercício de sua função preventiva, presta consultoria e assessoramento jurídico somente ao Poder Executivo Federal.

Cumpre-nos alertar o leitor a respeito da diferença entre consultoria e assessoramento jurídico. A esse respeito, transcrevemos a lição de Rommel Macedo:

O assessoramento jurídico se distingue da consultoria. No primeiro, o advogado não possui qualquer responsabilidade sobre a decisão a ser tomada, tendo apenas a incumbência de orientar a instância decisória; já na segunda, o advogado exara pareceres, sobre os quais possui inequívoca responsabilidade. Por meio da consultoria jurídica, emite-se aquilo que Moreira Neto considera uma verdadeira “vontade estatal”, devendo a administração pública demonstrar a

---

9 CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. *apud* MACEDO, op cit.

razão para o não-acatamento dos termos do parecer proferido, sob pena de nulidade do ato.<sup>10</sup>

Nesse momento, cumpre-nos registrar, apesar de nosso trabalho focar a função postulatória da AGU junto ao Judiciário e não a preventiva, o entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF realizado no MS nº 24.631 (veiculado no Informativo nº 475), onde se concluiu, nos termos do voto do Min. Joaquim Barbosa, que nossa legislação contempla três hipóteses de consulta: a facultativa, na qual a autoridade administrativa não se vincularia à consulta emitida; a obrigatória, na qual a autoridade administrativa ficaria obrigada a realizar o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou não, podendo agir de forma diversa após emissão de novo parecer; e a vinculante, na qual a lei estabelecerá a obrigação de “decidir à luz de parecer *vinculante*”, não podendo o administrador decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir.<sup>11</sup>

Tal decisão sepultou entendimento corriqueiro da doutrina de que o parecer jurídico realizado por membro da AGU tem sempre caráter opinativo. Nesse sentido, o Min. Joaquim Barbosa assim nos alerta:

A doutrina brasileira, embora tradicionalmente influenciada pela doutrina francesa nessa matéria, não desce a essa sofisticação de detalhes, preferindo manter-se fiel à noção de que o parecer jurídico tem sempre caráter opinativo. O que é relevante nessa classificação é que, no caso do parecer vinculante, há efetiva partilha do poder decisório.<sup>12</sup>

Assim, no referido julgado, concluiu-se que sendo o parecer vinculante “haveria efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão, razão pela qual, em princípio, o parecerista poderia vir a ter que responder conjuntamente com o administrador, pois seria também administrador nesse caso.”<sup>13</sup>

---

10 MACEDO, op cit., p. 46.

11 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 out. 2008.

12 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 out. 2008.

13 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 out. 2008.

Podemos citar como exemplo de pareceres vinculantes aqueles que aprovam ou ratificam o termo de convênios e aditivos em licitações, nos termos do art. 38 da lei 8.666/93, cuja irregularidade, conforme decisão do S.T.F. no MS nº 24.584, relator Min. Marco Aurélio, “possibilita a responsabilização solidária, já que o administrador decide apoiado na manifestação do setor técnico competente.”<sup>14</sup>

Como vimos, a atuação da AGU pode ocorrer no âmbito consultivo, ainda na seara administrativa, por meio de pareceres, consultas e assessoramento jurídico ao administrador público, como também no contencioso, na fase judicial, por meio da representação das entidades públicas em juízo.

Cumpramos destacar a importância da atividade consultiva da AGU como forma de prevenção e solução de conflitos, evitando inúmeras demandas judiciais.

A melhor, mais célere e adequada forma de se concretizar os direitos fundamentais dos cidadãos é por meio de um consultivo bem realizado que contribui para diminuir a atuação do contencioso.

Assim, a AGU edita diversos Pareceres Normativos, elaborados pelo consultivo, que dirimem dúvidas de interpretação da legislação, protegem o patrimônio público e asseguram direitos aos cidadãos, protegendo e concretizando os direitos fundamentais.

Desta forma, o contencioso da AGU atua em parceria com o governante na concretização dos direitos fundamentais e na busca pelo ideal de Justiça.

Logo, o fortalecimento do contencioso propiciará a redução das demandas judiciais e a racionalização do serviço público.

Assim, podemos concluir que não só a atuação contenciosa, mas também, principalmente, a consultiva da AGU contribuem para a realização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e na efetivação dos direitos sociais, verdadeiros pilares do nosso Estado Democrático de Direito.

---

14 Disponível em: < <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 out. 2008.

Registrados os entendimentos do STF e a importância da função preventiva da AGU como forma de solução e prevenção de conflitos, continuaremos a análise do texto constitucional. O § 1º do art. 131 da CF/88 dispõe que o chefe da AGU será o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República, escolhido dentre cidadãos maiores de 35 anos, de reputação ilibada e notável saber jurídico. Não há necessidade de que haja a aprovação da escolha pelo Senado Federal, não precisa a indicação recair sobre um membro da carreira e, a partir da Lei 10.683/2003, o Advogado Geral da União tem o status de Ministro do Estado, sendo, desta forma, julgado pelos crimes comuns no STF (art. 102, I, “c”, da CF/88) e pelos crimes de responsabilidade no Senado Federal (art. 52, II, da CF/88).

Cumprido registrar que, dentre as atribuições do Advogado-Geral da União, previstas no art. 4º da L.C. nº 73/93, destacamos a de *defensor legis*, isto é, a de curador da constitucionalidade das leis, em razão de sua atuação na defesa do ato normativo federal ou estadual impugnado em face do controle concentrado de constitucionalidade, nos termos do art. 103, § 3º, da CF/88.

Por fim, o § 2º do art. 131 dispõe que o ingresso em qualquer uma das carreiras da AGU (Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional, Procurador Federal e Procurador do Banco Central do Brasil) far-se-á mediante concurso público de provas e títulos e seu § 3º especifica que a execução da dívida ativa de natureza tributária da União será realizada pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que, como vimos, é um órgão de direção superior da AGU.

## 1.2 NATUREZA JURÍDICA DA AGU

Falar sobre a natureza jurídica da AGU é caracterizá-la como integrante ou não de algum dos Poderes da República: Executivo, Legislativo ou Judiciário.

Tal tema tem gerado diversos posicionamentos divergentes pela doutrina, que passaremos a comentar.

A primeira corrente, capitaneada por Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, entende que a AGU faz parte do Poder Executivo.<sup>15</sup>

A segunda corrente, defendida por Sérgio de Andréa Ferreira<sup>16</sup> e Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>17</sup>, sustenta que a AGU não integra o Executivo, nem está a ele vinculada nem subordinada, possuindo independência funcional tanto na sua atuação postulatória como na consultiva. Ensinam que a AGU não está vinculada a nenhum dos poderes, atuando fora deles.

Assiste razão à segunda corrente, pois a AGU não integra e nem está subordinada ao Executivo nem a nenhum dos poderes políticos, pois é, nos termos da CF/88, uma função essencial à Justiça, que busca a realização do interesse público e o controle da legalidade dos atos do Executivo.

Desta forma, na fase contenciosa, a AGU irá representar o Poder Executivo, Legislativo, o Judiciário, bem como o Ministério Público da União e a Defensoria Pública da União. Desta forma, se um técnico do Ministério Público Federal entrar com uma ação requerendo o pagamento de verbas remuneratórias a que entende ter direito, será a AGU, por meio dos Advogados da União, que irá representar a União em juízo, defendendo o ato impugnado. Por tal razão, não é correto afirmar que a AGU é órgão do Executivo, posto que pode representar judicialmente outros poderes, bem como o Ministério Público da União e a Defensoria Pública da União.

Porém, como já ressaltamos, a atividade consultiva da AGU, de assessoramento jurídico, é realizada somente perante o Executivo Federal, na missão de controle preventivo de legalidade e constitucionalidade dos seus atos administrativos.

---

15 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. Tomo IV, São Paulo: Saraiva, 1997.

16 ANDRÉA FERREIRA, Sérgio de. *Comentários à Constituição*. 3º vol. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991.

17 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais*. Brasília: *Revista de Informação Legislativa*, nº 116, 1992.

Assim, adotando o posicionamento de César do Vale Kirsch<sup>18</sup>, entendemos que a AGU tem natureza de Órgão de Estado, que integra o sistema constitucional de funções essenciais à Justiça, não se vinculando a nenhum dos três poderes estabelecidos.

## 2 A PARCIALIDADE DOS MEMBROS DA AGU, SUA ESSENCIALIDADE À JUSTIÇA E A APLICAÇÃO DA NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Neste capítulo, passaremos a analisar a atuação da AGU, como sujeito parcial no processo, inserida como função essencial à Justiça e a necessidade dos seus membros aplicarem a nova hermenêutica constitucional.

É indiscutível e unânime na doutrina constitucional que os membros da AGU agem com parcialidade. Nesse sentido, Walber de Moura Agra<sup>19</sup> leciona que essa foi a razão pela qual a defesa dos interesses da União foi desvinculada das atribuições do *Parquet*, uma vez que, em face do seu novo papel atribuído pela CF/88, iriam surgir inúmeros conflitos caso o órgão ministerial tivesse que continuar a defender os interesses estatais, visto que, em alguns casos, o interesse da coletividade pode colidir com o estatal.

Nesse mesmo sentido, também é a doutrina de Uadi Lammêgo Bulos ao afirmar que “é importante lembrar que não se exige imparcialidade do AGU.”<sup>20</sup>

O próprio STF, no julgamento da ADIN nº 470/AM, manifestando-se a respeito dos Procuradores dos Estados, mas que tem aplicação analógica aos membros da AGU, por meio do voto vencedor do Relator Min. Ilmar Galvão, *apud* Rommel Macedo, assim afirma:

[...] o mister desenvolvido pelas Procuradorias dos Estados que, nos termos do art. 132 da Constituição Federal, exercem a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas,

---

18 KIRSCH, César do Vale; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (orientador). *Advocacia Geral da União e Poder Executivo Federal: Parceria Indispensável para o Sucesso das Políticas Públicas*. Brasília, 2003. Dissertação de Pós Graduação – Instituto Brasiliense de Direito Público.

19 AGRA, *op cit.*, p. 561.

20 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.1167.

*em atividade cuja parcialidade é necessária e que exige perfeita sintonia com as diretrizes fixadas pela chefia da Administração Pública.*  
<sup>21</sup>(grifo nosso)

Porém, o fato de o membro da AGU atuar em juízo ou na fase consultiva com parcialidade não significa que deverá atuar de forma contrária aos interesses constitucionais que são irradiados pelo Estado Democrático de Direito. É plenamente possível que tenhamos uma atuação parcial, visando atender aos interesses da União, suas autarquias e fundações, e, ao mesmo tempo, em consonância com os valores constitucionais e legais presentes em nosso ordenamento.

Na verdade, no atual Estado Democrático de Direito Brasileiro, a única forma de atuação legítima do Estado em juízo ou na fase administrativa ocorre quando sua conduta processual, visando defender seu interesse posto em litígio, guarda respeito aos direitos fundamentais do cidadão e da ordem jurídica vigente.

Ademais, o Estado, que deve pautar sua conduta sempre visando o interesse público primário, não deve ir a juízo nem emitir um parecer veiculando uma pretensão jurídica que não está albergada pela Norma Fundamental, nem tampouco prolongar um processo para cujo desfecho a própria CF/88 exige celeridade.

Nesse sentido, Dárcio Faria assevera que:

*não há, portanto, qualquer possibilidade de ingresso do ente público em juízo para formular pedido incompatível ou contrário à lei ou à moral, mesmo porque são a moralidade e a legalidade princípios constitucionais que norteiam a atividade pública.* <sup>22</sup> (grifo nosso)

Necessário, nesse momento, estabelecermos a diferença entre interesse público primário e secundário. A esse respeito, Celso Antonio Bandeira de Melo, invocando a doutrina italiana de Renato Alessi, nos ensina que:

[...] o interesse coletivo primário ou simplesmente interesse público é o complexo de interesses coletivos prevalentes na sociedade ao

<sup>21</sup> Disponível em: < <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 out. 2008. *apud* MACEDO, *op cit.* p.36.

<sup>22</sup> FARIA, Darcio Augusto Chaves. A ética profissional dos procuradores públicos. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 321. p.31.

passo que o interesse secundário é composto pelos interesses que a Administração poderia ter como qualquer sujeito de direito, interesses subjetivos, patrimoniais, em sentido lato, na medida em que integram o patrimônio do sujeito.<sup>23</sup>

Verifica-se, assim, que, enquanto os interesses públicos primários representam a dimensão pública dos interesses individuais, os secundários retratam os objetivos particulares do Estado, enquanto pessoa jurídica.

Desta forma, percebe-se que o Estado somente está legitimado a atuar em juízo ou emitir um parecer na defesa do interesse público primário e, eventualmente, na do secundário, desde que coincidente com aquele. Nesse sentido, são as sábias lições de Bandeira de Mello:

*[...] o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles. [...] os interesses secundários do Estado só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses primários, isto é, com os interesses públicos propriamente ditos.<sup>24</sup> (grifo nosso)*

Conseqüentemente, a AGU somente pode atuar em juízo ou prolatar um parecer na defesa de um interesse secundário, se este não conflitar com o primário, tendo em vista que a finalidade precípua do Estado é a garantia do bem estar social, não sendo um fim em si mesmo, mas sim um meio para se atingir tal objetivo.

Desta forma, necessário se faz enfatizar que o fato de os membros da AGU atuarem em juízo com parcialidade ou na fase consultiva, na defesa dos interesses da União, suas autarquias ou fundações, não retira o seu compromisso ético com o respeito e a busca da efetivação dos valores constitucionais e legais que sustentam nosso ordenamento. Perfilhando tal posicionamento, José Renato Naline afirma que “a

23 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 229.

24 MELO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros. p. 55-56.

*circunstância de orientar ou de representar judicialmente o Estado não retira do procurador os seus compromissos éticos de advogado.*<sup>25</sup>

Sobre esse tema, a então Consultora da União, Dra. Mirtô Fraga, elaborou o Parecer nº GQ-111, adotado pelo então Advogado Geral da União, Dr. Geraldo Magela da Cruz Quintão e aprovado pelo Presidente da República, em 05 de junho de 1996, sendo, assim, de cumprimento obrigatório por todos os órgãos e entidades da Administração Federal, por força do art. 40, § 1º c/c art. 41 da Lei Complementar nº 73/93, no qual se afirma que nas lides entre União e particulares, a parcialidade que marca a atuação dos membros da Instituição não deve ser utilizada como argumento para a defesa de exclusivo interesse público secundário, pois a missão da AGU é buscar o interesse público primário, preservar o bem público e assegurar o direito de cada um, nos seguintes termos:

*Ao decidir questões surgidas nas suas relações com o particular (no caso, servidor público), a Administração não deve agir com parcialidade, não deve ter em vista o seu interesse (aquele interesse secundário a que nos referimos no início deste Parecer), mas deve visar ao interesse público primário, que se confunde com o bem público e que, em resumo, exige seja respeitado o direito de cada um. À Advocacia-Geral da União, cabe fixar a exata interpretação das normas jurídicas para que seja alcançado o ideal de justiça almejado por todos.*<sup>26</sup> (grifo nosso)

Como ressaltamos, tal parecer é de cumprimento obrigatório pelos membros da AGU, nos termos do art. 28, II, da Lei Complementar nº 73/93, em razão de sua aprovação pelo Presidente da República e devida publicação no Diário Oficial, o que nos faz concluir que os Advogados da União, Procuradores Federais, da Fazenda Nacional e do Banco Central do Brasil devem pautar sua conduta em juízo ou na fase consultiva com base no interesse público primário, calcado no ideal de justiça, não atuando com vistas a garantir um direito eminentemente patrimonial e exclusivo da pessoa jurídica que representam.

Neste momento, cumpre-nos distinguir algumas situações opostas. A Constituição Federal de 1988 ao dispor sobre as funções essenciais à Justiça, delimitou o campo de atuação de cada instituição, a fim de atender aos interesses de cada grupo social. Nesse sentido, Diogo

25 NALINI, José Renato. *A ética do Advogado*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.376.

26 Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 10 out. 2008.

de Figueiredo Moreira Neto nos ensina que, de acordo com as diretrizes constitucionais, compete ao Ministério Público a defesa da sociedade, dos interesses difusos e individuais indisponíveis, à Defensoria a dos interesses dos necessitados, aos advogados particulares a dos interesses privados e aos advogados de Estado a dos interesses públicos.<sup>27</sup>

O advogado público não é um advogado particular, que pode fazer tudo que a lei não proíbe, com vistas a atender de forma satisfatória os interesses do seu cliente, não é membro do Ministério Público, que deve atuar como advogado da sociedade, objetivando atender os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, nem tampouco é um defensor público, que desempenha suas atribuições visando atender aos interesses dos hipossuficientes.

O Advogado público atua com parcialidade, pois está constitucionalmente encarregado da defesa do Estado, porém em razão da qualidade da pessoa de direito público que representa, o qual age, por delegação, em nome do povo – titular soberano do poder, em razão do Princípio da Soberania Popular – não pode defender em juízo ou por meio de pareceres ou consultas teses acadêmicas totalmente desvirtuadas dos fundamentos que norteiam o Estado Democrático, nem tampouco tomar atitudes processuais ou administrativas que vão de encontro aos princípios basilares do nosso ordenamento, pois ao assim agir está longe de ser uma função essencial à Justiça, mas sim um entrave ao pleno desenvolvimento da jurisdição.

O advogado público que recorre de todas as sentenças que lhe são desfavoráveis, mesmo aquelas matérias já pacificadas pelos Tribunais Superiores, ou cria ou sustenta teses jurídicas dessarazoadas que vão de encontro aos ditames do Estado Democrático Brasileiro não está desempenhando uma função essencial à Justiça, como quer a CF/88, mas sim prejudicando o pleno desenvolvimento da jurisdição, contribuindo para a morosidade da entrega jurisdicional e violando os Princípios da Dignidade da Pessoal Humana, da Duração Razoável do Processo e da Efetividade.

Vivemos atualmente, o fenômeno da “Constitucionalização do Direito”, que significa que todos os ramos do direito terão seus institutos redefinidos pelos princípios constitucionais, pois a Carta Magna possui

27 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Constituição e Revisão*: temas de direito publico e constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

um efeito irradiador sobre todo o ordenamento jurídico, pois é quem lhe confere validade e sentido.

Tal fenômeno, a título de exemplo, aplica-se no Direito Civil, que cria a “função social da propriedade”, instituto antes calcado eminentemente no interesse individual, passa a ter uma dimensão coletiva, cujo uso não pode gerar prejuízo a terceiros. No âmbito do Direito Administrativo, mais importante para o nosso trabalho, o efeito irradiante da CF/88 alterou o clássico sentido do Princípio da Estrita Legalidade, que defendia que o administrador somente pode fazer o que está estritamente previsto na lei. Hoje, mesmo que não haja previsão legal expressa, o administrador pode sim atuar, desde que o faça com base nos princípios e valores constitucionais, a ponto de alguns doutrinadores preferirem chamá-lo de Princípio da Juridicidade, ao invés de Estrita Legalidade.

Cumprir destacar que o Princípio da Juridicidade, em substituição à Legalidade Estrita, foi reconhecido pela AGU por meio do Parecer nº 1.087 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, de 19/07/2004, no qual se decidiu que as decisões de mérito do Conselho dos Contribuintes do Ministério da Fazenda podem ser submetidas ao crivo do Poder Judiciário, pela Administração Pública, a fim de serem anuladas, quando violarem o Princípio da Juridicidade e o patrimônio público, ferindo os princípios constitucionais implícitos ou explícitos, os quais são normas jurídicas.

Assim, os membros da AGU (Advogados da União, Procuradores Federais, Procuradores da Fazenda Nacional e Procuradores do Banco Central do Brasil) devem atuar tanto em juízo (contencioso) como na fase consultiva visando aplicar a nova hermenêutica constitucional, que, na visão do mestre Luis Roberto Barroso, é aquela que exige que o intérprete realize uma interpretação construtiva do direito, visando garantir a máxima efetividade aos postulados constitucionais.<sup>28</sup>

Para a nova hermenêutica constitucional, não se pode confundir o texto (dispositivo) com a norma. Texto é o artigo de lei descrito pelo legislador, enquanto a norma é o texto interpretado. Desta forma, a norma é fruto da interpretação construtiva do intérprete.

<sup>28</sup> BARROSO, Luis Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. *O Começo da História: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro*. Disponível em: <[http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti\\_histdirbras.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf)>. Acesso em: 06 jul. 2009.

Nesse sentido, Humberto Ávila assim nos ensina:

*É preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a credence de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos.<sup>29</sup> (grifo nosso)*

Cumprido destacar que tal atividade criadora do direito, por parte do intérprete, não é livre, pois está limitada pelos fundamentos do nosso ordenamento jurídico, não podendo a interpretação ser realizada de forma dissociada dos vetores constitucionais que conferem validade e sentido às normas jurídicas.

Sobre tal questão, Humberto Ávila conclui:

*Isso não quer dizer que o intérprete é livre para fazer as conexões entre as normas e os fins a cuja realização elas servem. O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e a preservação desses valores. O intérprete não pode desprezar esses pontos de partida.<sup>30</sup> (grifo nosso)*

Desta forma, não basta tão-somente buscar o sentido da norma, revelando seu conceito, como defende a clássica hermenêutica constitucional, numa simples subsunção do fato à norma, sem qualquer atividade criadora.

Assim, o papel dos membros da AGU, ao aplicar a nova hermenêutica constitucional, é auxiliar o magistrado (fase contenciosa) ou o administrador público (fase consultiva) na realização de uma atividade cognitiva criadora do Direito e não somente subjuntiva do fato à norma, sem envolver qualquer parcela de criação para o caso concreto.

Enfim, o papel dos membros da AGU, na defesa dos entes públicos é, mesmo agindo com parcialidade, buscar aplicar os postulados da Força Normativa da CF/88 e de seus valores, posto que qualquer atuação do

29 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 34.

30 ÁVILA, op. cit., p. 34.

Estado sem esteio em valores constitucionais é desprovido de qualquer legitimidade democrática, em razão de que, quer na esfera judicial ou na administrativa, o ente público está agindo por delegação do povo, não podendo voltar-se contra seus próprios cidadãos, titulares soberanos do Poder.

É necessário que todos os operadores do Direito reflitam sobre isso, em especial os próprios advogados públicos. Como dissemos, a Carta Política delineia as atribuições dos membros da AGU, de forma explícita, em seu art. 131. Porém, esta atuação, para que seja essencial à Justiça, não pode ser exercida de forma desenfreada e irracional. Implicitamente, a Norma Fundamental exige que os advogados públicos atuem pautados nos ditames e fundamentos por ela irradiados a todo o sistema jurídico.

Vale dizer: a Constituição de 1988 não disse que a advocacia pública era uma simples função acessória à Justiça, que pode ser exercida de qualquer forma. Pelo contrário, ao qualificar sua atribuição como essencial, implicitamente está assegurando que a defesa dos interesses do Estado em juízo ou na fase administrativa deve se conciliar com todas as diretrizes presentes no Estado Democrático de Direito, a fim de que se alcance, efetivamente, a Justiça, no sentido romano do termo, de dar a cada um o que é seu por direito.

Não podemos interpretar o termo “essencial”, presente no Capítulo IV da CF/88, de forma restrita, querendo significar apenas o simples fato de que, como o Judiciário é inerte, necessita da provocação da advocacia privada ou pública, do Ministério Público ou da Defensoria para que possa atuar e resolver o conflito no caso concreto.

A fim de se conferir força normativa a este dispositivo constitucional, como nos ensina Konrad Hesse<sup>31</sup>, é necessário interpretá-lo de forma ampla, abrangendo não somente o aspecto da inércia da jurisdição, mas, sobretudo, a forma de atuação das instituições que compõem as funções essenciais à Justiça, na qual está incluída a AGU.

Essa interpretação ampliativa deste preceito constitucional é inclusive aceita pela própria AGU que, por meio do seu Parecer Normativo nº GQ-111, já citado no presente trabalho, de cumprimento

---

31 HESSE, op cit.

obrigatório por todos os órgãos e entidades da Administração Federal, dispõe que:

Ao criar, na Lei Maior, a Advocacia-Geral da União, não no capítulo destinado ao Poder Executivo, mas no capítulo intitulado “Das Funções Essenciais à Justiça”, após o disciplinamento dos três Poderes do Estado, e ao determinar que lei complementar dispusesse sobre sua organização e funcionamento, o constituinte de 1987-1988, deu-lhe, sem dúvida alguma, *status especial*. *E a Advocacia Geral da União nasceu como instituição forte, essencial à Justiça, aqui entendida na sua acepção ampla*. Sua atuação nas atividades de consultoria e assessoramento do Poder Executivo, sobretudo pelo seu mais alto órgão, o Advogado-Geral, visa a possibilitar a juridicidade plena do Poder Executivo na observância da legalidade, da legitimidade e da licitude, ou seja, da conformidade dos atos da Administração com o sistema jurídico vigente, obedecendo, pois, ao anseio geral, que deseja, sem dúvida alguma, seja a atividade administrativa pautada pelo Direito e pelos princípios morais.<sup>32</sup> (grifo nosso)

Como vimos, a Carta Fundamental delinea, específica e explicitamente, os tipos de interesse que cada instituição essencial à Justiça compete defender. Porém, não se aceita que tal defesa seja feita de qualquer forma. Implicitamente, ao dispor sobre a essencialidade da função da AGU, está assegurando aos cidadãos-jurisdicionados que a atuação do Estado em juízo e na fase administrativa irá ocorrer de forma justa, ponderada e em sintonia com todos os princípios e valores constitucionais.

Ademais, o membro da AGU, diferentemente do advogado privado (que pode fazer tudo que a lei não proíbe), é um servidor público, só podendo fazer aquilo que a lei permite, em razão do Princípio da Legalidade Administrativa, assim definida por Hely Lopes Meireles:

A legalidade, como princípio da administração (CF, art.37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar

ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.<sup>33</sup>

Nesse mesmo sentido, Seabra Fagundes, em célebre frase, afirma que “administrar é aplicar a lei de ofício”.<sup>34</sup>

Ocorre que, como já ressaltamos, vivemos o fenômeno da “Constitucionalização do Direito”, que, como nos ensina Virgílio Afonso da Silva, significa que os valores presentes na Constituição de 1988 são irradiados para todos os ramos do Direito, adequando determinados institutos aos parâmetros delineados pela Carta Magna, ocorrendo uma verdadeira “filtragem constitucional”, isto é, somente serão aplicados aqueles mandamentos que estão em consonância com os vetores constitucionais.<sup>35</sup>

Porém, como ressaltamos, o fenômeno da constitucionalização alcança todo o Direito e não somente o Civil. Nesse sentido, o Direito Administrativo também foi “afetado”, justamente no clássico conteúdo do Princípio da Legalidade Administrativa.

Como acima transcrevemos, Hely Lopes e Seabra Fagundes militavam a tese de que o servidor público somente poderia agir se houvesse expressa determinação legal. A ausência de lei regulando o caso posto em análise ensejava a não atuação da Administração, que culminava, por muitas vezes, na denegação da pretensão do cidadão, sob o argumento da falta de previsão legal.

Para tais autores clássicos, a lei a que se referiam eram os atos legais e infralegais, devidamente aprovados pelo Poder Legislativo e regulamentados pelo chefe do Executivo. Defendia-se que o administrador não possuía liberdade de atuação, só podendo agir se houvesse um ato normativo escrito dispondo que “deve fazer assim” frente ao caso concreto posto à sua análise.<sup>36</sup>

---

33 MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p.82.

34 FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 5. ed. São Paulo: Forense, 1979. p. 4.

35 SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2008.

36 MEIRELES, Hely Lopes. op cit., p.82

O fenômeno da “Constitucionalização do Direito” em face do Direito Administrativo atingiu justamente esse conteúdo clássico do Princípio da Legalidade, a ponto de alguns doutrinadores, como Carmem Lúcia Antunes Rocha,<sup>37</sup> Juarez Freitas<sup>38</sup> e Germana de Oliveira Moraes<sup>39</sup>, modificarem a sua nomenclatura e passaram a lhe denominar de Princípio da Juridicidade, pois, atualmente, a lei a que está vinculado o administrador compreende não somente os atos legais e regulamentares efetivamente elaborados pelo Legislativo ou Executivo, mas, sobretudo, os valores e princípios constitucionais, explícitos e implícitos, irradiados pela Constituição para todo o sistema jurídico.

A esse respeito, Carlos Ari Sunfeld afirma que:

Mas o que o direito global parece pôr em xeque é o princípio da legalidade e a Separação dos Poderes, considerados por muitos a alma do direito administrativo. *A meu ver, o que caracteriza o direito administrativo é a submissão da Administração ao direito, não necessariamente à lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo.*<sup>40</sup> (grifo nosso)

Nesse sentido, também é a dissertação de Mestrado de Rafael Carvalho Rezendo Oliveira<sup>41</sup>, ao defender que, “ao invés do respeito apenas à lei formal, a atuação administrativa deve adequar-se ao ordenamento jurídico como um todo, o que acarreta a consagração do princípio da juridicidade”.

Convém, novamente, informar que o Princípio da Juridicidade foi reconhecido pela AGU por meio do Parecer nº 1.087 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional de 19/07/2004.

37 ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p.109

38 FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

39 MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

40 SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na era do Direito Global. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, ano 1, vol.1, nº. 2, maio, 2001. Disponível em: <<http://direitopublico.com.br>>. Acesso em: 05 out. 2008.

41 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezendo. DIAS, Francisco Mauro (orientador). *O Princípio da Juridicidade: Uma Releitura da Legalidade e da Legitimidade Administrativa*. Rio de Janeiro, 2007. 145p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Com base nesse posicionamento moderno, condizente com os ditames do Estado Democrático de Direito, o administrador tem sim certa liberdade de agir frente ao caso concreto, desde que pautar sua conduta de acordo com os vetores constitucionais que orientam e direcionam sua atuação administrativa.

Desta forma se, no caso concreto, mesmo que não haja nenhuma norma legal ou regulamentar dispondo sobre como o administrador deve agir, este não pode ficar inerte nem tampouco indeferir a pretensão a ele veiculada, sob o argumento de falta de previsão legal, devendo atuar de acordo com os valores e princípios irradiados pela Norma Fundamental.

Tal doutrina vem sendo aplicada por nossos Tribunais, como, por exemplo, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região que não aceitou o argumento dos advogados da Caixa Econômica Federal – CEF de que a inclusão como beneficiário em plano de saúde (FUNCEF) de companheiro homoafetivo de empregado da referida instituição financeira violava o Princípio da Legalidade, em razão da ausência de previsão legal a esse respeito. Nesse sentido, convém transcrever trecho da ementa do voto da Des. Marga Inge Barth Tessler, na Apelação Civil nº 9604553330:

Descabida a alegação da CEF no sentido de que aceitar o autor como dependente de seu companheiro seria violar o princípio da legalidade, *pois esse princípio, hoje, não é mais tido como simples submissão a regras normativas, e sim sujeição ao ordenamento jurídico como um todo; portanto, a doutrina moderna o concebe sob a denominação de princípio da juridicidade.*<sup>42</sup>(grifo nosso)

Percebe-se, assim, que os membros da AGU devem pautar sua conduta de acordo com o Princípio da Juridicidade, tomando atitudes que vão ao encontro dos preceitos constitucionais, aplicando a nova hermenêutica constitucional nos processos judiciais e procedimentos administrativos que atuarem.

---

42 Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 08 out. 2008.

### **3 AGU E SEU PAPEL DE DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Como vimos no tópico anterior, os membros da AGU irão defender em juízo (contencioso) ou na fase consultiva um interesse público primário, podendo, eventualmente, ser também um secundário, desde que coincida com aquele.

Desta forma, o Estado deve respeitar os direitos fundamentais não somente da tomada de decisões políticas, mas também quando resolver atuar em juízo, quer como autor, na elaboração da petição inicial, quer como réu, na apresentação de sua peça contestatória e demais atos processuais subseqüentes.

Neste ponto, cumpre-nos, novamente, enfatizar que a melhor, mais célere e adequada forma de se concretizar os direitos fundamentais dos cidadãos é por meio de uma consultoria jurídica bem realizada, que contribui para diminuir a atuação do contencioso. Assim, o fortalecimento da atividade consultiva da AGU propiciará a redução das demandas judiciais e a racionalização do serviço público.

A atuação parcial dos membros da AGU em juízo deve buscar respeitar os direitos fundamentais do cidadão-jurisdicionado, no sentido de não buscar prolongar indefinidamente a demanda, interpondo recursos meramente protelatórios, pois tal conduta fere o Princípio Constitucional da Duração Razoável do Processo, da Efetividade e da Dignidade da Pessoa Humana, posto que o cidadão terá que esperar até o trânsito em julgado para receber o bem da vida tutelado no processo.

Tal postura por parte dos membros da AGU faz-se necessária, posto que são Advogados de Estado e não de Governo, como demonstraremos no tópico seguinte.

#### **3.1 A ATUAÇÃO DA AGU COMO ADVOCACIA DE ESTADO E NÃO DE GOVERNO**

A advocacia pública brasileira, notadamente os membros da AGU, nas suas carreiras (Procurador Federal, Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional e Procuradores do Banco Central do Brasil), ao realizarem suas atribuições, desempenham uma advocacia de Estado e não de Governo.

A esse respeito, Souza Júnior, *apud* Rommel Macedo<sup>43</sup>, nos ensina que não se pode confundir Estado, que é dotado de caráter permanente, representando a unidade social, com Governo, que é temporário e exprime a opinião político-partidária dominante num certo período.

Os objetivos do Estado são genéricos (como a ordem, liberdade, justiça e o progresso), permanentes (uma vez que acompanham a existência da sociedade política), abstratos (pois são valores orientadores do convívio social), geralmente de realização mediata (tendo em vista que dependem de medidas concretas de alçada dos governos), suprapartidários (eis que são objetivos da sociedade como um todo e não de partidos ou facções políticas) e tem o objeto de um dever cívico de respeito (na medida em que são objetivos que dão sentido ao convívio social-político).

Já os objetivos do Governo são específicos (pois os membros da comunidade os aproveitam em graus diferentes, beneficiando-se mais a uns que a outros, como a construção de estradas, redes de telecomunicações, etc), atuais (uma vez que se impõem pelas situações concretas do presente), concretos (pois a forma de sua realização é concreta e objetiva), de realização imediata (tendo em vista que são meios que constituem as finalidades do Estado), partidários (se traduzem nos programas de ação dos partidos e do governo) e tem o objeto de um direito de crítica (isto é, em razão da democracia política, são suscetíveis de crítica e contrariedade, tendo em vista as diversas opções que os governos possuem para a efetivação dos objetivos do Estado)

Estabelecidas as diferenças entre Estado e Governo, Rommel Macedo conclui que:

À luz do papel de controle de legalidade e legitimidade desempenhado pela Advocacia-Geral da União, garantidor de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, trata-se, em ambos os casos, de uma advocacia de Estado, na medida em que se age na defesa de princípios constitucionais *que não se alteram pela simples mudança de governo, nem se submetem aos momentâneos interesses partidários.*<sup>44</sup>

43 SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *A crise da democracia no Brasil: aspectos políticos*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. *apud* MACEDO, Rommel. *op cit.* p. 129.

44 MACEDO, *op cit.*, p. 131.

Desta forma, conclui-se que os membros da AGU, quer estejam no desempenho de sua função preventiva (consultoria e assessoramento jurídico ao Executivo Federal), quer na função postulatória (representação judicial e extrajudicial da União, suas autarquias e fundações), atuam como advogados do Estado, o que significa que agem a fim de garantir o interesse público primário, desprovido de qualquer interesse partidário ou exclusivamente da União, enquanto pessoa jurídica (interesse público secundário).

### 3.2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E MISSÃO INSTITUCIONAL DA AGU

Passaremos agora a analisar a missão institucional da AGU de colaboração para o pleno desenvolvimento da jurisdição constitucional.

Necessário, inicialmente, explicarmos ao leitor em que consiste a expressão “Jurisdição Constitucional”, buscando delimitar seu sentido e compreender seu alcance.

O termo em análise surgiu historicamente como instrumento de defesa da Constituição, considerada como expressão de valores sociais e políticos. Sobre o tema, Paulo Bonavides nos ensina que:

o conceito de jurisdição constitucional, qual a entendemos em sua versão contemporânea, prende-se à necessidade do estabelecimento de uma instância neutra, mediadora e imparcial na solução dos conflitos constitucionais.<sup>45</sup>

Desta forma, podemos concluir que a jurisdição constitucional, além de buscar o efetivo respeito de todas as funções do Poder Estatal aos valores previstos na CF/88, busca, também, firmar o Poder Judiciário como Poder de Estado, afastando, assim, a idéia de ser um mero órgão de solução de conflitos de interesses.

Como vimos, ao estudar o Princípio da Juridicidade, a lei cada vez mais perde espaço para a Constituição, sua fonte de legitimidade, surgindo a importância de sua efetivação, como nos ensina o ilustre constitucionalista Paulo Bonavides:

<sup>45</sup> BONAVIDES, Paulo. Jurisdição Constitucional e Legitimidade. *Revista de Estudos Avançados da USP*. São Paulo (51), maio/agosto 2004, p. 02.

*Com efeito, quanto mais a lei se “dessacraliza” e fica minguanete com a erosão de sua legitimidade, mais cresce e pontifica a Constituição, sede maior da nova legitimidade, e que desempenha o sumo papel de inspiradora, ordenadora e diretora de todo o ordenamento jurídico. A Constituição é cada vez mais, num consenso que se vai cristalizando, a morada da justiça, da liberdade, dos poderes legítimos, o paço dos direitos fundamentais, portanto, a casa dos princípios, a sede da soberania. A época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede a época da separação de poderes.<sup>46</sup> (grifo nosso)*

Desta forma, a jurisdição constitucional surge com o objetivo de manter sólidos os pilares do sistema jurídico pátrio, pois visa preservar e efetivar os valores da Constituição de 1988, que é a norma ápice do nosso ordenamento e fundamento de validade de todos os demais atos normativos.

Apoiado em Cappelletti, Carlos Mário da Silva Velloso divide o exercício da jurisdição constitucional em dois aspectos: o do controle de constitucionalidade e o da jurisdição da liberdade, nesta compreendidos o *habeas-corpus*, o mandado de segurança, o mandado de injunção, o *habeas-data*, a ação popular e a ação civil pública.<sup>47</sup>

Assim, consoante lições de Filipe Vieira, quando se fala em nova jurisdição constitucional, busca-se anunciar não apenas novos modelos e métodos para a disciplina normativa do controle de constitucionalidade, mas também prenunciar a consolidação de um Estado forte, consciente de seu papel político e social, digno da admiração e do apoio de sua nação.<sup>48</sup>

Logo, a efetivação da jurisdição constitucional é observada não somente no controle concentrado, feito pelo STF, mas também no difuso, realizado por qualquer juiz ou tribunal, bem como no julgamento dos remédios constitucionais e, inclusive, na solução de lides individuais, mesmo em sede de ações ordinárias, desde que se aplique o direito posto nos termos, limites e parâmetros delineados no Texto Constitucional.

---

46 BONAVIDES, op cit., p. 01.

47 VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Poder Judiciário como poder político no Brasil do século XXI. *Revista Jurídica*, Porto Alegre 283, maio 2001.

48 VIEIRA, Filipe. *A Jurisdição Constitucional, Fator de Confirmação do Judiciário como Poder de Estado*. Disponível em: <<http://www.vemconcursos.com.br>>. Acesso em: 12 out. 2008.

É nesse contexto que aparece a missão institucional dos membros da AGU de cooperação para a consagração da jurisdição constitucional. Nas causas individuais em que atuam, tanto nos remédios constitucionais, como em ações ordinárias ou coletivas, bem como na elaboração de pareceres e consultas, devem pautar sua conduta de acordo com os valores constitucionais estabelecidos.

Isso é possível mediante a utilização de uma hermenêutica constitucional adequada à solução do caso concreto, isto é, mediante interpretação de textos legais e regulamentares com base na norma constitucional e não vice-versa, sem a utilização de positivismos jurídicos extremados, que em nada contribuem para a concretização da jurisdição constitucional, enquanto valor a ser defendido não só pelo Judiciário, mas por todos que nele atuam e também pelo Administrador Público.

Assim, defendemos que a AGU tem a missão institucional de colaborar para o pleno e correto desenvolvimento da jurisdição, tendo em vista que é uma função essencial à Justiça, e defende os interesses públicos primários, não sendo mera advocacia do Governo, visando proteger interesses partidários.

Deste Modo, com base em tal missão, impõe-se aos membros da AGU pautas de conduta que devem ser seguidas quando atuarem em juízo ou na fase administrativa, dentre as quais a de criar teses jurídicas calcadas na correta hermenêutica constitucional, visando auxiliar a atividade interpretativa e aplicadora do direito do juiz, com vistas à elaboração da sentença (norma do caso concreto), e do administrador, com vistas à edição do ato administrativo, que melhor solucione a pretensão do cidadão-jurisdicionado e do cidadão-administrado, quer seja a decisão procedente ou improcedente.

Tal função revela-se muito importante, pois ainda existem administradores públicos, magistrados e tribunais apegados a interpretações clássicas ultrapassadas, que não contribuem para a concretização da Jurisdição Constitucional, como observa Paulo Bonavides:

*Enquanto os tribunais insistirem em interpretar a lei com métodos especificamente jurídicos, da metodologia clássica, surgidos do dedutivismo jusprivatista inspirado nos cânones de Savigny, eles jamais interpretarão*

*a Constituição.* Interpretá-la requer em face da complexa conjuntura social contemporânea a adoção de uma hermenêutica de princípios. Única, conforme temos reiteradas vezes assinalado, suscetível de alcançar a inteligência da Constituição referida a situações reais e fazer efetiva e concreta a aplicabilidade dos direitos fundamentais exteriores à esfera neoliberal e permeados da dimensão principiológica que lhes dá sentido e eficácia e normatividade.<sup>49</sup> (grifo nosso)

Na área consultiva, a aplicação da moderna hermenêutica constitucional pelos membros da AGU deve conduzir o Administrador Público a prolatar uma decisão administrativa legítima, democrática e em sintonia com os valores constitucionais.

Desta forma, urge que os membros da AGU auxiliem o magistrado e o Administrador Público na correta interpretação do direito posto, não com base na aplicação “cega” das regras legais e regulamentares, mas sim à luz dos princípios constitucionais e dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Eros Roberto Grau, em brilhante tese, nos ensina que o Direito possui um caráter alográfico, no sentido de que a correta interpretação do texto normativo depende da atuação de mais de uma pessoa, notadamente o legislador e o intérprete, assim como ocorre com as artes alográficas (música e teatro), nas quais a obra somente se completa com o concurso de dois personagens, autor e intérprete, diferentemente das artes autográficas (pintura e romance), nas quais o autor contribui sozinho para a realização da obra. Neste sentido, o atual Ministro do STF leciona:

O Direito é alográfico. E alográfico é porque o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A “completude” do texto somente é atingida quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete. [...] Não estou, no entanto, a afirmar que o intérprete, literalmente, crie a norma. Note-se bem: ele não é um criador *ex nihilo*; ele produz a norma sim, mas não no sentido de fabricá-la, porém no de reproduzi-la.<sup>50</sup>

49 BONAVIDES, op. cit., p.14.

50 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 30-32.

O intérprete a que se refere o Min. Eros Grau é o juiz, pois interpretação e aplicação do direito caminham juntas, interligadas, não sendo autônomas entre si, razão pela qual sustenta-se que a interpretação do direito tem caráter constitutivo, e não meramente declaratório, que culmina com a elaboração da sentença, que é a norma do caso concreto, a ponto de se afirmar que “interpretar o direito é formular juízos de legalidade.”<sup>51</sup>

Desta forma, o membro da AGU, ao atuar em juízo, deve colaborar para que o juízo de legalidade a ser realizado pelo magistrado, na elaboração da sentença, seja aquele que esteja mais adequado aos valores e princípios constitucionais e aos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Na área consultiva, deve colaborar para que o juízo de mérito a ser realizado pelo Administrador Público, na elaboração do ato administrativo, seja o que melhor efetive os direitos fundamentais e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Como ressaltamos anteriormente, a decisão judicial ou administrativa a ser proferida pode ser procedente ou improcedente. Ao se deparar com um processo no qual, por exemplo, a parte autora preencha todos os requisitos para a concessão do benefício previdenciário postulado, indevidamente negado administrativamente, o Procurador Federal deve buscar a realização de um acordo, ao invés da produção de peças contestatórias padrões que não se adequam ao caso posto em análise, nem tampouco contribuem para o pleno desenvolvimento da jurisdição constitucional, mas sim apenas para o descrédito e o desprestígio da Instituição.

A esse respeito, José Renato Naline, ao se manifestar sobre a atuação dos advogados públicos, sustenta que:

Quanto à aceitação da causa, o procurador tem o verdadeiro poder-dever de caráter indelegável, de representar judicialmente a pessoa jurídica de direito público. Não lhe é dado recusar, como poderia fazê-lo, ao menos em tese, fora advogado. *Mas diante de causa ilegal, injusta, ilícita ou imoral, se o ente público é réu, deverá alertar a autoridade*

---

51 GRAU, op cit., p. 56.

*sobre a inevitabilidade da decisão desfavorável, com proposta de acordo ou de reconhecimento do pedido do autor.*<sup>52</sup> (grifo nosso)

Assim, além de a atuação dos membros da AGU na construção de teses jurídicas que tenham suporte constitucional, com vistas a auxiliar a atividade interpretativa e aplicadora do Direito pelo juiz, quando da elaboração da sentença, ou pelo administrador público, quando da elaboração do ato administrativo, devem tomar atitudes processuais e administrativas que vão ao encontro dos valores supremos que norteiam o Estado Democrático de Direito, velando pela efetivação dos Princípios da Duração Razoável do Processo, da Efetividade e da Dignidade da Pessoa Humana, visando combater a morosidade do Judiciário e também da Administração Pública.

O Princípio da Duração Razoável do Processo, criado pela Emenda Constitucional nº 45/04, previsto no art. 5º, LXXVIII, é um direito fundamental, interligado ao Princípio da Efetividade, que exige que o processo seja efetivo, adequado e célere, não podendo os aspectos técnico-processuais serem obstáculos para a plena realização do direito material buscado em juízo ou na área administrativa, devendo se garantir ao jurisdicionado, com a solução da demanda, o mesmo bem da vida que tinha direito se não precisasse acionar o Judiciário.

Antonio Adonias Aguiar Bastos, em artigo sobre o tema, nos ensina que o Princípio da Duração Razoável do Processo possui, em seu bojo, diversos aspectos, nos seguintes termos:

Ele poderia ser desenvolvido sob o aspecto da responsabilidade do Estado sobre a demora do *processo judicial ou administrativo*. Poderia, de outro modo, versar acerca do *princípio da cooperação entre os sujeitos do processo para alcançar um deslinde justo e célere a um dado conflito*. Enfim, existe uma pleora de enfoques que se pode dar ao assunto.<sup>53</sup> (grifo nosso)

Verifica-se que o Princípio da Duração Razoável do Processo é aplicado tanto na fase judicial, como na administrativa, razão pela

<sup>52</sup> NALINE, op cit., p. 377.

<sup>53</sup> BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *O Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo e a Reforma do Poder Judiciário: uma desmistificação*. Disponível em: <[http://www.facs.br/revistajuridica/edicao\\_abril2006/docente/doc1.doc](http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_abril2006/docente/doc1.doc)>. Acesso em: 12 out. 2008.

qual tanto os membros da AGU que atuam no contencioso como no consultivo devem buscar a sua concretização.

Enfocaremos, no presente trabalho, esse aspecto de cooperação entre os sujeitos do processo para se buscar uma solução constitucional adequada, justa e célere. Assim, o membro da AGU, ao representar a União, suas autarquias e fundações em juízo, é um sujeito processual que deve pautar sua conduta de forma coerente aos objetivos do Estado.

Ressalte-se que tal conduta escorregia não se refere tão-somente aos deveres processuais de lealdade e boa-fé, nos termos do art. 14, II, do CPC, cuja obediência alcança a todos os sujeitos que atuam no Judiciário, quer seja advogado público ou privado, Ministério Público ou Defensoria. Tendo em vista a qualidade do ente que os membros da AGU representam, o qual, em razão do Princípio Democrático e da Soberania Popular, age em nome do povo e somente nos interesses deste, é dessarazado que se adotem medidas processuais e administrativas descabidas, sob o argumento de se estar realizando a ampla defesa da União, suas autarquias ou fundações.

Como vimos, quer atuando em juízo ou administrativamente, a União, por meio dos membros da AGU, verdadeiros longa manus do Estado, deve buscar o interesse público primário e não exclusivamente o secundário, o qual somente pode ser privilegiado se coincidir com aquele.

É totalmente descabido que o Estado, notadamente a União, crie um direito fundamental, qual seja o da Duração Razoável do Processo, por meio da EC 45/04, porém, atue judicial e administrativamente de forma a violá-lo constantemente, quando demora a editar o ato administrativo requerido pelo administrado e recorre de todas as decisões judiciais que lhe são desfavoráveis, mesmo quando a matéria já está pacificada pelos Tribunais Superiores ou quando, no caso concreto, se verifica que o direito assiste ao jurisdicionado.

Assim, mais que uma mera lealdade ou boa-fé processual, a União, quer em juízo, quer ou na fase administrativa, tem o dever de respeitar e buscar concretizar os direitos materiais que ela própria criou, sob pena de estar agindo de forma contrária aos interesses do povo, violando a representação por ele outorgada, que é a base e o fundamento do Estado Democrático.

Assim, os membros da AGU têm a missão institucional de não recorrerem de forma precipitada e dessarazoada, sob pena de converter uma suposta busca pela ampla defesa da União em violação a direitos fundamentais por ela própria declarados, em uma atitude totalmente incompatível com o Estado Democrático de Direito em que vivemos.

Com base nessa preocupação, a própria AGU, através do Advogado Geral da União, autorizado pelo art. 4º, XII, da LC 73/93<sup>54</sup>, edita Súmulas Administrativas, com base nas decisões iterativas dos Tribunais Superiores, de obediência obrigatória por parte dos Procuradores Federais, Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional e Procuradores do Banco Central do Brasil, nos termos do art. 28, II, da supracitada lei<sup>55</sup>.

Cumpra registrar que, atualmente, existem 40 (quarenta) Súmulas Administrativas publicadas pelo Advogado-Geral da União<sup>56</sup>, de cumprimento obrigatório, que adotam o entendimento dos Tribunais Superiores sobre diversas matérias, impedindo que o membro da AGU recorra em tais matérias, buscando, notadamente, a realização de acordos e a adequação da conduta processual de seus membros aos preceitos do Estado Democrático de Direito.

Ademais, além de tais súmulas, o Advogado-Geral da União também pode, nos termos dos arts. 40 e 41 da LC 73/93<sup>57</sup>, elaborar Pareceres Normativos ou aprovar os realizados pela Consultoria-Geral da União que, uma vez aprovados pelo Presidente da República e devidamente publicados no Diário Oficial, vinculam a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

---

54 Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União: XII - editar enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais;

55 Art. 28. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros efetivos da Advocacia-Geral da União é vedado: II - contrariar súmula, parecer normativo ou orientação técnica adotada pelo Advogado-Geral da União.

56 Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 01 out. 2008.

57 Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República. § 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento. Art. 41. Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, para os efeitos do artigo anterior, aqueles que, emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República.

Verifica-se, desta forma, a preocupação da AGU em adequar a atuação processual e administrativa dos seus membros ao entendimento já pacificado pelos Tribunais Superiores, buscando concretizar a jurisdição constitucional e o pleno respeito da União, suas autarquias e fundações aos princípios da Duração Razoável do Processo, da Efetividade e da Dignidade da Pessoa Humana, contribuindo, assim, para o combate à morosidade judicial, considerada por José de Albuquerque Rocha a praga existencial do Poder Judiciário.<sup>58</sup>

Porém, assim como o Legislativo não consegue legislar sobre todos os assuntos que interessam à sociedade, o Advogado Geral da União não tem como editar Súmulas Administrativas impeditivas de recurso sobre todos os casos com que se deparam, diariamente, os membros da AGU. Consequentemente, compete aos Procuradores Federais, Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional e Procuradores do Banco Central do Brasil ter o que Miguel Reale chama de “consciência constitucional” para saber agir em situações não abrangidas por referidas súmulas e pareceres normativos, mas que o cidadão-jurisdicionado ou o cidadão-administrado preenche todos os requisitos legais para o provimento da pretensão deduzida em juízo ou administrativamente.<sup>59</sup>

Esse é o grande desafio dos membros da AGU: saber se portar de acordo com os valores do Estado Democrático de Direito diante de situações concretas, que não estão albergadas por súmulas administrativas nem pareceres normativos, de caráter vinculante, possuindo, assim, certa autonomia processual, visando proporcionar a melhor defesa à União, suas autarquias e fundações e o mais qualificado assessoramento jurídico ao Poder Executivo Federal, o que, como ressaltamos, não pode ser argumento para a violação de direitos fundamentais por ela própria declarados.

Defendemos, assim, que o membro da AGU possui uma autonomia processual e administrativa relativa, pois deve obediência às súmulas administrativas e pareceres normativos elaborados pelo Advogado Geral da União e devidamente aprovados pelo Presidente da República e publicados no Diário Oficial, porém, na sua ausência,

58 ROCHA, José de Albuquerque Rocha. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

59 REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998. p.47

tem certa margem de liberdade processual e administrativa para agir a fim de melhor garantir o interesse público primário, que é o escopo do Estado, respeitando, logicamente, as regras legais e regulamentares aplicáveis ao caso concreto.

Falamos em autonomia relativa, uma vez que, diferentemente dos membros do Ministério Público, que possuem autonomia processual plena, pois, em sua atuação institucional somente devem obediência à Constituição e à sua consciência, não podendo o Procurador Geral da República baixar súmulas determinando como o Procurador da República deve atuar em juízo, os membros da AGU devem sim respeitar as diretrizes determinadas pelo Advogado Geral da União, quer por meio de súmulas administrativas, que por meio de pareceres normativos, aprovados pelo Presidente da República e devidamente publicados no Diário Oficial.

Porém, na ausência de súmula e parecer normativo regulando uma situação específica, os membros da AGU tem a missão institucional de adotar medidas processuais e administrativas que colaborem para o pleno desenvolvimento da jurisdição constitucional, concretizando, em juízo e administrativamente, os interesses que o Estado tem a função de não só declarar, mas, sobretudo, defender e efetivar.

#### 4 CONCLUSÃO

O papel da AGU, criada e plenamente inserida no Estado Democrático de Direito, deve ter como base de atuação os valores e princípios constitucionais, como critério de legitimação de seus atos, seja no desempenho de sua função preventiva (consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo Federal), seja na postulatória (representação judicial e extrajudicial da União, suas autarquias e fundações).

Desta forma, resta-se inconcebível, frente ao Princípio Democrático e da Soberania Popular, que os membros da AGU atuem em juízo com a mera intenção de incrementar o embate processual, recorrendo de forma temerária e atuando apenas de forma mecânica, contribuindo, tão somente, para o descrédito da Instituição frente ao jurisdicionado, que não terá o bem da vida que tem direito, e ao Judiciário, que terá que julgar recursos imotivados, contribuindo apenas para o aumento da morosidade da tutela jurisdicional e a não efetivação

dos Princípios da Duração Razoável do Processo, da Efetividade e da Dignidade da Pessoa Humana, direitos criados pelo próprio Estado.

Defendemos que a atuação dos membros da AGU (Advogados da União, Procuradores Federais, Procuradores da Fazenda Nacional e Procuradores do Banco Central do Brasil) seja pautada na aplicação da nova hermenêutica constitucional e no respeito aos direitos fundamentais, isto é, deve contribuir para que a decisão judicial (norma do caso concreto) e a decisão administrativa, que edita o ato administrativo, sejam as melhores possíveis, de acordo com os valores constitucionais e as regras legais aplicáveis à espécie, quer seja a decisão procedente ou improcedente em relação ao jurisdicionado ou ao administrado.

Além de contribuir para a correta prestação jurisdicional em primeira instância, os membros da AGU que atuam perante os Tribunais devem colaborar com os desembargadores a fim de que se forme a jurisprudência que melhor atenda aos ditames constitucionais e aos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Ademais, com a possibilidade conferida pelo nosso ordenamento jurídico, nos termos do art. 103-A da CF/88, acerca da possibilidade da edição de súmulas vinculantes pelo STF, o Advogado Geral da União, que atua na Corte Suprema, tem, dentre outras, a função de contribuir, por meio de sua atuação jurídica, para que o conteúdo de tais súmulas reflitam os interesses que a Carta Magna quis efetivamente defender, garantir e concretizar.

Cada instituição, dentro da estrutura do Estado Democrático de Direito, tem uma função definida pela Carta de Outubro, quer seja o Judiciário, o Executivo, o Legislativo e as funções essenciais à Justiça (Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia Pública e Privada). Aos Advogados do Estado coube a tarefa de desempenhar uma função essencial à Justiça. O termo “função” ora empregado tem o sentido de atividade. O adjetivo “essencial” tem um importante significado, representando que tal mister é fundamental, um pilar, para o pleno desenvolvimento e garantia da Justiça.

A essencialidade da advocacia pública na obtenção da Justiça não está simplesmente no fato de que, como o Judiciário é inerte, necessita ser provocado, tarefa incumbida aos advogados em geral, incluindo os do setor público. O termo “essencial” deve ser interpretado de forma ampla,

à luz das diretrizes do Estado Democrático, chegando-se à conclusão de que os membros da AGU, mediante sua qualificação técnica-jurídica e experiência profissional, ao realizar a defesa da União, suas autarquias e fundações em juízo, ou na fase consultiva, devem colaborar com a jurisdição, a fim que o conflito seja solucionado de acordo com a correta aplicação do direito posto, realizando uma interpretação construtiva, limitada pelos fundamentos do ordenamento jurídico pátrio.

No momento em que caminha a evolução do Estado Democrático de Direito Brasileiro não se admitem interpretações jurídicas de advogados públicos que, aproveitando-se de “brechas” na legislação, constroem ou sustentam teorias que conflitam com os supra-valores constitucionais, previstos no art. 1º da CF/88, sob o argumento de que estão exercendo a ampla defesa da pessoa jurídica de direito público que os remunera.

É preciso uma mudança de postura para aqueles que assim agem. É necessário observar que os advogados públicos não são nem advogados privados, que podem fazer tudo que a lei não proíbe a fim de satisfazer os interesses de seu cliente, nem tampouco membros do Ministério Público, que são os advogados da sociedade, que defendem os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Os membros da AGU têm uma tarefa institucional bem definida na CF/88, em seu art. 131, que é representar a União, suas autarquias e fundações, judicial e extrajudicialmente e prestar consultoria e assessoria jurídica ao Executivo Federal. Assim, sua função constitucional é garantir a defesa do ente público em juízo, bem como prestar-lhe consultas jurídicas, orientando a atuação dos governantes na tomada de decisões, quanto à constitucionalidade e legalidade de seus atos.

Porém, essa função não pode, jamais, em razão da parcialidade inerente a sua atuação, ser desempenhada de qualquer forma, mas sim em consonância com os postulados que regem o Estado Democrático de Direito em que vivemos. Um Procurador Federal não pode fazer um acordo judicial se as regras legais não amparam o jurisdicionado, pois vivemos num Estado de Direito, onde as leis devem ser cumpridas, mas, por outro lado, não se pode permitir que este mesmo Procurador recorra de uma sentença cujo tema está pacificado nos Tribunais Superiores, pois tal atitude afronta os postulados da Dignidade da Pessoa Humana, da Duração Razoável do Processo, da Efetividade e da necessidade de

celeridade da jurisdição, que são pilares do Estado Democrático, os quais a União tem a obrigação de não somente declarar, mas, sobretudo, assegurar, por meio de suas próprias atitudes ao ingressar em juízo.

É com base nisso que o Advogado Geral da União edita súmulas administrativas impeditivas de recurso e pareceres normativos, de caráter vinculante para os órgãos da Administração Pública Federal e aos membros da AGU, sobre matérias que já estão pacificadas pelos Tribunais Superiores, visando, desta forma, adequar o exercício da função dos seus membros aos valores constitucionais pátrios.

Entretanto, assim como o legislativo não tem o condão de legislar sobre todos os assuntos possíveis, o Advogado Geral da União não tem como editar súmulas e pareceres a respeito de todas as matérias sobre as quais os Procuradores Federais, Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional e Procuradores do Banco Central do Brasil enfrentam diariamente, cabendo a estes, muitas vezes, o discernimento, ou na lição de Miguel Reale, a “consciência constitucional”, de buscar a melhor forma de desempenho da sua atribuição, isto é, aquela que mais atenda aos interesses constitucionais e, conseqüentemente, da União, pois não se cogita a existência de um interesse estatal que esteja desvinculado ou em contraposição aos fundamentos do Estado Democrático de Direito delineados na Carta Magna, pois que está desprovido de legitimidade democrática.

Assim, os membros da AGU possuem uma autonomia relativa nas situações em que o entendimento não está pacificado por súmulas administrativas ou pareceres normativos emitidos pelo Advogado Geral da União, não estando vinculados à necessidade de sempre recorrer ou contestar, como forma de se garantir a defesa do ente público ou se constantemente defender um ato administrativo que sabe estar eivado de ilegalidade.

Essa independência relativa gera, logicamente, responsabilização por atos desproporcionais, dessarazoados e ilegítimos exercidos no desempenho da função, quer na representação judicial ou extrajudicial, quer na consultoria jurídica, como se manifestou o STF no julgamento dos Mandados de Segurança nos 24.631 e 24.584<sup>60</sup>.

---

60 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 05 out. 2008.

Como defendemos neste trabalho, os membros da AGU são Advogados de Estado e não de Governo, devendo atuar em juízo e administrativamente com base em valores supra-partidários e isentos de motivação política, agindo com vistas a defender o interesse público primário e não exclusivamente o secundário.

Nesse sentido, transcrevemos as sábias lições de Norma Kyriakos a respeito do perfil e da missão do advogado público em face do atual Estado Democrático de Direito:

Há de ser homem ou mulher de seu tempo. Seu papel é resgatar o sentido mais profundo das instituições jurídicas e por esta via resgatar o exercício da cidadania. Seu material de trabalho é o Direito Público, mesmo quando por dever do Estado garante o acesso à Justiça das pessoas carentes e lhes defende os direitos individuais de natureza civil, penal e administrativa. Ator ou atriz privilegiado num Estado hipertrofiado pelo excesso de regulamentação e ineficácia das leis, sua bíblia é a Constituição e sua meta a Justiça. Sabe que a dialética entre a prática da Justiça e a Lei é permanente. É parcial, defende a parte como os demais advogados. Cabe-lhe defender o interesse do Estado. Sua preocupação, portanto, é a res publica e o bom funcionamento do Estado. Tem por tarefa resgatar o conceito de interesse público e espargir a apropriação por interesses privados dessa pessoa jurídica de direito público, sua cliente.<sup>61</sup> (grifo nosso)

Assim, o grande desafio dos membros da AGU é ter a consciência e o discernimento de qual a melhor forma de desempenhar a sua função, quando não houver súmulas administrativas nem pareceres normativos, de caráter vinculante, sobre o caso concreto, buscando a melhor forma de agir dentro do processo ou do procedimento administrativo, a fim de colaborar com o magistrado e o administrador público para a correta aplicação da atividade criadora do direito, que é a base da nova hermenêutica constitucional, bem como defender os direitos fundamentais do cidadão-jurisdicionado e do cidadão-administrado.

---

61 KYRIAKOS, Norma. Procuradores do Estado: função essencial à justiça. In: NALINI, José Renato (Coord). *Formação Jurídica*. São Paulo: RT, 1994. p.156.

## 5 REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2007.

ANDRÉA FERREIRA, Sérgio de. *Comentários à Constituição*, 3º vol. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1991.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo II. São Paulo: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. BARCELOS, Ana Paula. *O Começo da História: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro*. Disponível em: <[http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti\\_histdirbras.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf)>.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *O Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo e a Reforma do Poder Judiciário: uma desmistificação*. Disponível em: <[http://www.facs.br/revistajuridica/edicao\\_abril2006/docente/doc1.doc](http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_abril2006/docente/doc1.doc)>. Acesso em: 12 out. 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. Tomo IV, São Paulo: Saraiva, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional e Legitimidade*. *Revista de Estudos Avançados da USP*, São Paulo (51), maio/agosto 2004.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 2005.

- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *CRP Comentada*. Vol I. arts 1º ao 107. Coimbra: RT, 2008.
- FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 5. ed. São Paulo: Forense, 1979.
- FARIA, Darcio Augusto Chaves. *A ética profissional dos procuradores públicos*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 321.
- FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (Coords.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- KIRSCH, César do Vale; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (orientador). *Advocacia Geral da União e Poder Executivo Federal: Parceria Indispensável para o Sucesso das Políticas Públicas*. Brasília, 2003. Dissertação de Pós Graduação – Instituto Brasiliense de Direito Público.
- KYRIAKOS, Norma. *Procuradores do Estado: função essencial à justiça*. In: NALINI, José Renato (Coord.). *Formação Jurídica*. São Paulo: RT, 1994.
- MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr. 2008.
- MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p.82.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros.

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

MONTESQUIEU. *De L'Esprit des Lois*. Bibliothèque de la Pléiade: Dijon, 1951.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Constituição e Revisão: temas de direito público e constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

\_\_\_\_\_. *As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, nº 116, 1992

NALINI, José Renato. *A ética do Advogado*. 6. ed. São Paulo: RT, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezendo; DIAS, Francisco Mauro (orientador). *O Princípio da Juridicidade: Uma Releitura da Legalidade e da Legitimidade Administrativa*. Rio de Janeiro, 2007. . Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

PIOVESAN, Flávia. *A Constituição Brasileira e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994

ROCHA, José de Albuquerque Rocha. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Du Contrat Social*. Les Éditions du Cheval Ailé: Genève, 1947.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOARES, Mario Lúcio Quintão. *Teoria do Estado*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *A crise da democracia no Brasil: aspectos políticos*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. apud MACEDO, Rommel. op cit. p. 129.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. 7ª tiragem. São Paulo: Malheiros.

\_\_\_\_\_. A Administração Pública na era do Direito Global. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, ano 1, vol.1, nº. 2, maio, 2001. Disponível em: <<http://direitopublico.com.br>>. Acesso em: 05 out. 2008.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras*. Brasília: Revista dos Tribunais, 1992.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *O Poder Judiciário como poder político no Brasil do século XXI*. Porto Alegre, Revista Jurídica, n. 283, mai. 2001.

VIEIRA, Filipe. *A Jurisdição Constitucional, Fator de Confirmação do Judiciário como Poder de Estado*. Disponível em: <<http://www.vemconcursos.com.br>>. Acesso em: 12 out. 2008.

**PALESTRA**  
**OS RECURSOS ESPECIAIS**  
**REPETITIVOS NO STJ: UM BREVE**  
**BALANÇO DO PRIMEIRO ANO DE**  
**APLICAÇÃO DO ART. 543-C DO CPC<sup>1</sup>**

*Fátima Nancy Andrigli*  
*Ministra do Superior Tribunal de Justiça*

---

<sup>1</sup> Texto adaptado a partir da Palestra “Repercussão geral e recursos no STF e STJ”, proferida no Seminário “Temas polêmicos na defesa da Advocacia Pública Federal em matéria de Pessoal e Processual”, na Escola da Advocacia-Geral da União, em Brasília, 18 de novembro de 2009.



No momento em que a comunidade jurídica aguarda a apresentação dos trabalhos relativos à criação de um novo Código de Processo Civil, é pertinente traçar um primeiro balanço da inovação prevista pela Lei nº 11.672/08, que alterou o Código de Processo Civil para nele inserir o art. 543-C, disciplinando um novo mecanismo processual – qual seja, o do julgamento dos *recursos especiais representativos de controvérsia* – cujo objetivo declarado é implementar a ordem constitucional do prazo razoável de duração do processo.

Para tanto, pretendo abordar o problema de um ponto de vista específico. Ao invés de discorrer sobre aspectos acadêmicos, entendo mais adequado tratar das construções jurisprudenciais que o próprio STJ – destinatário final da inovação legislativa – vem criando em torno do art. 543-C, de forma a delimitar seu alcance, conteúdo e limitações.

## 1 O RECURSO ESPECIAL REPETITIVO E O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Constituição outorga ao Superior Tribunal de Justiça, com primazia, as seguintes funções institucionais: *defensor da lei federal e unificador da interpretação do direito federal comum*.

Porém, como integrante do STJ há dez anos, não posso me furtar a frisar que o descasamento entre a capacidade de prestar serviços e a necessidade da população levou-nos a conviver com uma situação de caos e, apesar dos mais severos esforços, o cumprimento das funções institucionais do STJ sempre deixou muito a desejar.

A situação criada pelo excesso de ações em torno do mesmo tema era, e ainda é, perniciosa, pois consegue inverter a ordem natural do trabalho dos juízes. A repetição de julgamentos idênticos amplia a produtividade individual de cada juiz, transmitindo a falsa idéia de que são decididas variadas questões de direito. No entanto, os recursos com elevado grau de complexidade acabam sendo relegados a segundo plano, e, em detrimento da produção intelectual dos julgadores, o trabalho jurisdicional passa a ser direcionado para atender a demanda de poucos e determinados escritórios de advocacia ou de partes que sobrecarregam o sistema judicial com uma avalanche de recursos. Como resultado desta distorção, vê-se, inevitavelmente, um tratamento desigual aos jurisdicionados.

É, de fato, inexplicável o gasto de tempo, papel e trabalho, para manter funcionários que, como máquinas de uma fábrica, realizam atos práticos repetitivos.

Nesse sentido, a nova sistemática dos *recursos repetitivos*, introduzida no seio recursal do Superior Tribunal de Justiça, equivale em importância à *repercussão geral*, cuja dinâmica surgiu com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004. Com efeito, quando da audiência pública realizada em 24.06.1997 na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania para discussão de mecanismos de desafogamento do Judiciário, o Exmo. Min. Celso de Mello (então Presidente do STF), apesar de declarar, àquela altura, divergências quanto às propostas discutidas, salientava que compartilhava “*da angústia de todos aqueles que, com o espírito voltado ao interesse público, preconizam a adoção da solução processual da súmula, revestida de eficácia vinculante, posto que é preciso resolver os graves, gravíssimos problemas que derivam das chamadas demandas múltiplas ou causas repetitivas*”<sup>2</sup>.

Assim, em 08 de maio de 2008, por intermédio da Lei n. 11.672, foi acrescentado o art. 543-C ao Código de Processo Civil, delineando o novo procedimento para o julgamento dos recursos ditos repetitivos, tudo com o escopo de cumprir a determinação constitucional da razoável duração do processo.

Diz o art. 543-C:

Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

§1º. Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

§2º. Não adotada a providência descrita no §1º, deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais

2 *Efeito vinculante*. Publicação do Senado Federal, Brasília, 1999. p. 289.

de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

A inovação legislativa criou um novo procedimento que permite ao Poder Judiciário, por iniciativa do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, dar, em um único julgamento, solução para questões de direito reiteradas em múltiplos litígios.

Selecionam-se um ou mais processos representativos da controvérsia, admitindo-se a intervenção, como *amicus curiae*, de entidades civis ou da administração pública, para que se amplie o contraditório. A decisão que daí resulta é o precedente que orientará, respeitadas as peculiaridades de cada hipótese, o julgamento de milhares de litígios idênticos que ficaram suspensos desde a instauração do incidente.

O direito brasileiro caminha no sentido correto ao permitir que a decisão proferida em um ou poucos processos tenha uma influência ampla, *ultra partes*, atingindo um número indeterminado de litígios em que se discuta idêntica questão jurídica.

Se hoje são priorizadas as grandes controvérsias de nosso tempo, com o objetivo de equacionar milhares de processos pendentes e desafogar o Poder Judiciário, amanhã tal instrumento se mostrará útil para solucionar problemas mais pontuais, que atingiram os habitantes de uma cidade, de uma comunidade ou de uma região do país e que, não tendo veiculado sua pretensão em ação coletiva, optaram por litígios pulverizados. Havendo idêntica controvérsia jurídica, a solução será única a partir do momento em que se instaure o incidente.

Acerca da utilidade, benefícios, boas qualidades e eficiência do incidente, faço eco às notícias recentemente divulgadas na mídia e que apontam para a evidente diminuição dos estoques de recursos que repousam no Superior Tribunal de Justiça.

Entendo ser mais produtivo focar minhas observações em alguns aspectos técnicos processuais deste novo instituto que estão sendo vivenciados, diariamente, no seio do próprio STJ. São problemas práticos, não equacionados diretamente pela Lei n. 11.672/08 e que aparecem de forma imprevisível, pois esses primeiros tempos de aplicação do

instituto são, na verdade, tempos de aprendizado para todos, inclusive nós, Ministros da Casa.

## 2 O RECURSO ESPECIAL REPETITIVO NA PRÁXIS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O primeiro grande problema enfrentado pela 2ª Seção do STJ – que cuida especificamente da uniformização do Direito Privado – se deu, justamente, no julgamento do primeiro processo repetitivo. O tema escolhido, como não poderia deixar de ser, era o relativo às teses veiculadas em processos revisionais e correlatos de contratos bancários, como empréstimos, *leasing*, aberturas de crédito em conta corrente etc., pois estes processos representavam a maior demanda da Seção, em termos estatísticos.

No julgamento do Resp. 1.061.530/RS, portanto, vivenciamos as primeiras dificuldades procedimentais no julgamento de um recurso que apresentava controvérsias jurídicas reiteradamente julgadas.

O primeiro passo adotado, já durante a própria sessão de julgamento, foi estabelecer que cada decisão haveria de ser dividida em duas partes, a primeira voltada à solução do recurso especial interposto e a segunda destinada a orientar o julgamento dos inúmeros outros processos pendentes de julgamento em todas as unidades da federação.

Tal decisão foi tomada porque, na verdade, os ‘processos bancários’ (como são chamadas no STJ tais ações) não veiculam uma única tese jurídica, e sim geralmente discutem uma longa série de cláusulas dos contratos. Por exemplo, é comuníssimo que, em uma mesma ação revisional, haja pedido de revisão dos juros remuneratórios, da capitalização de juros, da comissão de permanência, da inscrição do nome do devedor em cadastros de inadimplentes, da caracterização da mora do devedor e muitos outros temas, cada um com argumentação própria.

Naquela ocasião, foi afetado para julgamento um único recurso especial que continha todas as teses e não um recurso especial para cada tese separadamente. Ocorre que a maioria dos Ministros da 2ª Seção, ao estudarem o processo, concluíram que alguns dos temas veiculados naquele específico recurso especial não ultrapassavam o juízo de admissibilidade que é típico desse recurso, de forma que, se houvesse

uma análise individual, alguns dos temas ali versados não deveriam ser conhecidos.

Não estava claro, portanto, se as duas partes da decisão – quais sejam, a relativa ao julgamento individual e a relativa ao julgamento das teses – haveriam de estar, de alguma forma, interligadas ou se, após a solução da controvérsia, o STJ estaria livre para dizer o direito aplicável em tese mesmo quando, naquele tópico específico, o recurso especial escolhido para ser a base do julgamento não estivesse apto a ser conhecido.

Os julgadores da 2ª Seção decidiram, então, que não é possível fixar a orientação prevista no § 7º do art. 543-C do CPC quando o recurso especial não puder ser conhecido, por mais que esteja clara a natureza repetitiva da questão. Na dicção do Min. Luis Felipe Salomão, só haverá efeitos externos do acórdão quando a controvérsia, apresentada naquele específico recurso representativo, puder ser solucionada em seu mérito.

Assim, a questão idêntica que caracteriza a multiplicidade de recurso, além de ser selecionada na decisão que instaura o incidente, deve ter sido expressamente debatida no acórdão impugnado, bem como nas razões do recurso especial, preenchendo todos os requisitos de admissibilidade. Só assim a referida questão poderá ser objeto de julgamento e produzir os efeitos do § 7º do art. 543-C do CPC.

Na prática, após tal decisão, tornou-se praxe entre os Ministros da Casa a afetação de um único tema dentro de um recurso especial, ainda que existam outras controvérsias de massa no âmbito do mesmo recurso, após um exame bastante rígido de admissibilidade desse ponto escolhido. Trata-se de boa solução prática, pois evita que todo o mecanismo do processo repetitivo seja acionado para que, ao final, ocorra a frustração do julgamento. Afetam-se, então, tantos recursos quantos forem necessários de acordo com o número de teses envolvidas.

Também tem se adotado como costume a afetação de dois ou três recursos especiais sobre cada um dos temas, sendo todos eles colocados em pauta de julgamento na mesma sessão, de forma a garantir que, pelo menos em face de um deles, a maioria dos Ministros concorde que estão preenchidos os requisitos de admissibilidade.

A segunda dificuldade enfrentada é uma decorrência direta desta primeira.

É comum que o pedido de instauração do incidente dos recursos repetitivos se instaure por iniciativa dos Presidentes dos Tribunais Estaduais ou dos Regionais Federais, com fundamento no parágrafo 1º, art. 543-C, do CPC, escolhendo eles os recursos que melhor representem a controvérsia.

Ocorre que, conforme já afirmado, apesar de serem realmente representativos da controvérsia, tais recursos continuam se sujeitando aos requisitos de admissibilidade comuns a todo o recurso especial. O sistema do duplo juízo de admissibilidade segue hígido, de forma que a admissão do especial pelo segundo grau de jurisdição não vincula o STJ, que pode entender em sentido diferente e negar seguimento ao recurso.

Em consequência, rapidamente o STJ se deparou com uma série de recursos especiais que chegavam ao Tribunal com a natureza de representativos de controvérsia de acordo com a análise do juízo prévio de admissibilidade e que, realmente, possuíam essa característica, mas que, em um segundo olhar, continham algum óbice ao seu seguimento. Note-se que a situação era de certa forma inevitável, não havendo qualquer crítica a ser imputada ao comportamento dos Tribunais de 2º grau, pois o próprio STJ precisou decidir, em um julgamento concreto, se seria ou não possível o 'julgamento em tese' puro e simples, independentemente da possibilidade de conhecimento do recurso especial particularmente afetado. A dúvida estava perfeitamente justificada e muitas afetações procedidas pelos Tribunais de segundo grau não vingaram, sem dúvida, porque a Lei se esquivou de disciplinar esse ponto com antecedência.

Diante dessa particularidade, decidiu-se então que, na hipótese de não poder ser admitido o recurso especial representativo, o Ministro Relator indeferirá a instauração do incidente e negará seguimento ao recurso especial escolhido pelo Tribunal de origem, agindo com fundamento no art. 557, do Código de Processo Civil (QO no Resp 1.087.108/MS, 2ª Seção, minha relatoria, j. 16.02.2009). Deve-se ter o cuidado, apenas, de proceder à comunicação de tal ocorrência ao Tribunal de origem para que este levante a suspensão de processamento dos demais recursos ou, se quiser, afete um novo processo com a mesma controvérsia.

Atualmente, é salutar que os Tribunais de origem exerçam também um rigoroso controle de admissibilidade na escolha dos processos representativos da controvérsia, para que não haja uma interrupção desnecessária no curso de diversos outros recursos e também para que não sejam praticados desnecessariamente diversos atos processuais preparatórios para a formação do incidente, como a remessa de ofícios aos diversos Tribunais do país e a notificação de vários *amicus curiae*, que acabam por se manifestar em processo que não terá a sobrevida esperada.

A terceira dificuldade adveio, para minha enorme surpresa, de empecilhos criados pelas próprias partes. Tornou-se comum o pedido de desistência do recurso especial tão logo ele fosse escolhido como representativo da controvérsia. A cada nova escolha, seguia-se uma nova desistência, de forma que, a depender da vontade das partes, o Poder Judiciário poderia ser obrigado a julgar, um a um, milhares de recursos idênticos. A estratégia favorece a quem sabe que não tem sua pretensão amparada pelo direito material e pelos precedentes, mas ainda assim prossegue em centenas de litígios, jogando suas esperanças de sair vencedor em uma ou duas ações se ocorrer um eventual erro procedimental da parte adversa – que pode deixar de preencher de formalidades processuais, como custas, preparo, cópias de documentos obrigatórios, procuração etc.

Em termos legais, desde a edição do Código de Processo Civil, o seu art. 501 vige com a mesma redação, autorizando que o recorrente desista, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, do recurso interposto. A disposição legal revela com clareza e precisão o direito subjetivo do recorrente desistir do recurso interposto sempre que lhe parecer conveniente, mas, por ser muito anterior, precisa ser adaptada à nova sistemática dos processos repetitivos.

Ocorre que o incidente previsto no art. 543-C do CPC insere-se em um contexto constitucional duplamente privilegiado, pois visa a garantir a plena realização do direito à razoável duração do processo e, além disso, viabiliza o direito fundamental à isonomia. Como se não bastasse tal fato, a sistemática da coletivização retira o recurso tomado como representativo do plano exclusivamente individual, para que sua solução repercuta tanto no plano individual, resolvendo a controvérsia *inter partes*, quanto na esfera coletiva, norteadando o julgamento dos múltiplos recursos que discutam idêntica questão de direito.

Tendo em vista essas razões, a Corte Especial do STJ, ao julgar questão de ordem levantada nos REsp nºs. 1.058.114/RS e 1.063.343/RS (minha relatoria, j. 17/12/2008, maioria), indeferiu o pedido de desistência recursal, considerando que tal prática impede o julgamento da idêntica questão de direito, não se podendo entregar ao recorrente o poder de determinar ou manipular, arbitrariamente, a atividade jurisdicional. Tal prática pode ser entendida como verdadeiro atentado à dignidade da Justiça.

Na oportunidade, consignei que:

Evidenciada a natureza jurídica dos interesses [entre o direito individual à desistência e o direito coletivo à razoável duração do processo], é mediante a ponderação das normas aplicáveis que se verifica que o conflito entre eles é meramente aparente.

Para a instauração do incidente do processo repetitivo, inédito perante o Código de Processo Civil, praticam-se inúmeros atos processuais, de repercussão nacional, com graves conseqüências. Basta, para tanto, analisar o ato processual de suspensão de todos os recursos que versem sobre idêntica questão de direito, em andamento nos diversos Tribunais do país.

Tomando-se este exemplo da suspensão dos processos, sobrevivendo pedido de desistência do recurso representativo do incidente e deferido este, mediante a aplicação isolada do art. 501 do CPC, será atendido o interesse individual do recorrente que teve seu processo selecionado.

Todavia, o direito individual à razoável duração do processo de todos os demais litigantes em processos com idêntica questão de direito será lesado, porque a suspensão terá gerado mais um prazo morto, adiando a decisão de mérito da lide.

Não se pode olvidar outra grave conseqüência do deferimento de pedido de desistência puro e simples com base no art. 501 do CPC, que é a inevitável necessidade de selecionar novo processo que apresente a idêntica questão de direito, de ouvir os amici curiae, as partes interessadas e o Ministério Público, oficiar a todos os Tribunais do país, e determinar nova suspensão, sendo certo que a repetição deste

complexo procedimento pode vir a ser infinitamente frustrado em face de sucessivos e incontáveis pedidos de desistência.

A hipótese não é desarrazoada, por ser da natureza das lides repetitivas que exista uma parte determinada integrando um de seus pólos.

Entender que a desistência recursal impede o julgamento da idêntica questão de direito é entregar ao recorrente o poder de determinar ou manipular, arbitrariamente, a atividade jurisdicional que cumpre o dever constitucional do Superior Tribunal de Justiça, podendo ser caracterizado como verdadeiro atentado à dignidade da Justiça.

A conclusão então estabelecida, por maioria, e nos termos de manifestação do i. Min. Nilson Naves, foi no sentido de indeferir o pedido de desistência em prol da importância do julgamento dos incidentes de recurso repetitivo para este Tribunal e, sobretudo, para os próprios jurisdicionados.

A decisão tem, naturalmente, fundamento na defesa da efetividade do sistema dos recursos representativos, mas é possível notar que existe uma certa discrepância entre este entendimento e o adotado no primeiro julgamento citado, pois, naquela ocasião, decidiu-se que a necessidade de se analisar a tese jurídica não suplantava a necessidade de conhecimento do recurso especial particularmente afetado, enquanto que, nessa hipótese, o caráter coletivo prevaleceu para impedir a desistência individual, determinando-se o prosseguimento do julgamento.

A sistemática de julgamento voltou a ser questionada na Reclamação nº 3.652/DF. Na hipótese, a reclamante alegou que as partes vinham litigando perante o TJDFT quanto à cobrança de honorários no cumprimento de sentença e que, em 15.01.2009, havia interposto recurso especial. Ocorre que o TJDFT sobrestou o andamento do recurso da reclamante, pois, anteriormente, já havia selecionado três outros recursos especiais, versando sobre o mesmo tema, e os encaminhou ao STJ, conforme estabelecido no art. 543-C do CPC e no art. 1º da Resolução 8 do STJ.

A reclamante demonstrou irresignação com o fato de que o próprio STJ estaria decidindo questão idêntica àquela que foi objeto de seu recurso especial mesmo após a afetação dos três recursos – fato que

se demonstrava verdadeiro. A irresignação, portanto, era sustentada em um alegado tratamento desigual dado aos jurisdicionados.

Aqui, é necessário tecer um parêntesis. A circunstância relatada na citada reclamação não se tratava de exceção, pois foi comum no âmbito interno do STJ desde o surgimento da sistemática de processos repetitivos que os próprios Ministros não acatassem a decisão que determinara a suspensão do julgamento das matérias afetadas. Isso se deu porque o primeiro processo destinado à análise foi, como visto, aquele cujos temas representavam cerca de quarenta por cento de todo o movimento da 2ª Seção, de forma que alguns Gabinetes contavam com literalmente milhares de processos bancários em estoque e, no entender da maioria dos Ministros – entendimento ao qual sempre fiz ressalvas – a manutenção em estoque de tais processos seria um ônus que o STJ não teria como arcar.

Como Relatora da Reclamação citada, reconheci, em princípio, que *“há jurisdicionados em situações amplamente distintas. No entanto, apesar de ser esta uma situação indesejável, deve-se reconhecer que, no sistema jurídico pátrio, as coisas não poderiam se passar de forma diversa”*, pois, apesar de o Presidente do Tribunal de origem ter competência para determinar a suspensão automática dos processos de mesma controvérsia, essa decisão não só está sob o crivo de revisão do STJ como

a decisão proferida por autoridade local não pode ter eficácia nacional de forma a determinar a suspensão de processos semelhantes em todo o país. A adoção de entendimento contrário violaria o pacto federativo. Ademais, o parágrafo 9º do art. 543-C do CPC deixa claro que “o Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo.

No caso analisado em reclamação, verificado que a decisão de suspensão proferida pelo TJDFT não fora estendida a todo o país por ordem do Ministro Relator, restaria justificado o “contínuo julgamento pelo STJ de teses idênticas que advêm de outras unidades da federação ou de recursos especiais que aqui já se encontram em data anterior à ordem de suspensão”, o que levou à conclusão de que a reclamação não era cabível na hipótese.

A importância de tal julgamento é evidente, pois acrescenta ao juízo duplo de admissibilidade nos recursos representativos de controvérsia a necessidade de exame do cabimento ou não da extensão dos efeitos da suspensão anteriormente determinada a todo o país, o que deve ocorrer se a tese tiver impacto em mais de um estado da federação. Com efeito, tratando-se de reiteração de processos que versem sobre um acontecimento fático bem delineado – citando-se, a título de exemplo, o julgamento de indenizações por danos materiais e morais sofridos por comunidade de pescadores em face de acidente ambiental – seria de todo inútil a extensão dos efeitos da suspensão a entes da federação nos quais o problema sequer ocorreu.

A mais recente decisão a respeito do processamento dos repetitivos ocorreu na sessão da Corte Especial de 4 de novembro de 2009. Antes de comentar a resolução, é necessário salientar que havia se tornado praxe no STJ que os Ministros não afetassem processos sobre temas já afetados por outro Ministro, para evitar uma desnecessária repetição de trabalho, em vista, inclusive, da necessidade de oitiva dos *amicus curiae* e do Ministério Público, assim como das tarefas administrativas (como expedição de ofícios) que tal determinação acarreta.

Ocorre que, na citada sessão, foi aprovada por maioria questão de ordem no sentido de permitir que mais de um Relator trabalhe sobre a mesma questão repetitiva em processos diversos ao mesmo tempo. A justificativa adotada pela maioria se inclinou no sentido de reconhecer que muitas questões importantes estão paradas porque os Relatores não têm conseguido colocar tais processos em pauta com a rapidez necessária.

Com a devida vênia, parece-me injustificável tal posicionamento. Em primeiro lugar, já existe uma ordem de preferência legal para julgamento de processos, constando do art. 543-C, § 6º, que os recursos representativos de controvérsia só não terão preferência sobre os pedidos de habeas corpus e os processos que envolvam réu preso. Embora se trata de regra relativa à organização das sessões, é evidente que a *ratio* dessa norma aponta para a imprescindibilidade de que tais processos sejam tratados como prioridades – o que é, respeitosamente, óbvio em face de todo o sistema que foi construído no art. 543-C do CPC.

Ademais, a experiência mostra que a esmagadora maioria dos recursos foram afetados por iniciativa direta dos próprios Relatores no

âmbito do STJ, sendo poucos os recursos distribuídos com tal natureza a partir de uma afetação nos Tribunais de 2º grau e menos ainda aqueles que, recebidos nessas circunstâncias, efetivamente superaram as restrições de julgamento já comentadas. Em suma, a possibilidade de múltiplas relatorias se apresenta como uma duvidosa solução para um problema que é puramente artificial, na medida em que, a grosso modo, a quantidade de processos repetitivos que hoje se encontra atribuída a cada um dos Ministros é decorrência de uma assunção pessoal.

Por fim, há dois pontos que não representam, ainda, decisões tomadas em precedentes, mas que são fundamentais para a compreensão da forma como o STJ vem se utilizando do mecanismo relativo aos recursos representativos de controvérsia.

A primeira delas, a meu ver absolutamente fundamental, se refere a uma verdadeira cizânia existente entre os Ministros acerca das expectativas que cercam o julgamento de um recurso repetitivo.

Efetivamente, há uma divergência bastante ampla acerca das possibilidades envolvidas em um julgamento dessa natureza, pois parte dos Ministros considera que a discussão deve, simplesmente, ratificar as conclusões já obtidas em precedentes anteriores, enquanto outros vêem o mecanismo como uma possibilidade de ir além na jurisprudência consolidada ou então corrigir eventuais equívocos na formulação pregressa desta.

Para o primeiro grupo, a edição de um entendimento no âmbito de um recurso representativo de controvérsia teria total similitude com o procedimento de edição de uma nova Súmula; apenas os efeitos seriam diversos, de acordo com o que dispõe o art. 543-C do CPC.

Filio-me abertamente ao segundo grupo. Entendo que o país perde uma chance extraordinária de ver uma de suas Cortes Superiores analisando temas em profundidade nunca antes vista, pois é isso o que o procedimento agora criado permite. Afinal, há toda uma mobilização que supera em muito a discussão *inter partes*; há a influência dos *amicus curiae*, do MP, dos próprios Tribunais de segundo grau e, necessariamente, a participação das Seções ou da Corte Especial. A experiência tem mostrado que o julgamento mobiliza de forma mais impactante até mesmo os próprios Ministros do STJ. No julgamento do processo repetitivo, é possível estudar em que ponto eventualmente os

precedentes anteriores falham e o que possuem de melhor para que ser aproveitado; é possível avançar em conclusões tomadas, muitas vezes, antes do amadurecimento completo da discussão jurídica travada.

Nesse sentido, com a devida vênia, gostaria de fazer de cada recurso repetitivo um momento de nova reflexão, pois me parece estranho que seja necessário chamar para o processo os *amicus curiae* simplesmente para que estes referendam, formalmente, um procedimento previsto em lei, já sabedores de que o STJ vai simplesmente ‘carimbar’ uma decisão que, às vezes, fora tomada com base em uma discussão que não teve sequer oportunidade de chegar ao mesmo nível de aprofundamento.

Ademais, não é de se olvidar a possibilidade de que um recurso representativo de controvérsia seja, justamente, o primeiro processo a instaurar determinada discussão no âmbito do STJ. Pense-se em uma situação regional, derivada de um fato único e temporalmente bem delimitado, que afetou alguns milhares de cidadãos. Estes oferecerão ações praticamente ao mesmo tempo, receberão julgamentos próximos, recorrerão em datas parecidas e o Tribunal de Justiça, de repente, receberá centenas de apelações muito semelhantes. Possivelmente, o primeiro acórdão será alvo de recurso especial e o Tribunal o afetará. Tal situação não é fictícia e já ocorreu em processo de minha relatoria, relativamente a uma discussão possessória em área de loteamento irregular nos arredores de Brasília.

Por esse exemplo, nota-se que não decorre da natureza do procedimento, como querem alguns, a exigência de que o julgamento da tese repetitiva apenas reitere as decisões anteriores; pode ser que estas nem existam.

Mas essa diferença de entendimentos dificilmente será resolvida por uma decisão expressa, embora influencie drasticamente o julgamento de cada um dos recursos repetitivos.

O último ponto a considerar se refere a um processo também de minha relatoria que está em julgamento. Trata-se do Resp nº 1.111.743/DF, no qual o recorrente alega ocorrência de violação à Lei Federal porque, havendo um recurso representativo de controvérsia já afetado, o Desembargador Relator decidiu suspender o julgamento da própria apelação por ele interposta. Sustenta-se no recurso especial, que não é repetitivo mas discute o alcance de decisão proferida em processo desta

natureza, que só é possível suspender a tramitação de recursos especiais já interpostos e não evitar o julgamento das apelações, de acordo com a literalidade do § 1º do art. 543-C.

Sem pretender adiantar conclusões sobre processo pendente, a questão, como se vê, envolve não só a interpretação dos §§ 1º e 2º do art. 543-C do CPC como necessita de uma leitura do sistema como um todo e, ainda mais além, requer considerações de política judiciária. No momento, cito a existência da controvérsia, que está em curso na Corte Especial, apenas como demonstrativo de que ainda falta muito para que o STJ preencha os espaços vazios da Lei nº 11.672/08 no que diz respeito às peculiaridades do processamento e aplicação dos recursos representativos de controvérsia.

Essas são, em síntese, minhas sucintas e preliminares observações acerca desse importante instrumento processual que, forjado rente à realidade cotidianamente vivida nos foros do país, tem tudo para continuar produzindo resultados promissores. Ajustes pontuais certamente serão necessários, mas estou certa de que a jurisprudência poderá encontrar soluções adequadas, como, de resto, já vem sendo feito.

# **CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA: ASPECTOS DA RECONTRATAÇÃO DE SERVIDOR ANTES DE DECORRIDOS VINTE E QUATRO MESES DE ENCERRAMENTO DE SEU CONTRATO ANTERIOR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL**

*Ana Carolina de Almeida Tannuri Laferté  
Advogada da União*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Do Contrato Por Tempo Determinado; 2 Da Acessibilidade Aos Cargos Públicos; 3 Da Limitação Do Art. 9º, Iii, Da Lei Nº 8.745/93, Sob A Ótica Do Interesse Público E Do Administrado; 4 Do Lapsos Temporal; 5 Da Exceção À Norma, De Acordo Com A Jurisprudência Do STJ; 6 Conclusão; 7 Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho destina-se a investigar a (in) constitucionalidade do art. 9º, III, da Lei nº 8.745/93, que, ao disciplinar a contratação por tempo determinado no âmbito da Administração Pública Federal, veda a recontração de servidor antes de decorridos vinte e quatro meses de encerramento de seu contrato temporário anterior. Demonstrar-se-á, neste ensaio, que a limitação imposta na norma sob análise conforma-se com os princípios da isonomia e razoabilidade, os quais têm sido invocados nas instâncias ordinárias para afastar a aplicação desse dispositivo legal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contrato temporário. Vedação de recontração. Lapso de vinte e quatro meses. Constitucionalidade. Isonomia. Razoabilidade.

**ABSTRACT:** This study aims to investigate the (un)constitutionality of the art. 9th, III, of Law n. 8.745/93, which regulates the temporary contract with the Federal Public Administration and prohibits the rehiring of the government employee before twenty-four month closure of their last temporary contract. Show will be in this test a limit imposed by rule under analysis conforms with the principles of equality and fairness, which have been raised in the courts to avoid the application of this legal provision.

**KEYWORDS:** Temporary contract. Prohibition of rehiring. Interval of twenty-four months. Constitutionality. Isonomy. Reasonableness.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, no Capítulo concernente à Administração Pública, ao prever a possibilidade de contratação por tempo determinado, para atender a necessidade de excepcional interesse público (art. 37, IX), reservou ao legislador ordinário a regulamentação da matéria.

No âmbito federal, editou-se a Lei nº 8.745, de 09 de dezembro de 1.993, com o propósito de disciplinar a contratação por tempo determinado pelos órgãos da Administração Federal direta e indireta, a qual vige com as alterações feitas pelas Leis nº 9.849/99, 10.667/2003, 10.973/2004 e 11.784/2008.

Na regulamentação da matéria, o art. 9º, inciso III, da Lei nº 8.745/93, veda a recontração de servidor, antes de decorridos vinte e quatro meses de encerramento de seu contrato anterior, nos termos que se transcreve, *verbis*:

Art. 9º O pessoal contratado nos termos desta Lei não poderá:

[...]

III - ser novamente contratado, com fundamento nesta Lei, antes de decorridos 24 (vinte e quatro) meses do encerramento de seu contrato anterior, salvo nas hipóteses dos incisos I e IX do art. 2º desta Lei, mediante prévia autorização, conforme determina o art. 5º desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.784, de 2008)

Parágrafo único. A inobservância do disposto neste artigo importará na rescisão do contrato nos casos dos incisos I e II, ou na declaração da sua insubsistência, no caso do inciso III, sem prejuízo da responsabilidade administrativa das autoridades envolvidas na transgressão.

No entanto, encontra-se instaurada, nas instâncias ordinárias, controvérsia jurisprudencial acerca da (in)constitucionalidade da vedação imposta no art. 9º, inciso III, da Lei nº 8.745/93, o que acarreta, inclusive, estado de incerteza em relação à sua legitimidade.

Com efeito, no caso sob análise, evidencia-se que inúmeros órgãos judiciários<sup>1</sup> têm afastado a aplicação da norma em questão, por reputá-la inconstitucional, havendo até declaração de inconstitucionalidade do art. 9º, III, da Lei n. 8.745/93, em sede de arguição de inconstitucionalidade, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, o que certamente perfaz relevante controvérsia jurisprudencial, apta a ensejar, inclusive, ação declaratória de constitucionalidade.

A propósito, confira-se ementa do julgamento de inconstitucionalidade da norma objeto desta ação, nos autos da Arguição de Inconstitucionalidade na Apelação em Mandado de Segurança nº 72.575-CE, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, *verbis*:

Administrativo. Seleção para contratação temporária de professor substituto. Participação de professor já contratado. Vedação. Lei 8.745/93.

1. Atenta contra o princípio constitucional da isonomia a vedação estabelecida em lei para a contratação de professor substituto que já foi contratado dentro do período de 24 meses;

2. Se violação ao art. 37, IX da Constituição Federal existe, essa violação é na própria perpetuação da contratação temporária pela Administração Pública, de quem quer que seja, ao invés da realização de concurso público para provimento de cargo em caráter efetivo; não na participação do impetrante no processo seletivo, que, em princípio, é objetivo e isonômico;

3. Declaração da inconstitucionalidade do art. 9º, III, da Lei nº 8.745/93.

(Origem: Tribunal Regional Federal - 5ª Região; Classe AMS - Arguição de Inconstitucionalidade na Ams; Número do Processo: 2000.05.00.028152-0; Órgão Julgador: Pleno; Relator Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima; Data do

---

1 Assinala-se que as decisões no sentido da inconstitucionalidade da restrição aqui analisada são encontradas, sobretudo, no âmbito dos Tribunais Regionais Federais da 1ª e da 5ª regiões. Confira-se: TRF 1ª - AMS 2004.38.00.009357-7/MG; AMS 2004.33.00.002282-1/BA; REOMS 2004.34.00.002484-8/DF; AMS 2001.40.00.002345-8/PI; REO 1998.01.00.007599-0/PA; REOMS 2004.34.00.005639-9/DF. TRF 5ª - AMS 92969/CE; AMS Nº 96755-CE; AMS 97035/CE; AMS 78498/PB.

Julgamento: 23/10/2002; Documento nº: 68784; DJ 03/06/2003; página: 746).

Na espécie, suscita-se se a aplicação da norma violaria ou não, em síntese, os princípios da isonomia e da razoabilidade, à luz dos quais se demonstrará, no presente trabalho, a constitucionalidade do inciso III, art. 9º, da Lei 8.745/93.

## 1 DO CONTRATO POR TEMPO DETERMINADO

Importa, de início, tecer-se algumas considerações sobre o contrato por tempo determinado, celebrado no âmbito da Administração Pública, nos termos do art. 37, IX, da Constituição.

Trata-se de admissão excepcional no serviço público, para a qual não se exige, necessariamente, concurso público, em razão da urgência que pode motivar essa peculiar forma de contratação.

As notas que caracterizam a contratação temporária de servidores públicos na Administração Pública são a *determinabilidade temporal* da contratação, a temporariedade da função e a excepcionalidade do interesse público que move essa espécie de recrutamento. Nesse sentido, confira-se lição de José dos Santos Carvalho Filho<sup>2</sup>, *verbis*:

O regime especial deve atender a três pressupostos inafastáveis.

O primeiro deles é a determinabilidade temporal da contratação, ou seja, os contratos firmados com esses servidores devem ter sempre prazo determinado, contrariamente, aliás, do que ocorre nos regimes estatutário e trabalhista, em que a regra consiste na indeterminação do prazo da relação de trabalho. [...]

Depois, temos o pressuposto da temporariedade da função: a necessidade desses serviços deve ser sempre temporária. Se a necessidade é permanente, o Estado deve processar o recrutamento através dos demais regimes. [...]

O último pressuposto é a excepcionalidade do interesse público que obriga ao recrutamento. Empregando o termo excepcional para

---

<sup>2</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 470.

caracterizar o interesse público do Estado, a Constituição deixou claro que situações administrativas comuns não podem ensejar o chamamento desses servidores.

Tais características contrapõem-se à estabilidade jurídica do vínculo administrativo firmado entre o servidor e a pessoa estatal, que é uma garantia do servidor, mas, sobretudo, uma segurança para o cidadão. Portanto, é a estabilidade a regra no regime jurídico administrativo<sup>3</sup>.

Por se tratar de uma das espécies de admissão no serviço público, pode-se afirmar que também aos casos de contratação por tempo determinado incide o princípio da acessibilidade ao cargo público, o qual consiste “*em um direito fundamental expressivo da cidadania (esta mesma considerada direito público fundamental) e manifestação do princípio da igualdade jurídica*”<sup>4</sup>.

## 2 DA ACESSIBILIDADE AOS CARGOS PÚBLICOS

O princípio da acessibilidade ao cargo público encontra-se consagrado no art. 37, I, da Carta de 1988, e consiste no direito que tem o administrado de ingressar no serviço público e, dessa forma, participar da gestão da coisa pública.

Entretanto, no delineamento desse princípio, a Carta da República conferiu ao legislador ordinário a tarefa de estabelecer limites materiais ao acesso ao cargo público, os quais se apresentam na forma de requisitos a serem preenchidos pelo interessado.

Tais limitações devem ser vistas sob duas perspectivas diferentes: a primeira, concernente ao interesse público que impõe esses condicionamentos. Assim, o alcance de um fim social específico direciona os requisitos que devem ser atendidos para a ocupação de um cargo público.

---

3 Afirma-se, inclusive, que “*A continuidade é exigência do serviço público, e a permanência do agente o seu corolário*” (BARROS JÚNIOR, Carlos Schmidt de. *Dos direitos adquiridos na relação de emprego público*. São Paulo: Leia, 1957. p. 104, *apud* ANTUNES ROCHA, Cármem Lúcia. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 252).

4 ANTUNES ROCHA, Cármem Lúcia. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 151.

Por outro lado, sob a perspectiva do administrado, as limitações impostas à acessibilidade aos cargos públicos não podem configurar “*exceções que privilegiem, prejudiquem, cerceiem ou cancelem o direito constitucionalmente assegurado a todos em condições de igualdade*”<sup>5</sup>.

A propósito, veja-se a lição de Carmem Lúcia Antunes Rocha<sup>6</sup>, *verbis*:

A desigualação permitida na definição dos requisitos haverá de se embasar na relação legítima entre o que se põe, normativamente, como necessário para o atendimento dos candidatos e o resultado público que se obterá com o cumprimento dessas exigências no desempenho do cargo, emprego ou função pública.

### **3 DA LIMITAÇÃO DO ART. 9º, III, DA LEI Nº 8.745/93, SOB A ÓTICA DO INTERESSE PÚBLICO E DO ADMINISTRADO**

Sob tais aspectos, é certo que a vedação do art. 9º, III, da Lei nº 8.745/93, perfaz limitação legal à acessibilidade aos cargos públicos, restando-se que investigar se essa limitação impõe-se de acordo com a consecução dos fins sociais para o qual se pretende a contratação temporária, a par de não configurar privilégio ou discriminação em relação aos candidatos.

Sob a primeira perspectiva em que se coloca a análise da norma, pode-se afirmar que a proibição de recontração, nos termos do art. 9º, III, da Lei nº 8.745/93, atende à natureza dessa forma de admissão, uma vez que afasta a possibilidade de perpetuar-se a contratação do servidor que, caso ocorresse, descaracterizaria a temporariedade ínsita a essa espécie de recrutamento no serviço público.

Com efeito, a aplicação do art. 9º, III, da Lei nº 8.745/93 privilegia a alternância, ao invés da continuidade, o que condiz mais com o que seja temporário, como na espécie.

Ademais, a regra do art. 9º, III, da Lei nº 8.745/93, acaba por conferir nota de honestidade ao processo de provimento dos

5 ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 162.

6 *Ibid.*, p. 164.

cargos temporários, ao tempo em que não impede a seleção de bons profissionais.

A propósito, veja-se o que consignou o Ministro Teori Albino Zavascki<sup>7</sup>, à época juiz do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em julgamento no qual se discutia a constitucionalidade da norma sob análise, *verbis*:

O ordenamento constitucional impede tratamento discriminatório quando ausente correlação lógica e razoável entre o fator desigualador e o regime diferenciado. No caso, não se pode afirmar que o impedimento em questão não seja sustentável face ao dever de a Administração prover de forma definitiva os cargos públicos, bem como para que se evite qualquer suspeição frente a eventual favorecimento que candidato já contratado tenha diante dos demais concorrentes. Além disso, a norma não impede a seleção de bons profissionais, que apresentam condições para o exercício do cargo, mas sim visa a prevenir os aludidos percalços na seleção pública e desestimular que a Administração, na prática, tome o provisório pelo definitivo.

Também sob a perspectiva do administrado, que revele interesse em ser contratado por prazo determinado, a norma conforma-se com a ordem constitucional vigente.

Com efeito, a vedação de se contratar aquele que tenha firmado contrato temporário com a Administração Pública Federal, nos últimos vinte e quatro meses, acaba por possibilitar uma participação mais ampla dos administrados na gestão da coisa pública, o que concretiza, assim, os princípios da “*participação política, republicano e da igualdade jurídica*”<sup>8</sup>, apontados como fundamentos do postulado da acessibilidade aos cargos públicos.

Nesse sentido, a alternância entre os ocupantes do cargo temporário, que decorre da aplicação da norma sob exame, acaba por

---

7 Voto proferido por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 1999.04.01.098337-1/PR; Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região; Relator Juiz Teori Albino Zavascki; julgado em 13 de abril de 2000.

8 ANTUNES ROCHA, Cármem Lúcia. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 144.

democratizar a participação dos administrados na estrutura real de Poder.

Por outro lado, evita-se que aquele que se beneficiou, nos últimos vinte e quatro meses, da oportunidade de prestar serviços à Administração Federal, perpetue-se no exercício de uma função, criada por lei sob o pálio da temporariedade, o que poderia configurar privilégio em relação aos candidatos.

Em última análise, pode-se afirmar que a norma em questão atende aos princípios da igualdade e da razoabilidade, os mesmos invocados nas instâncias ordinárias para se afastar a sua aplicação.

#### 4 DO LAPSO TEMPORAL

Por fim, são necessárias algumas considerações acerca do lapso temporal de vinte e quatro meses. Atendendo-se à característica da determinabilidade temporal, ínsita a essa forma de contratação com o Poder Público, o legislador ordinário federal fixou prazos máximos de contratação, o que fez levando em consideração a natureza da função a ser exercida. Sobre esses prazos, dispôs o art. 4º da Lei 8.745/93.

Por sua vez, o parágrafo único do art. 4º desse diploma legal permite a prorrogação dos contratos, desde que o prazo total não exceda o fixado na lei. Assim, variam os prazos de contratação, considerando-se a possibilidade de prorrogação, entre dois e seis anos.

Confira-se, a propósito, as disposições do art. 4º da Lei nº 8.745/93, *verbis*:

Art. 4º As contratações serão feitas por tempo determinado, observados os seguintes prazos máximos:

I – seis meses, nos casos dos incisos I e II do art. 2º;

II – um ano, nos casos dos incisos III, IV e VI, alíneas d e f, do art. 2º;

III – dois anos, nos casos do inciso VI, alíneas b e e, do art. 2º;

IV - 3 (três) anos, nos casos dos incisos VI, alínea h, e VII do art. 2º;

V - quatro anos, nos casos dos incisos V e VI, alíneas a e g, do art. 2º.

Parágrafo único. É admitida a prorrogação dos contratos:

I - nos casos dos incisos III, IV e VI, alíneas b, d e f, do art. 2º, desde que o prazo total não exceda dois anos;

II - no caso do inciso VI, alínea e, do art. 2º, desde que o prazo total não exceda três anos;

III - nos casos dos incisos V e VI, alíneas a e h, do art. 2º, desde que o prazo total não exceda quatro anos;

IV - no caso do inciso VI, alínea g, do art. 2º, desde que o prazo total não exceda cinco anos.

V - no caso do inciso VII do art. 2º, desde que o prazo total não exceda 6 (seis) anos.

VI - no caso do inciso I do caput do art. 2º desta Lei, pelo prazo necessário à superação da situação de calamidade pública, desde que não exceda 2 (dois) anos.

Dessa forma, a escolha do legislador pelo período de vinte e quatro meses, a ser observado entre uma contratação e outra, guarda razoabilidade com os períodos mínimo e máximo de contratação por tempo determinado, na Administração Pública Federal.

## 5 DA EXCESSÃO À NORMA, CONFORME JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Há que se asseverar, no entanto, que a proibição da norma, acerca da recontração de servidor temporário, não se aplica às hipóteses de nova contratação com entidade diversa da anterior, justamente por não se constatar, nessa hipótese, renovação de contrato temporário anterior. Referido posicionamento encontra-se amparado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. LEI N.º 8.745/93. PROFESSOR SUBSTITUTO. CELEBRAÇÃO DE NOVO CONTRATO ANTES DE DECORRIDO O PRAZO DE 24 (VINTE E QUATRO) MESES. INSTITUIÇÕES DE ENSINO DISTINTAS. NÃO-INCIDÊNCIA DA VEDAÇÃO LEGAL.

1. O art. 9.º, inciso III, da Lei n.º 8.745/93 proíbe a realização de novo contrato temporário antes de decorridos vinte e quatro meses do encerramento do anterior.

2. Todavia, a vedação legal não incide na hipótese em tela, em que a nova contratação se dá em cargo distinto, correspondente a entidade diversa da anterior, por não se constatar a renovação da contratação.

3. Recurso especial conhecido e desprovido.

(REsp 503823/MG; 2002/0169021-2; Relatora Ministra LAURITA VAZ; Órgão Julgador: QUINTA TURMA; Data do Julgamento: 29/11/2007; Data da Publicação/Fonte: DJ 17/12/2007, p. 287).

## 6 CONCLUSÃO

Feitas essas considerações, evidencia-se a constitucionalidade da vedação à recontração, conforme prevista no art. 9º, III, da Lei nº 8.745/93, sobretudo à luz dos princípios da isonomia e da razoabilidade, e desde que a nova contratação se refira a cargo distinto, correspondente a entidade diversa da anterior.

## 7 REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

ANTUNES ROCHA, Cármem Lúcia. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.



# JUSTIÇA FISCAL, CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E A PROMOÇÃO DA IGUALDADE

*Élvio Gusmão Santos*  
*Procurador Federal*  
*Pós-graduado em Direito Tributário*  
*pelo IEC/PUC-MINAS*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Como o modelo tributário influencia na diminuição da desigualdade; 2 A capacidade contributiva como fundamento de um sistema tributário justo; 2.1 O modelo de capacidade contributiva; 3 A destinação da arrecadação tributária e a promoção da igualdade; 4 Conclusões; 5 Referências.

**RESUMO:** A justiça fiscal se fundamenta no equilíbrio entre a arrecadação de tributos que recaiam, preferencialmente, sobre a renda e o patrimônio - consoante a capacidade contributiva do indivíduo, tendo em vista o imperativo da igualdade - e à sua destinação. O tributo não é apenas um meio de financiar o Estado e os seus gastos, mas também, de promover a igualdade entre os seus cidadãos e diminuir as diferenças sociais e econômicas de sua população.

**ABSTRACT:** The fiscal justice is based on the balance between taxation, preferentially on income and property – according to one’s economic capacity and the demands of equality – as well as its distribution. The tax should not support the state finances and expenses only, but should be used in order to promote the equality between their citizens and decrease the social and economic differences among them.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tributos. Justiça fiscal. Destinação dos recursos. Igualdade.

**KEYWORDS:** Fiscal justice. Taxation. Resources distribution. Equality.

## **1 INTRODUÇÃO**

Tributar é justo? Como fazer justiça fiscal com a tributação? O presente artigo procura demonstrar que tributar não é uma forma de diminuir riquezas, mas sim, distribuí-la. Como isso seria possível se o tributo é visto como uma forma de invasão dos governos na propriedade privada? A resposta é que sem os tributos, não haveria o Estado como hoje ele é organizado. Sem tributos não há governo e sem governo, não há mercado. Este depende de todo um sistema jurídico, político e administrativo que possa regular as atividades privadas e públicas.

Porém, os tributos – em uma visão contemporânea - não servem somente para financiar os governos e manter as atividades do mercado. A tributação, hoje, tem um papel de promoção da igualdade através da execução pelos governos de ações financiadas com o dinheiro arrecadado pela Fazenda e por meio de uma taxaço que leve em conta a capacidade contributiva das pessoas.

A forma como um determinado sistema tributário está estruturado demonstra se este atende ou não o objetivo de diminuição das desigualdades sociais e econômicas. Uma tributação que recaia, preferencialmente sobre o patrimônio e a renda é o melhor exemplo de justiça fiscal, já que leva em consideração a capacidade contributiva dos indivíduos. Outrossim, um sistema que privilegia a tributação indireta e sobre o consumo tem o efeito inverso, pois atinge de maneira desproporcional os menos aquinhoados - como se demonstrará adiante - além de ter um efeito perverso sobre a economia, os investimentos, as exportações e o consumo, em virtude do conhecido efeito cascata que esses tributos carregam.

O sistema tributário brasileiro, por privilegiar a forma indireta de exação, não se adéqua aos objetivos estabelecidos no art. 3º da Constituição Federal de 1988. Este quadro será exposto e comprovado com os dados das pesquisas que fundamentaram o presente artigo.

### **1 COMO O MODELO TRIBUTÁRIO INFLUENCIA NA DIMINUIÇÃO DA DESIGUALDADE**

O modelo de tributação de uma nação exerce um importantíssimo papel no combate às desigualdades sociais e econômicas. Em um sistema tributário justo e equilibrado há uma tendência para que a

renda e a riqueza sejam menos concentradas. O papel do tributo em uma sociedade contemporânea não é somente financiar o Estado, mas, primordialmente, servir de instrumento de transformação social para resgatar direitos não realizados. Tal função não é apenas dos tributos, pois todo o sistema jurídico no qual ele está inserido e dá suporte tem esse dever de atuar como um agente transformador.

Não é preciso nenhum número ou estatística para se verificar a disparidade de renda entre os brasileiros. A pobreza e a riqueza extremas andam juntas pelas ruas. A Constituição de 1988 traçou como seus objetivos a construção uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Para se atingir essa meta, é de crucial importância que o sistema tributário do Brasil seja condizente com os objetivos traçados e determinados pela Carta Magna.

Com efeito, é de se perguntar se com a atual organização tributária do país os tributos servem para diminuir ou aumentar as desigualdades. Olhando-se o quadro atual, tem-se que a tributação é constituída por tributos diretos – que recaem sobre o patrimônio e a renda – e por tributos indiretos – que incidem sobre o consumo. A tributação direta tem um caráter mais progressivo e pode atender de maneira mais justa os ditames da igualdade e capacidade contributiva, como se demonstrará.

A tributação indireta possui caráter mais regressivo, pois ricos e pobres contribuem com um mesmo valor na compra de um produto, mercadoria ou aquisição de serviço.

São vários os efeitos de um sistema que privilegia uma carga tributária incidente sobre o consumo em detrimento do patrimônio e da renda. Dentre esses efeitos, podem ser citados os seguintes: a inibição do consumo, dificuldades para se alavancar o crescimento econômico e dos níveis de emprego, pois o consumo baixo limita a expansão da economia que, por sua vez, não tem capacidade de gerar novos empregos; é desproporcional e regressivo ao cobrar o mesmo de pobres e ricos, violando, assim, os princípios da igualdade e da capacidade contributiva.

Outro problema causado pelo modelo que privilegia a tributação indireta é que muitos impostos ou contribuições que recaem sobre o consumo o fazem de maneira cumulativa, como o PIS e a COFINS, que têm seus custos repassados aos produtos e serviços, o que diminui a possibilidade de consumo e afeta a competitividade das empresas.

O tributo cumulativo afeta o crescimento econômico em virtude de seu efeito sobre as decisões de investimento. Como um efeito cascata, o imposto ou contribuição eleva o custo de bens de capital e, como eles têm cadeias produtivas relativamente longas, a elevação tende a ser maior do que a sofrida, em média, pelos bens de consumo. O investimento tende a se reduzir e, com ele, a taxa de crescimento do país.

Diante das diferenças apontadas entre os diversos modelos de tributação, ao se analisar o Brasil, é de se concluir pela injustiça do sistema adotado pelo país, conforme dados que serão mostrados a seguir. A base da arrecadação no Brasil é mais forte na chamada tributação indireta, ou seja, embutida em alimentos ou bens de consumo. Como o brasileiro mais pobre gasta a maior parte de sua renda nesses itens, paga mais impostos proporcionalmente. Portanto, a diminuição ou a extinção de tributos como a COFINS, por exemplo, tornaria o consumo mais barato.

Lado outro, a diminuição da arrecadação provocaria uma série de problemas para a continuidade de um grande número de programas de assistência social e distribuição de renda patrocinados pelo Governo Federal. Em um Estado com diferenças sociais abissais como o Brasil, há necessidade de uma forte atuação estatal no sentido de promover ações sociais que diminuam as desigualdades provocadas pela concentração de riqueza em uma parcela pequena da população.

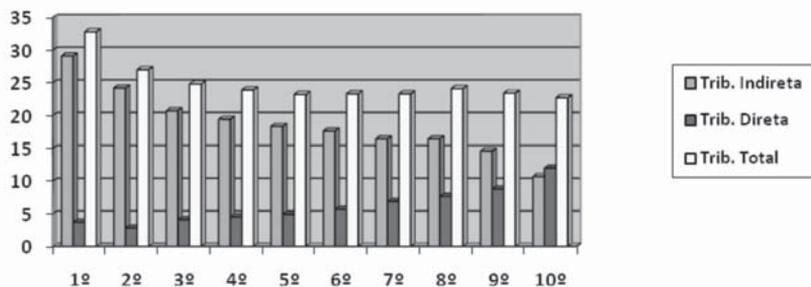
Equalizar a arrecadação de tributos cada vez maior – que pesa sobre os ombros do empresariado e trabalhadores – com os gastos para o custeio da máquina administrativa, gastos correntes, programas sociais e verbas para investimento têm sido o grande desafio do sistema tributário e das finanças públicas. Como arrecadar mais, sem sufocar a livre iniciativa e a sociedade e, ao mesmo tempo, gastar com qualidade? Eis aí o trabalho que os administradores e gestores da coisa pública têm para o futuro.

Este trabalho demonstrará como o modelo que privilegia a tributação indireta e sobre o consumo provoca injustiça e não atende aos ditames constitucionais de um Estado Democrático e Social de Direito, que o Brasil se propôs a ser, após a promulgação da Constituição da República de 1988.

Um estudo do IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – órgão do Governo Federal, aponta que quanto maior a renda, menor a carga tributária, em termos percentuais.

O décimo mais pobre da população sofre uma carga total de tributos no valor de 32,8% da sua renda (29,1% de tributos indiretos e 3,7% de tributos diretos), ao passo que o décimo mais rico arca com um percentual de 22,7% de sua renda como carga tributária total, distribuídos da seguinte forma: 10,7% de tributos indiretos e 12,0% de indiretos<sup>1</sup>. A tributação indireta é maior que a direta em nove, das dez faixas de renda.

No gráfico a seguir, o resumo do quadro aqui descrito, com a distribuição da carga tributária (%) por décimos de renda, nos anos de 2002-2003.



Fonte: POF/IBGE(MICRODADOS). Elaboração: IPEA

A distribuição da carga tributária no Brasil **não** se dá de forma equânime, com alguns setores da população sendo mais afetados que

1 Fonte: POF/IBGE (microdados). Elaboração: IPEA, a partir de GAIGER, 2008. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/pdf/08\\_05\\_15\\_DesigualdadeJusticaTributaria.pdf](http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/pdf/08_05_15_DesigualdadeJusticaTributaria.pdf)>. Acesso em 03 de julho de 2009.

outros. Conforme o Comunicado da Presidência n.º 22 do IPEA<sup>2</sup>, pessoas com renda mensal familiar de até dois salários-mínimos têm 53,9% de sua renda comprometida com o pagamento de tributos e gastam 197 dias de trabalho para o pagamento dessas obrigações. As pessoas que ganham mais de 30 salários-mínimos têm 29% de sua renda total comprometida com impostos e destinam 116 dias de trabalho, em média, para pagá-los. Estes números se referem ao ano de 2008. Tanto os dados referentes à distribuição dos impostos indiretos e diretos quanto os que tratam da carga tributária total apontam para um encargo maior por parte das camadas mais pobres da população.

Tais estudos mostram que o sistema tributário é o contrário do que deveria ser. Ao invés de se tributar mais pesadamente as camadas mais aquinhoadas da população, tributam-se os mais pobres de maneira mais forte, tudo em virtude da preferência por uma tributação que recai sobre o consumo. Tomando o salário-mínimo como base para classificar os níveis de renda, a regressividade da tributação no Brasil fica ainda mais evidente<sup>3</sup>: famílias com renda de até dois salários-mínimos pagam 48,8% da sua renda em tributos; famílias com renda acima de 30 salários-mínimos, cerca de 26,3%.

## 2 A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA COMO FUNDAMENTO DE UM SISTEMA TRIBUTÁRIO JUSTO

É comum no Brasil se dizer que o pobre não paga imposto. Aqui, quem paga imposto de renda é somente o rico e a classe média. A afirmativa não é verdadeira e esconde uma realidade cruel: a de que os pobres, no Brasil, pagam muito mais impostos que os ricos.

No quadro da página anterior, ficou claro que a tributação indireta recai pesadamente sobre as parcelas mais pobres da população, comprometendo, em alguns casos, até 32,8% da sua renda total, enquanto o décimo mais rico tem “apenas” 22,7% de sua renda comprometida com o pagamento de impostos.

Tamanha disparidade não colabora para a diminuição das desigualdades, pelo contrário, provoca o seu aumento, porque não há

2 *Receita pública: quem paga e como se gasta no Brasil*. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/comunicado\\_presidencia/09\\_06\\_30\\_ComunicaPresi\\_22\\_ReceitaPublica.pdf](http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/comunicado_presidencia/09_06_30_ComunicaPresi_22_ReceitaPublica.pdf)>. Acesso em 30 jun. 2009

3 *Ibid.*, p.4.

distribuição de renda ou consumo adequado, uma vez que a maior parte dos rendimentos é consumida no pagamento de tributos.

O disposto no §1º, do art. 145 da Constituição de 1988, de que os impostos, sempre que possível, terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, é ineficaz diante da realidade da distribuição da carga tributária no Brasil.

A lógica da tributação no Brasil viola o Princípio da Equidade ou da Capacidade Contributiva. Este princípio determina que o financiamento do Estado pelo contribuinte deva ser feito levando-se em consideração a capacidade econômica deste último. Não se pode impor aos cidadãos de menor capacidade econômica – entendidos aqueles de menor renda e menor patrimônio – o mesmo esforço tributário demandado dos indivíduos de maior capacidade econômica.

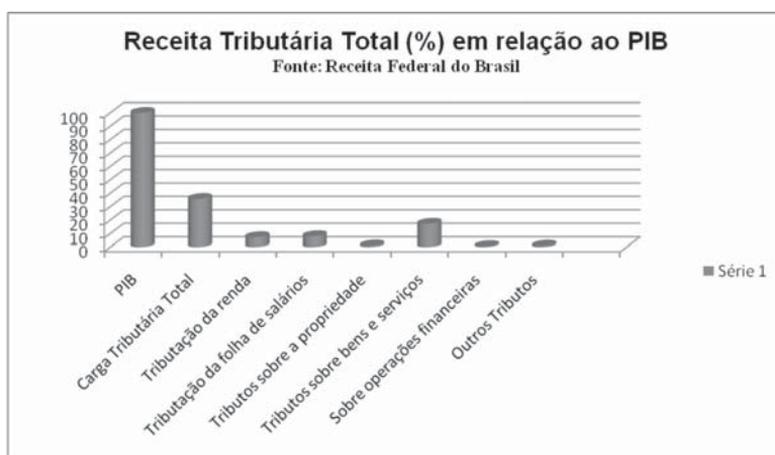
O sistema tributário mais justo deve buscar a progressividade, ou seja, tributar mais os ricos do que os pobres. Tudo isso é bastante óbvio, todavia, aqui não funciona desta maneira, em virtude da inversão de valores e ênfase na tributação indireta.

Estudo divulgado pela Receita Federal do Brasil<sup>4</sup> mostra que os tributos sobre bens e serviços responderam por quase metade (48,4%) da arrecadação do ano de 2008. Em 2007, respondiam por 47%. Na comparação internacional, com os países da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico), o Brasil é uma das economias com maior nível de tributação do consumo e menor percentual de tributação da renda. A tributação do consumo responde por 31,5% da carga tributária, na média dos países da OCDE. A menor é verificada nos EUA (17%). Em relação à renda, a média é de 36%.

O mesmo estudo indica outra distorção do sistema tributário nacional: a tributação incidente sobre a folha de salários. Considerando que a receita tributária total equivale a 35,8% do PIB, os tributos incidentes sobre a renda equivalem a 7,34% do PIB, enquanto os impostos e contribuições sobre a folha atingem 8,06% do PIB. Esses dados comprovam, mais uma vez, como um modelo de tributação errado influencia na distribuição de renda e crescimento econômico.

---

4 *Carga tributária no Brasil 2008 – Análise por Tributos e Base de Incidência*. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/estudotributarios/estatisticas/CTB2008.pdf>>. Acesso em 07 de julho de 2009.



## 2.1 O MODELO DE CAPACIDADE CONTRIBUTIVA ADEQUADO.

O “melhor sistema tributário” não é simplesmente aquele que seja o que causa “o melhor crescimento econômico” ou o “mais eficiente”. Deve-se levar em conta, além dos argumentos utilitaristas, valores morais como o de justiça. Conforme Murphy e Nagel<sup>5</sup>, o sistema deve ser JUSTO e EFICIENTE (grifos nossos).

A visão mais tradicional de um sistema justo é o “[...]de que as pessoas que se encontram na mesma situação devem arcar com o mesmo ônus, e que as pessoas em situações diferentes devem arcar com ônus diferentes.”<sup>6</sup>

O Estado deve exigir que as pessoas paguem os seus tributos, preferencialmente, conforme a sua capacidade para contribuir, levando-se em consideração o seu patrimônio e renda. A carga tributária deve variar conforme as demonstrações de riqueza, incidindo, nos impostos sobre a renda e patrimônio, de forma progressiva.

A renda e o patrimônio podem ser tributados de duas formas:

<sup>5</sup> MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *O mito da propriedade: os impostos e a justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 17.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 17.

- Proporcional: a alíquota média permanece a mesma à medida que a renda aumenta;
- Progressiva: a alíquota média aumenta com a renda (ou com qualquer outra base tributária)

Há autores, todavia, que não veem os sistemas de tributação progressiva como meio de se alcançar a igualdade tributária, sendo preferível a proporcionalidade para este fim. Em uma alíquota hipotética de 10%, no sistema proporcional, quem tem R\$ 10,00 paga R\$ 1,00; quem tem R\$ 100,00 paga R\$ 10,00. Pelo critério da progressividade, quem tem R\$ 10,00 paga R\$ 1,00 (alíquota de 10%); quem tem R\$ 100,00 pode vir a pagar R\$ 25,00 (alíquota progressiva de 25%).

Zilveti<sup>7</sup>, citado por Paulsen, explica o motivo pelo qual a proporcionalidade atenderia melhor aos ditames da igualdade:

Pela proporcionalidade, o rico já paga mais imposto que o pobre, e, assim, é atendido o princípio da igualdade na tributação. Isso [a progressividade] redundaria em tributar desigualmente as mesmas manifestações de riqueza, mediante o uso de critérios que considera apenas a questão monetária, sem levar em conta o fato de aquele que ganhe cem ter ou não vinte e quatro vezes mais capacidade contributiva do que quem ganha dez. Assim, a progressividade rompe definitivamente com a igualdade[...].

Em que pesem as razões supracitadas, a capacidade contributiva é o critério mais utilizado para se aferir o melhor meio de tributação, pois reconhece que as pessoas têm diferentes rendas e diferentes capacidades de arcar com os ônus dos impostos. O princípio da capacidade contributiva é reflexo do princípio da igualdade, que demanda tratamento diferenciado para as pessoas que se encontram em situações diferentes. Desta feita, “[...] deve-se buscar um modelo de incidência que não ignore as diferenças (de riqueza) evidenciadas nas diversas situações eleitas como suporte de imposição<sup>8</sup>.”

7 ZILVETTI, Fernando Aurélio. Progressividade, justiça social e capacidade contributiva, in RDD& n.º 76, janeiro de 2002, apud PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e jurisprudência*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2007. p.62.

8 AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 139.

A capacidade contributiva ou equidade pode ser vertical e horizontal:

- *Equidade vertical*: são as exigências da justiça quanto ao tratamento tributário de pessoas com níveis diversos de renda;
- *Equidade horizontal*: são as exigências da justiça quanto ao tratamento de pessoas com rendas iguais;

O princípio da capacidade contributiva se fundamenta na idéia de que quem tem mais contribui com mais em termos reais.

Consoante Murphy e Nagel<sup>9</sup>, dentro desta concepção, assegura-se um maior ideal de igualdade e justiça tributária, segundo a qual os impostos devem ser recolhidos em proporções cada vez mais altas à medida que cresce o nível de renda e bem-estar, o que leva muitos a preferir esta modalidade de tributação denominada progressiva. Porém, um esquema tributário justo não significa apenas o fato de as alíquotas médias aumentarem quando a renda cresce, mas também, a consideração de como são feitos os gastos governamentais, ou seja, a qualidade dos gastos.

No Brasil, a aplicação da equidade vertical é vista na cobrança do Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, notadamente, sobre a pessoa física. A legislação sobre o IRPF prevê a isenção para quem ganha de R\$ 1.434,00; alíquota de 7,5% para quem recebe de R\$ 1.434,01 a 2.150,00; 15% para os rendimentos entre R\$ 2.150,01 a R\$ 2.866,00; 22,5% para valores entre R\$ 2.866,01 a R\$ 3.582,00 e de 27,5% para rendimentos acima de R\$ 3.582,01.

A injustiça ou injustiça de mais alíquotas e as respectivas bases de cálculo são, todavia, objeto de discussões amplas e que não têm consenso, não podendo ser objeto de análise neste trabalho.

Boa parte dos autores só trabalha com a perspectiva de uma equidade vertical, esquecendo-se da equidade horizontal. Como bem ilustram Murphy e Nagel<sup>10</sup>, “[...] não podemos afirmar como princípio

9 MURPHY; NAGEL, op. cit., p. 41-43.

10 op. cit., p. 53-54.

fixo e imutável que as pessoas com a mesma renda ou nível de bem-estar pré-tributário têm de pagar os mesmos impostos.” Pessoas com a mesma faixa de renda podem apresentar situações ou condições, o que justificaria um tratamento tributário diferenciado, tais como as isenções, diminuição da base de cálculo em virtude da existência de dependentes, gastos com educação, saúde ou mesmo aquisição da casa própria.

### **3 A DESTINAÇÃO DA ARRECADAÇÃO TRIBUTÁRIA E A PROMOÇÃO DA IGUALDADE**

O Brasil sempre foi um país com grandes desigualdades. Para ilustrar, foi cunhado na década de 1970 o termo “*Belíndia*” como sinônimo de um lugar que tinha algumas características de um país desenvolvido, como a Bélgica, e de outro com marcantes e estrondosas diferenças, como a Índia.

Marcado por diferenças sociais, econômicas e regionais, esta nação tem procurado nos últimos anos promover a diminuição das desigualdades que sempre o marcaram de forma tão profunda. A Constituição Federal traçou diversos objetivos a serem atingidos (art. 3º), dentre eles a construção uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais. Infelizmente, tais metas não foram atingidas, embora tenham ocorrido diversos avanços, como, por exemplo, a diminuição da mortalidade infantil e do analfabetismo; melhoria na expectativa de vida; aumento do número de jovens nas escolas, dentre outros.

Fora do Brasil, a busca pelo tratamento igual já estava presente desde antes da Revolução Francesa, mas a partir dela, a luta por um tratamento equânime (*equal treatment*) entre as pessoas não só se tornou sinônimo de aplicação de justiça, como é um dos aspectos de como a dignidade da pessoa humana se revela, em especial, no tratamento que o Estado reserva ao homem.

O direito à igualdade ou ao tratamento isonômico está definido como um direito fundamental, assumindo posição de destaque na sociedade moderna e invertendo a tradicional relação entre o Estado e o indivíduo, ao reconhecer que a pessoa humana tem, “primeiro, direitos, e depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem

em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos seus cidadãos<sup>11</sup>.”

Por meio de ações corretivas dos Poderes Públicos e do estabelecimento de direitos relativos à assistência social, à educação, ao trabalho, ao lazer, à saúde, à cultura e ao esporte, por exemplo, procurou-se promover uma **igualdade** material, ou seja, o tratamento equânime de todos os seres humanos, bem como a sua equiparação no que diz respeito às possibilidades de concessão de oportunidades. Portanto, de acordo com o que se entende por igualdade material, as oportunidades, as chances devem ser oferecidas de forma igualitária para todos os cidadãos, na busca pela apropriação dos bens **da** vida.

No entanto, o objeto de análise deste artigo é demonstrar que embora a tributação tenha um papel fundamental como instrumento reformador e capaz de atuar na diminuição das desigualdades, o modo como o sistema tributário está estruturado não logra os objetivos estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, havendo a necessidade de uma reforma para que ele se adéque às exigências de um sistema justo, com fundamento na igualdade e capacidade contributiva, em busca de uma maior justiça social e fiscal. Como exemplo dessa afirmação, tem-se o imposto sobre a renda das pessoas físicas que “é o maior responsável por fazer avançar ou retroceder a capacidade econômica e, por consequência, a solidariedade social<sup>12</sup>.” Alíquota fixa ou única impede a aplicação do princípio da capacidade contributiva, ao passo que alíquotas diversas, conforme a faixa de renda da pessoa, atendem melhor aos ditames da equidade vertical.

Um sistema tributário justo, todavia, não se resume à busca de uma tributação mais eficiente, ou que proporcione um maior crescimento ou desenvolvimento econômico. A busca por uma justiça tributária envolve não apenas a forma como o tributo é cobrado e se se respeita a capacidade contributiva do indivíduo, mas também o destino que os governos dão àquilo que arrecadam. “A questão da justa distribuição das cargas tributárias não poder ser separada de uma questão mais geral: a de saber se o governo efetua ou não a justiça distributiva.<sup>13</sup>”

11 MENDES, Gilmar *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 232.

12 GODOI, Marciano Seabra de. Tributo e solidariedade social. In: GODOI, Marciano Seabra de; GRECO, Marco Aurélio (coords.) *Solidariedade Social e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2006. p. 141-168

13 MURPHY & NAGEL, *op.cit.*, p.21.

O governo de um Estado não pode mais ser visto somente como um prestador de serviços ou um mero observador da atuação do mercado capitalista do tipo *laissez-faire*, que supostamente distribuiu toda a riqueza de forma justa, conforme o merecimento e competência de cada um, sem se considerar que os diversos cidadãos de um país não têm (ou não tiveram) as mesmas oportunidades ou condições de vida dadas por esse mesmo mercado.

O modelo de Estado Liberal fracassou na sua busca de promover a igualdade entre os indivíduos, pois não observou que o mercado não consegue sanar as injustiças decorrentes dos fatos da vida nem proteger as partes mais fracas dentro de uma relação jurídica qualquer (como exemplos, podem ser citadas as relações envolvendo empresas e o consumidor, nas quais este é, normalmente, o elo mais fraco da cadeia, obrigando-se a se submeter às regras ou imposições dos grandes grupos econômicos quando da aquisição de produtos ou serviços. Nas relações trabalhistas, a proteção ao trabalhador ganha preferência com a aplicação do princípio do *in dubio pro misero*, da proibição de demissão sem justa causa, além da criação de uma rede de proteção social, entre outras medidas).

Como antítese do Estado Liberal, o Estado Socialista também fracassou de maneira clamorosa, pois não respeitou um elemento-chave de qualquer relação, que é a capacidade de o indivíduo em tomar decisões que reflitam na sua órbita privada. Não havia mais a vontade da pessoa humana, mas apenas a vontade do Estado, com o indivíduo proibido de atuar conforme o seu interesse.

Após a Segunda Guerra Mundial, o Estado Social (*Welfare State* ou *État-Providence*) surgiu na Europa como paradigma para solucionar as crises provocadas pelos modelos econômicos anteriores<sup>14</sup>. Com uma

---

14 “As diversas políticas sociais, por um lado, aumentam a capacidade de consumo das famílias dos trabalhadores e se traduzem em gastos do governo em habitação, transporte e saneamento, o que incentiva a expansão da demanda agregada e o desenvolvimento tecnológico, e, por outro, ao socializarem os custos referentes aos riscos do emprego industrial e à reprodução da força de trabalho, liberam reservas de capital privado para investimentos e garantem uma reserva de mão-de-obra em diversos níveis de qualificação. Como os gastos sociais tornam uma parte significativa da demanda decidida por mecanismos políticos, o Welfare State funciona como um mecanismo de reação contracíclica às flutuações da demanda típico de políticas keynesianas.”

“Além de instrumento de política macroeconômica, o Welfare State é também um mecanismo de regulação política da sociedade. A partir do momento em que a negociação coletiva dos níveis salariais e das condições de trabalho se generaliza na sociedade, o processo de barganha entre capitalistas e trabalhadores passa

forte atuação intervencionista e dirigista, sem, contudo, abandonar o modelo capitalista, o *Welfare State* teve sucesso até o ano de 1973, quando estourou a primeira crise do petróleo e os altos gastos governamentais em assistência social, saúde e previdência, juntamente com a elevação dos custos de energia, levaram vários Estados a reformularem suas políticas. O excesso de tutela do Estado sobre os indivíduos e restrições à autodeterminação das pessoas também levaram o modelo ao fracasso. Programas assistencialistas inibiam a livre iniciativa, pois não havia necessidade da pessoa trabalhar ou ser mais produtiva enquanto o Estado lhe proovesse.

Outro grande desafio do Estado contemporâneo é não ser igual ao Liberal, nem ao *Welfare State*. É controlar e regular o mercado sem que este seja por ele substituído. É proporcionar condições para que o indivíduo progrida social e economicamente - excluindo os programas meramente assistencialistas - e sem interferir nas suas iniciativas nem recompensá-lo mesmo que suas ações resultem em perdas para ele próprio ou terceiros.

O Estado deve promover uma igualdade equitativa de oportunidades. Fundamentando-se em Rawls<sup>15</sup>, Godoi explica que a igualdade equitativa de oportunidades só ocorre quando a sociedade “dispõe de meios de minimizar a influência (moralmente arbitrária) da desigual distribuição de dotes naturais entre os indivíduos<sup>16</sup>.”

Não se pode concluir, todavia, que o governo deva ser visto como um pai de seus cidadãos. Não se deve excluir a responsabilidade pessoal do indivíduo e o pressuposto de uma economia de livre mercado. De acordo com Dworkin<sup>17</sup>, “nós devemos rejeitar qualquer sistema igualitário que deixe de reconhecer esta responsabilidade de forma absoluta.”

---

a ser tratado como assunto público.” MEDEIROS, Marcelo. *A Trajetória do Welfare State no Brasil: Papel Redistributivo das Políticas Sociais dos Anos 1930 aos Anos 1990*. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/pub/td/td\\_2001/td\\_0852.pdf](http://www.ipea.gov.br/pub/td/td_2001/td_0852.pdf)> Acesso em: 30 de junho de 2009.

15 RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

16 GODOI, op. cit., p.12.

17 DWORKIN, Ronald. Is democracy possible here? Principles for a new political debate. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=15vY1a6DVwoC&pg=PP11&dq=%22Is+Democracy+Possible+here%22+chapter+4>>. Acesso em: 30 jun. 2009 .

O dever do Estado é proporcionar aos seus indivíduos todas as condições possíveis para que eles superem as adversidades provocadas pelo mercado ou por condições e situações preexistentes e que são alheias às suas decisões, ações ou omissões. A justiça fiscal se fundamenta, portanto, no equilíbrio entre a arrecadação de tributos que recaiam, preferencialmente, sobre a renda e o patrimônio - consoante a capacidade contributiva do indivíduo, tendo em vista o imperativo da igualdade - e à sua destinação.

Assim, o que o governo faz com os tributos arrecadados dos seus contribuintes define os níveis de consideração e importância que o Estado tem em relação aos seus indivíduos. Não importa somente se os tributos são cobrados da maneira mais justa, mas também se é justa a maneira global pela qual o governo trata os cidadãos e gasta o que arrecada. Citando Dworkin<sup>18</sup>, um governo legítimo cuida de todos aqueles sobre os quais ele declara domínio não apenas “[...] com consideração e respeito, mas com igual consideração e respeito.” Neste sentido, a tributação exerce real influência no modo como o governo assiste o seu cidadão, pois é ela que fornece os recursos para que o Estado adquira os meios idôneos à promoção da igualdade. O fato é que para a sociedade moderna sobreviver, há necessidade de governo e Estado juridicamente organizados e com poder de polícia capaz de fiscalizar e regular o sistema e garantir direitos.

Incorrem em sério erro os que pensam ser o tributo uma intervenção indevida do Estado no direito de propriedade, bem como os que aceitam a existência de tributos somente para que o governo se financie e se equipe a fim de dar garantias operacionais ao mercado, conforme uma concepção liberal e ultrapassada de Direito e Estado.

Liam Murphy e Thomas Nagel<sup>19</sup> expõem bem a questão:

O problema é que não existe mercado sem governo e não existe governo sem impostos; o tipo de mercado existente depende de leis e decisões políticas que o governo tem de fazer e tomar. Na ausência de um sistema jurídico sustentado pelos impostos, não haveria dinheiro, nem bancos, nem empresas, nem bolsa de valores, nem patentes, nem uma moderna economia de mercado – não haveria

18 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 419.

19 MURPHY; NAGEL, op. cit. p, 46.

nenhuma das instituições que possibilitam a existência de quase todas as formas contemporâneas de renda e riqueza.

Murphy e Nagel concluem que “a justiça ou a injustiça na tributação não pode ser outra coisa senão a justiça ou a injustiça no sistema de direitos e concessões proprietárias que resultam de um determinado regime tributário<sup>20</sup>.”

Em resumo, quanto mais direito são concedidos, maiores os custos para o Estado e maior a necessidade de uma tributação que atenda a esses direitos, sendo necessário se avaliar o quanto uma sociedade está disposta a pagar em termos de tributos para ter e usufruir dos direitos colocados à sua disposição. Com uma Constituição pródiga na concessão de direitos fundamentais de natureza social, a necessidade de financiamento do Estado brasileiro é premente, não podendo se conceber a existência de direitos sem fontes de financiamento que o garantam. Estabelecer direitos sem dizer de onde virão os recursos para garanti-los é tornar ineficaz todas as garantias fundamentais previstas na Constituição Federal.

Diante de tudo o que foi aqui exposto, é de se perguntar: é justa a destinação que o governo brasileiro dá à arrecadação de tributos? É justa e legítima a carga tributária imposta ao contribuinte? A resposta é apenas uma: Não.

Considerando que um sistema tributário justo deve ser formado por uma base de arrecadação incidente sobre o patrimônio e renda, de forma majoritária, levando-se em conta a capacidade contributiva do contribuinte e a destinação dos valores arrecadados, após a análise feita, conclui-se que não há justiça fiscal no Brasil. Aqui, a maior parcela da arrecadação é formada pelos tributos indiretos. Não bastasse isso, os gastos do governo não são destinados preferencialmente aos meios capazes de promover o desenvolvimento social – educação, saúde e investimento em produção e infraestrutura. Boa parte da arrecadação é gasta com despesas fixas, tais como benefícios previdenciários do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), benefícios a servidores públicos federais e juros da dívida pública. Para ilustrar o que foi dito, em 2008, a União<sup>21</sup> gastou com o RGPS o montante de R\$ 189 bilhões.

<sup>20</sup> MURPHY, *op.cit.*, p.11.

<sup>21</sup> Fonte: IPEA - Comunicado da Presidência n.º 22. Receita pública: quem paga e como se gasta no Brasil.

Para pagar essas despesas, o contribuinte teve que trabalhar um total de 23,7 dias. Com os servidores públicos federais foram R\$ 60 bilhões em pagamento de aposentadorias, pensões e assistência médica aos servidores do Executivo, Legislativo e Judiciário (dois dias de trabalho). Não estão incluídos aqui os salários pagos aos servidores da ativa e nem os gastos em outras políticas públicas da área social, infraestrutura, segurança, meio ambiente e outros.

Outro gasto pesado e fixo da União é com o pagamento de juros da dívida pública. Em 2008, o governo federal gastou 3,8% do PIB com o pagamento de juros (14 dias de trabalho). No ano anterior, foi pior: as despesas federais com juros foram de 5,4% do PIB (19,5 dias de trabalho do contribuinte)<sup>22</sup>. Computando-se os três entes da federação, em 2007, a União, os estados e os municípios gastaram 6,2% do PIB em pagamento de juros da dívida pública e, em 2008, 5,6% do PIB, o equivalente a 20,5 dias de trabalho do contribuinte. Aproximadamente um sexto de toda a carga tributária arrecadada em 2008 se destinou ao pagamento de juros<sup>23</sup>.

Os dados aqui são meramente exemplificativos e não se pretendeu discutir, aqui, a justiça ou injustiça da carga tributária, mas sim, revelar como a tributação pode ser instrumento de mudança social e a importância de se dar aos impostos um destino que atenda aos objetivos traçados pela Constituição.

#### 4 CONCLUSÕES

1. O papel do tributo em uma sociedade contemporânea não é somente financiar o Estado, mas, primordialmente, servir de instrumento de transformação social para resgatar direitos não realizados.
2. Como instrumento de transformação social, a tributação direta - de caráter mais progressivo - atende de maneira mais justa os ditames da igualdade e capacidade contributiva, ao contrário da tributação indireta, que possui caráter mais

---

<sup>22</sup> Fonte: Siafi/STN, a partir de banco de dados organizado pelo Prodasen e disponibilizado pela Câmara dos Deputados no portal Orçamento Brasil. Disponível em: < <http://www2.camara.gov.br/orcamentobrasil>>.

<sup>23</sup> Fonte: IPEA - Comunicado da Presidência n.º 22.

regressivo, pois ricos e pobres contribuem com um mesmo valor na compra de um produto, mercadoria ou aquisição de serviço.

3. O sistema tributário brasileiro é o contrário do que deveria ser, pois, ao invés de se tributar mais pesadamente as camadas mais aquinhoadas da população, tributam-se os mais pobres de maneira mais forte, tudo em virtude da preferência por uma tributação que incide sobre o consumo.
4. Um sistema tributário justo não é somente aquele que se baseia em uma arrecadação com base na capacidade contributiva do indivíduo – preferencialmente de forma progressiva e incidente sobre a renda e o patrimônio – mas também, aquele que destina os recursos auferidos à promoção da igualdade, do desenvolvimento do país e dos seus cidadãos.

## 5 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2005.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes.

\_\_\_\_\_. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. Princeton University Press, 2006.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University, 1998.

GODOI, Marciano Seabra de. *Tributo e solidariedade social*. In: GODOI, Marciano Seabra de & GRECO, Marco Aurélio (coords.) *Solidariedade Social e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA - *Comunicado da Presidência n.º 22. Receita pública: quem paga e como se gasta no Brasil*. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/comunicado\\_presidencia/09\\_06\\_30\\_ComunicaPresi\\_22\\_ReceitaPublica.pdf](http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/comunicado_presidencia/09_06_30_ComunicaPresi_22_ReceitaPublica.pdf)>

MENDES, Gilmar et al. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *O mito da propriedade: os impostos e a justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e jurisprudência*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2007.

POCHMANN, Márcio. *Desigualdade e justiça tributária*. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/pdf/08\\_05\\_15\\_DesigualdadeJusticaTributaria.pdf](http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/pdf/08_05_15_DesigualdadeJusticaTributaria.pdf)>. Acesso em: 03 jul. 2009.

RAWLS, John. *Liberalismo político*. Tradução de Sérgio René M. Báez. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

# EXECUÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS PELA JUSTIÇA DO TRABALHO (DA IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECER O DEFERIMENTO DO PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL COMO CAUSA DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO)

*Érico Zeppone Nakagomi, Procurador Federal <sup>1</sup>*

SUMÁRIO: 1 Introdução: o novo instituto da recuperação da empresa; 2 Das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário e da não inclusão do deferimento do processamento da recuperação judicial dentre elas; 3 Da inexistência de lei específica cuidando do parcelamento de dívidas tributárias no caso de pedido de recuperação judicial de empresas; 4 Da necessidade de se implementar um sistema informatizado que aponte a existência de execução de contribuições previdenciárias em face de tal ou qual contribuinte no âmbito da Justiça do Trabalho para assegurar que créditos tributários decorrentes de sentenças proferidas por essa Justiça Especializada passem a ser incluídos em parcelamentos que venham a ser concedidos em nome de contribuintes em recuperação judicial; 5 Considerações finais; 6 Referências.

---

<sup>1</sup> Chefe da Divisão de Gerenciamento de Execução Fiscal Trabalhista da Coordenação-Geral de Cobrança e Recuperação de Créditos da Procuradoria-Geral Federal de 10.11.2008 a 12.11.2009.

**RESUMO:** O artigo demonstra que a exigibilidade do crédito tributário de contribuições previdenciárias constituído pela Justiça do Trabalho, em decorrência de suas sentenças, tal qual se dá com a exigibilidade de todos os demais créditos tributários em procedimento de cobrança administrativa ou judicial em face do executado, não pode ser suspensa com o mero deferimento do processamento de recuperação judicial pela Justiça comum. Igualmente demonstra que o parcelamento da dívida tributária compatibiliza-se tanto com o princípio da conservação da empresa viável como com o princípio da supremacia do interesse público, pois permite que a empresa em crise pague de forma paulatina seus débitos tributários em prol do interesse público, sem prejuízo de sua reestruturação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Recuperação judicial da empresa. Execução Fiscal Trabalhista. Suspensão da Exigibilidade do Crédito Tributário. Parcelamento de Dívida Tributária.

**ABSTRACT:** The article shows that the enforceability of tax credit for social security contributions made by Labor Court, as a result of their sentences, as it is with the enforceability of all other tax credits in the judicial or administrative collection procedure in face of the debtor, cannot be suspended with the mere approval of the legal recovery process by the Civil Court. It also shows that the tax debt split becomes compatible to both reconcile with the principle of keeping the company viable as the principle of the supremacy of public interest because it allows a company in crisis to progressively pay its tax liabilities in the public interest, without prejudice to its restructuring.

**KEYWORDS:** Legal recovery of the company. Tax Labor Enforcement. Tax Credit Enforceability Suspension. Tax Debt Split.

## 1 INTRODUÇÃO: O NOVO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO DA EMPRESA

O instituto jurídico da recuperação de empresa, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, do qual são espécies a recuperação judicial e a extrajudicial, tem como escopo a reestruturação de empresas em crise.

De acordo com as aplaudidas palavras da Lei, pode-se dizer que o instituto jurídico da recuperação de empresa “*tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica*” (art. 47 da Lei nº 11.101/2005).

Muito embora tal objetivo esteja previsto como sendo o objetivo da recuperação judicial, pois o art. 47 da novel Lei assim fala<sup>2</sup>, para fazer uso de verbo vicário, e, ademais, encontra-se inserto nas “Disposições Gerais” do Capítulo da “Recuperação Judicial”, é inoldidável que se aplica também à recuperação *extrajudicial*.

Entender o contrário importaria em aceitar como juridicamente válido o criticado método de interpretação que toma em consideração, única e exclusivamente, a posição ou inserção de uma norma, regra ou disposição legal no interior do texto normativo, conhecido pejorativamente no mundo acadêmico-jurídico como “interpretação topográfica”.

Em outras palavras, esse objetivo pode e deve ser interpretado como comum a ambas as espécies de recuperação, de modo que é forçoso concluir que a recuperação judicial e a extrajudicial são apenas formas

---

<sup>2</sup> “CAPÍTULO III

DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Seção I

Disposições Gerais

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.” (sem grifos no original)

diversas de se realizar o mesmo e único objetivo, qual seja, “*viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica*”.

Uma se realiza inteiramente perante o Estado-Juiz e a outra, não; ou apenas em parte, caso o devedor queira requerer a homologação do plano em juízo, exercendo a faculdade que lhe outorga o art. 162 da Lei nº 11.101/2005<sup>3</sup>.

Em suma, não é errôneo concluir que a recuperação judicial e a extrajudicial têm o mesmo e idêntico objetivo, que se encontra insculpido no art. 47 da Lei nº 11.101/2005, a despeito de tal artigo se referir unicamente à recuperação judicial, como explicitado acima.

Esclarecido esse primeiro aspecto, cujo mérito está em afirmar claramente que o novo instituto da recuperação de empresa é gênero, do qual são espécies a recuperação judicial e a extrajudicial e, via de consequência, afirmar de forma fundamentada que tais espécies de recuperação de empresas possuem o mesmo fim, – convém, a propósito, aduzir que, de há muito, a doutrina brasileira reivindicava uma legislação moderna para as empresas em crise<sup>4</sup>.

Não é à toa que as normas que cuidam da falência – e hoje se pode dizer o mesmo também das normas que cuidam da recuperação de empresas – são qualificadas como um dos mais importantes capítulos do Direito Comercial, hoje também conhecido como Direito Empresarial<sup>5</sup>.

---

3 “Art. 162. O devedor poderá requerer a homologação de plano de recuperação extrajudicial, juntando sua justificativa e o documento que contenha seus termos e condições, com as assinaturas dos credores que a ele aderiram.”

4 Cf. LUCCA, de Newton e SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores). *Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências – Comentários Artigo por Artigo da Lei nº 11.101/2005*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, primavera de 2005, p. 15-20

5 Cf. Idem, ibidem, p. 22, *in verbis*: “O instituto da falência é, na verdade, um dos mais importantes no âmbito do direito comercial, embora seja exato dizer, com o nosso grande Carvalho de Mendonça, que ele extrapola os limites do direito mercantil, ainda que este tenha se tornado um direito empresarial, ultrapassando as nebulosas fronteiras do que se convencionou chamar de *Direito Privado*.” No mesmo sentido, ASCARELLI, Tullio. *Corso di Diritto Commerciale*. Milão: Giuffrè, 1962, p. 308, apud LUCCA, de Newton e SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores). Op. cit., Loc. Cit., *in verbis*: “As normas sobre

A reforma de nossa legislação falimentar era algo que se impunha já nos idos da década de setenta, conforme se depreende das saudosas palavras de doutrinadores da envergadura de Fábio Konder Comparato, Nelson Abrão e Rubens Requião<sup>6</sup>, esse último um dos maiores paladinos da reforma<sup>7</sup>, apesar de já ser possível na década de sessenta vislumbrar forte clamor doutrinário a favor dela, segundo nos dá conta o eminente professor e Desembargador Federal do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Newton de Lucca<sup>8</sup>.

Nossa antiga Lei de Quebras, como sabido, era de 1945 e foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945.

Obsoleta, nossa antiga Lei de Falências serviu de instrumento “de perfídia e de fraude dos inescrupulosos”, como constatou o professor Rubens Requião em meados da década de setenta<sup>9</sup>. A falência e a concordata (preventiva ou suspensiva), enquanto institutos jurídicos afins, serviram, por longos anos, para fim diametralmente oposto ao buscado pelo Decreto-Lei nº 7.661, de 1945, demonstrando-se inaptas para a contenção das fraudes das empresas insolventes.

A concordata – instituto jurídico da antiga Lei de Quebras que se aproxima *mutatis mutandis* do instituto da recuperação de

---

a insolvência do empresário comercial, que constituem um dos capítulos mais importantes do direito comercial...”.

- 6 Cf. VALVERDE, Trajano de Miranda (Atualizadores: SANTOS, J. A. Penalva e SANTOS, Paulo Penalva). *Comentários à Lei de Falências*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 29-30, *in verbis*: “Na realidade, não há originalidade alguma na afirmação de que o direito falimentar está em crise, e que deve passar por uma reforma profunda, inclusive para adotar o procedimento da reorganização da empresa, tão difundido em outros países. Há mais de 20 anos que a doutrina vem pugnando por uma ampla reforma do direito concursal, conforme se depreende da leitura de trabalhos clássicos, destacando-se dentre eles os da lavra dos eminentes Professores Fábio Konder Comparato e Rubens Requião.”.
- 7 Cf. LUCCA, de Newton e SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores). Op. cit., p. 18, *in verbis*: “igualmente o saudoso prof. Rubens Requião, um dos paladinos maiores da reforma, numa conferência...”.
- 8 Idem, ibidem, p. 17, *in verbis*: “Assim, era natural que o clamor doutrinário no País – extremamente visível a partir da década de sessenta –, no sentido de que se fazia necessária a reforma de nosso direito falimentar, foi ganhando cada vez mais corpo, embora se tenha revelado absolutamente inútil por prolongado período.”.
- 9 Palavras proferidas por Rubens Requião numa conferência proferida no Instituto dos Advogados Brasileiros, no Rio de Janeiro, em 08 de março de 1974 (Cf. LUCCA, de Newton e SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores). Op. cit., p. 19).

empresas<sup>10</sup>–, com o advento do Decreto-Lei nº 7.661, de 1945, perdeu a sua natureza contratual, pois até então dependia de sua aprovação por maioria absoluta dos credores, cabendo ao juiz apenas a homologação do acordo celebrado com o devedor, razão por que era inevitável que prevalecesse apenas o *interesse pessoal dos credores* com o deferimento da concordata<sup>11</sup>.

Com a nossa antiga Lei Falimentar, a concordata “passou a ser um favor legal, concedido exclusivamente ao devedor comerciante de boa-fé”<sup>12</sup>, de modo a permitir que o comerciante que preenchesse os requisitos do Decreto-Lei nº 7.661, de 1945, pudesse obter a concordata *mesmo contra a vontade de todos os credores*.

Muito embora, sob essa perspectiva, o Decreto-Lei nº 7.661, de 1945, tenha representado um avanço em relação à legislação anterior<sup>13</sup>, é evidente que a nossa revogada Lei de Falências buscava, com isso, proteger o devedor, sem tomar em consideração o *interesse social*<sup>14</sup>.

---

10 A seguir, será traçada uma comparação entre os dois institutos com fins meramente elucidativos, buscando com isso acentuar o caráter de novidade do instituto da recuperação de empresas no ordenamento jurídico nacional, justamente para demonstrar que a sua inserção na ordem jurídica brasileira atendeu em parte aos anseios da doutrina nacional por uma legislação que buscasse a reorganização de empresas em crise.

11 Cf. VALVERDE, Trajano de Miranda (Atualizadores: SANTOS, J. A. Penalva e SANTOS, Paulo Penalva). Op. cit., p. 27-29.

12 Ibidem, p. 28.

13 Idem, ibidem, p. 28. No mesmo sentido de que o Decreto-Lei nº 7.661, de 1945, significava grande avanço em relação à legislação anterior, ver LUCCA, de Newton e SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores). Op. cit., p. 17, *in verbis*: “Ninguém jamais pôs em dúvida o meritório esforço dos consagrados juristas nacionais que fizeram nascer aquele velho diploma. Com efeito, para a época em veio a lume, o anteprojeto então elaborado pela Comissão de Notáveis, presidida pelo Ministro interino da Justiça Dr. Alexandre Marcondes Filho – e composta pelos eminentes Profs. Canuto Mendes de Almeida, Filadelfo Azevedo, Hahnemann Guimarães, Luís Lopes Coelho, Noé Azevedo e Sylvio Marcondes, significava grande avanço.”.

14 Ver, a respeito, MACHADO, Hugo de Brito. Dívida tributária e recuperação judicial da empresa. *Revista Dialética de Direito Tributário nº 120*. São Paulo: Editora Dialética, setembro de 2005, p.71, *in verbis*: “Ressalte-se que na recuperação judicial da empresa, embora eventualmente se esteja a atender também o *interesse individual do empresário*, não é a esse interesse que se busca atender. O *interesse essencial a ser atendido é o da ordem econômica*. Basta que se examine a indicação dos meios de recuperação, legalmente indicados (art. 50 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005), para que se veja que em certos casos até pode ser sacrificado o interesse individual do empresário. O que importa é a recuperação da empresa como unidade econômica, que tem utilidade social indiscutível.” (sem grifos no original).

Historicamente, nossa legislação evoluiu – no que diz respeito à concordata, enquanto instituto cujo objetivo era impedir a falência<sup>15</sup> – da proteção dos interesses dos credores para a proteção exclusiva dos interesses do devedor.

Somente com a substituição do Decreto-Lei nº 7.661, de 1945, pelo Projeto de Lei nº 4.376/93, de autoria do Deputado Federal Osvaldo Biolchi, do Rio Grande do Sul, e, por conseguinte, com a introdução do novo instituto da recuperação da empresa no ordenamento jurídico brasileiro, passou a legislação hoje em vigor a buscar o *interesse social*, e não apenas o do devedor ou o dos credores.

Trocando em miúdos, urge reconhecer que nosso direito falimentar abandona sua arraigada e forte visão privatista, para adotar uma visão publicista. Afinal de contas, como bem obtemperou o ilustre professor Fábio Konder Comparato:

Se se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva de elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa.<sup>16</sup>

Também o professor Fábio Konder Comparato, a respeito desse dualismo de nosso direito falimentar (interesses dos credores versus interesses do devedor), assim já se manifestou com clareza inigualável:

O mínimo que se pode dizer nessa matéria é que o *dualismo no qual se encerrou o nosso Direito Falimentar – proteger o interesse pessoal do devedor ou o interesse dos credores* – não é de molde a propiciar soluções harmoniosas no plano geral da economia. O legislador parece desconhecer totalmente a realidade da empresa, como centro de múltiplos interesses – do empresário, dos empregados, dos sócios capitalistas, dos credores, do fisco, da região, do mercado em geral – desvinculando-se da pessoa do empresário. *De nossa parte,*

15 COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas (Lei n. 11.101, de 9-2-2005)*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. XXXIX, *in verbis*: “A medida judicial de preservação do devedor relativamente à falência deixa de ser a *concordata* (preventiva ou suspensiva) e passa a ser a *recuperação judicial*.”.

16 COMPARATO, Fábio Konder. A Reforma da Empresa. *Revista de Direito Mercantil* nº 50. São Paulo: RT, p. 57, e, posteriormente, in *Direito Empresarial*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 3 e ss, *apud* LUCCA, de Newton e SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores). Op. cit., p. 27.

*consideramos que uma legislação moderna da falência deveria dar lugar à necessidade econômica da permanência da empresa. A vida econômica tem imperativos e dependências que o Direito não pode, nem deve, desconhecer. A continuidade e a permanência das empresas são um desses imperativos, por motivos de interesse tanto social, quanto econômico.*<sup>17</sup> (grifo nosso)

Por isso, a preservação da empresa deve ser tida como um princípio fundamental de nossa ordem econômica (princípio da conservação da empresa viável), encontrando-se hoje consagrado no art. 47 da Lei nº 11.101/2005.

Mas, não só por isso, ou seja, pelo fim maior de preservação da empresa que possa ser reestruturada (art. 47 combinado com art. 53, II, ambos da Lei nº 11.101/2005), o instituto da recuperação da empresa da nova Lei de Falências deve ser distinguido do instituto da concordata do velho Decreto-Lei nº 7.661, de 1945.

Como bem nos esclarece o professor Fábio Ulhoa Coelho, em seus *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, as principais diferenças entre a concordata e a recuperação judicial são:

*a) a concordata é um direito a que tinha acesso todo empresário que preenchesse as condições da lei, independentemente da viabilidade de sua recuperação econômica, mas à recuperação judicial só tem acesso o empresário cuja atividade econômica possa ser reorganizada (conforme ressaltado acima); b) enquanto a concordata produz efeitos somente em relação aos credores quirografários, a recuperação judicial sujeita todos os credores, inclusive os que titularizam privilégio ou preferência (a única exceção é o pagamento das dívidas trabalhistas em no máximo 1 ano), excetos os fiscais (que devem ser pagos ou parcelados antes da concessão do benefício)<sup>18</sup>; c) o sacrifício imposto aos credores, na concordata, já vem definido na lei (dividendo mínimo) e é da unilateral escolha do devedor, ao passo que, na recuperação judicial, o sacrifício, se houver, deve ser*

17 COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970, p. 102, *apud* LUCEA, de Newton e SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores). *Op. cit.*, p. 18.

18 Desde já, chamo a atenção para essa exceção feita pelo professor Fábio Ulhoa Coelho.

delimitado no plano de recuperação, sem qualquer limitação legal, e deve ser aprovado por todas as classes de credores.<sup>19</sup> (grifó nosso)

Pois bem, é do interesse social, isto é, do empresário, dos empregados, dos sócios capitalistas, dos credores, do fisco, da região em que se situa a empresa, do mercado em geral e, quiçá, de todo um país, a manutenção da unidade produtiva, *que ainda possa ser reestruturada*<sup>20</sup>.

Segundo o professor Newton de Lucca, nossa nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, apesar de já nascer velha, ou melhor, com diversas limitações<sup>21</sup>, tem como aspectos mais significativos, a adoção da teoria da empresa e do novo instituto da recuperação judicial<sup>22</sup>, o qual, segundo ele, deverá representar uma diminuição no uso da falência como meio de cobrança<sup>23</sup>.

O Decreto-Lei nº 7.661, de 1945, não fez a necessária distinção entre empresário e empresa, de modo que, ao estabelecer um esquema repressivo em relação àquele, trouxe conseqüências desastrosas para esta, “enquanto instituição social, com múltiplos interesses a serem preservados”<sup>24</sup>. Do mesmo modo, subsistia na nossa revogada Lei Falimentar “uma finalidade *liquidatória-solutória* que é indisfarçável e que só deveria existir nos casos de completa inviabilidade da atividade empresarial”<sup>25</sup>, sob pena de fazer tábua rasa dos objetivos e princípios da ordem econômica que a nossa Constituição busca concretizar.

Ao revés, o instituto da recuperação veio a lume para permitir a manutenção da unidade produtiva, que ainda possa ser reestruturada, isto é, *que ainda seja viável (princípio da conservação da empresa viável)*,

---

19 COELHO, op. cit., p. XXXIX.

20 Cf. COELHO, op. cit., p. 25, *in verbis*: “A crise fatal de uma grande empresa significa o fim de postos de trabalho, desabastecimento de produtos ou serviços, diminuição na arrecadação de impostos e, dependendo das circunstâncias, paralisação de atividades satélites e problemas sérios para a economia local, regional ou, até mesmo, nacional.”

21 Cf. LUCCA, de Newton e SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores), op. cit., p. 25-26.

22 Cf. LUCCA, de Newton. A Reforma do Direito Falimentar no Brasil. *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região Número 40 (Separata)*. São Paulo, outubro/dezembro de 1999. p. 30.

23 Cf. LUCCA; SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores), op.cit., p. 31.

24 Cf. LUCCA, op. cit., p.33-34.

25 Cf. Ibidem, p. 34.

rompendo com a tradição de nossa legislação anterior a respeito do assunto, consoante demonstrado acima.

Assim, sob essa perspectiva, deve-se reconhecer o caráter de novidade desse instituto *no direito brasileiro*, muito embora já existisse na legislação de outros países há longa data<sup>26</sup>. Desse modo, razão assiste a todos aqueles que falam do “novo” instituto da recuperação da empresa no direito brasileiro.

Enfim, pode-se, à guisa de conclusão, com vistas a enfatizar a idéia principal a ser extraída das presentes considerações introdutórias, sobrelevar que a Lei nº 11.101/2005 buscou, com a introdução no ordenamento jurídico brasileiro do instituto da recuperação da empresa, possibilitar que empresas em crise, mas *viáveis*, voltassem a cumprir a sua função social (princípio da função social da empresa), por meio da manutenção da unidade produtiva, *que ainda possa ser reestruturada*, de forma a permitir a concretização de diversos princípios de nossa ordem econômica previstos em nossa Constituição<sup>27</sup>.

26 Cf. Idem, *ibidem*, p. 40-63. Cf. também COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., p. 25-26, *in verbis*: “Por isso, muitas vezes o direito se ocupa em criar mecanismos jurídicos e judiciais de recuperação da empresa. Nos Estados Unidos, o primeiro diploma de direito estatutário dispoendo sobre recuperação judicial de empresas surgiu em 1934, visando atenuar os efeitos da crise provocada pela quebra da Bolsa de Valores de Nova York em 1929. Em França, o instituto foi introduzido em 1967 e aperfeiçoado em 1985 e 1995. Na Itália, sob a denominação ‘administração extraordinária’, ele apareceu nos fins dos anos 1970. Em Portugal, em 1976, criou-se a ‘declaração da empresa em situação economicamente difícil’, embrião do ‘Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência’, de 1993. Áustria (1982), Reino Unido (1986), Colômbia (1989), Irlanda (1990), Austrália (1992), Espanha (1992) e Argentina (1994) são outros países que, no fim do século passado, introduziram mudanças no direito falimentar com o objetivo de criar mecanismos mais eficientes de preservação de empresas viáveis diante das crises. No Brasil, a nova Lei de Falências introduziu o procedimento da recuperação de empresas, em substituição à concordata.” (sem grifos no original).

27 A propósito, ver FIORENTINO, Marcelo Fróes Del. Implicações Fiscais Derivadas da Lei de Falência, Recuperação Judicial e Extrajudicial – Lei nº 11.101/05. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 119. São Paulo: Editora Dialética, agosto de 2005, p. 61, *in verbis*: “Visando cumprir com os objetivos/valores expressamente reconhecidos pelo art. 47 da Lei nº 11.101/05 (“... viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”) – objetivos/valores estes albergados pela Magna Carta, dentre outros, no inc. IV do art. 1º c/c os incs. II, III, IV e VIII do art. 170 – foi concebido o instituto jurídico da recuperação judicial (previsto em linhas gerais no Capítulo II da Lei nº 11.101/05).” (sem grifos no original). Ver no mesmo sentido VALVERDE, Trajano de Miranda (Atualizadores: SANTOS, J. A. Penalva e SANTOS, Paulo Penalva). Op. cit., p. 29, *in verbis*: “Encontram-se na própria Constituição atual os princípios fundamentais que justificam a reformulação do direito falimentar, como a busca do desenvolvimento nacional, para a implantação de uma sociedade justa e solidária. Para isso, a Carta de 1988 instituiu uma ordem econômica fundada na valorização do trabalho e da livre iniciativa, observados os princípios mencionados no art. 170. Princípios programáticos

## 2 DAS HIPÓTESES DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO E DA NÃO INCLUSÃO DO DEFERIMENTO DO PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DENTRE ELAS

Constituem hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos exatos termos do art. 151 do Código Tributário Nacional, a moratória; o depósito de seu montante integral; as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo; a concessão de medida liminar em mandado de segurança; a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; e o parcelamento, *in verbis*:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito de seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança;

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

VI - o parcelamento. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

As hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário são *numerus clausus*, porquanto a lista de hipóteses previstas no art. 151 do Código Tributário Nacional é taxativa.

O art. 151 do Código Tributário Nacional estabelece uma lista fechada de hipóteses que suspendem a exigibilidade do crédito tributário. Apenas e tão somente as hipóteses nesse artigo enumeradas têm o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário.

---

que são, possuem, ao menos, aquela eficácia mínima, de retirar suporte hierárquico às normas legais inferiores, que com eles não se coadunarem. Urge, então, adequar a lei falimentar a estes princípios. *Afinal, não é possível conciliar uma norma que conduz ao desaparecimento de empresas viáveis, em dificuldades momentâneas, com os graves problemas daí decorrentes, com uma ordem constitucional que caminha em sentido contrário.*" (grifos nosso).

Vigora, na espécie, a estrita legalidade tributária, que, “estampada no art. 150, I, da CF e interpretada em consonância com outros artigos constitucionais que lhe revelam o sentido” importa na reserva absoluta de lei<sup>28</sup>.

A corroborar tal assertiva está o inciso VI do art. 97 do Código Tributário Nacional, o qual adverte que:

Art. 97. *Somente a lei pode estabelecer.*

[...]

VI - *as hipóteses* de exclusão, suspensão e extinção de *créditos tributários*, ou de dispensa ou redução de penalidades. (grifo nosso)

Esclareça-se, a esse respeito, que a suspensão é da exigibilidade, e não do crédito em si, consoante preleciona o professor Paulo de Barros Carvalho em seu *Curso*<sup>29</sup>.

Mas uma pergunta é, com certeza, inevitável: a que espécie de lei se refere o *caput* do art. 97 do Código Tributário Nacional (“Somente lei”)?

O nosso Código Tributário Nacional, muito embora tenha sido introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio de simples lei ordinária – a Lei nº 5.172/66 –, foi recepcionado pela Constituição da República de 1988 com nível de lei complementar, pois trata de matéria reservada a esse tipo de ato legislativo (normas gerais em matéria de legislação tributária), conforme se depreende de nosso art. 146, III, da Constituição.

O fenômeno da recepção de uma lei anterior por uma nova ordem constitucional, cujo exemplo clássico no direito brasileiro é justamente a recepção do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66) pela

---

28 Cf. PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário – Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e Jurisprudência*. 9ª ed. revista e atualizada (segunda tiragem). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 170.

29 Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 433, *in verbis*: “Ocorrendo alguma das hipóteses previstas no art. 151 da Lei nº 5.172/66, aquilo que se opera, na verdade, é a suspensão do teor da exigibilidade do crédito tributário, não do próprio crédito que continua existindo tal qual nascera.”.

Constituição de 1988, exige apenas que haja compatibilidade material com a nova Constituição.

Assim, a despeito de inexistir compatibilidade formal entre o Código Tributário Nacional e a Constituição da República de 1988, pois esta exige lei complementar para tratar de normas gerais em matéria de legislação tributária, a Lei Ordinária nº 5.172/66 foi recepcionada pela Constituição de 1988, porque foi validamente positivada na ordem jurídica nacional na época em que editada, por não conter nenhum vício legislativo que a eivasse de inconstitucionalidade formal com a Constituição então em vigor.

Por existir essa compatibilidade material entre o nosso Código Tributário Nacional e a Constituição da República de 1988, costuma-se dizer que a Lei Ordinária nº 5.172/66 foi recepcionada com *status*, com caráter ou com nível de lei complementar. Logo, só pode ser alterada por essa espécie normativa.

Em síntese, o Código Tributário Nacional só pode ter as suas disposições modificadas por meio da aprovação de lei complementar que disponha sobre normas gerais em matéria de legislação tributária, por força do art. 146, III, da Constituição<sup>30</sup>.

---

30 Sobre o assunto, ver ESTEVES, Maria do Rosário. *Normas Gerais de Direito Tributário*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1997, p. 106-107, *in verbis*: “O Código Tributário Nacional – Lei 5.172/66 – é o instrumento legal que introduz normas gerais de direito tributário no ordenamento brasileiro. Foi votado e aprovado obedecendo processo legislativo previsto para elaboração de lei ordinária, pois não existia, na vigência da Constituição Federal de 1946, época em que foi aprovado, lei formalmente complementar à Constituição./Após o advento da Constituição de 1967, com a mudança do regime constitucional, houve a exigência de um processo legislativo especial (denominado lei complementar) para a veiculação das normas gerais de direito tributário. A partir daí, muito discutiu-se a respeito da natureza jurídica do CTN. Teria sido ele recepcionado como lei complementar? Ou continuava sendo uma lei ordinária? A doutrina dividiu-se ao responder a estas perguntas. De um lado, os tradicionalistas sustentavam que a Lei 5.172/66 assumiu a natureza de lei complementar, por tratar de matéria reservada a esta modalidade de espécie legal. Em contrapartida, juristas de peso defendiam a tese da recepção desta lei pela nova Constituição (a de 67) como lei formalmente ordinária e materialmente de caráter nacional. Inclino-nos por esta última posição. Realmente, uma lei votada e aprovada por um determinado processo legislativo não pode ter este fato modificado. Porém, devido à nova ordem constitucional, por cuidar de matéria reservada à lei complementar, só será revogada ou alterada por lei formalmente complementar./O art. 146 da Constituição Federal de 1988, ao prescrever que normas gerais de direito tributário só podem ser veiculadas por lei complementar, seguiu o art. 18, § 1º, da Constituição anterior. Assim, quer pelo já exposto, quer pelo art. 34, § 5º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, recepcionou o CTN naquilo que com ela era compatível, incorporando-o à nova ordem instaurada.”.

Do exposto decorre a conclusão de que a taxatividade do art. 151 do Código Tributário Nacional *por si só* impede se reconheça o deferimento do processamento da recuperação judicial como causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Como o deferimento do processamento da recuperação judicial não se encontra na lista taxativa do art. 151 do Código Tributário Nacional, não pode tal hipótese ser tida como causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Apesar disso, houve por bem o legislador da nossa nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas (Lei nº 11.101/2005) estabelecer no parágrafo 7º do artigo 6º dessa Lei que<sup>31</sup>:

Art. 6º. A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

[...]

*§ 7º As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.*  
(grifo nosso)

Trata-se de norma meramente interpretativa do art. 151 do Código Tributário Nacional, para reforçar que não pode haver a suspensão de execução fiscal em razão do deferimento de recuperação judicial.

À luz da doutrina clássica, trata-se de interpretação autêntica, ou seja, o próprio legislador estabelece a interpretação que se deve fazer dos artigos 151 e 97, inciso VI, do Código Tributário Nacional, em face do deferimento do processamento de recuperação judicial pela Justiça comum.

31 Cf. LUCCA, de Newton e SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores). Op. cit., p. 118, *in verbis*: “No tocante ao § 7º, sem correspondência com o Dec.-Lei 7.661, pois neste não havia o instituto da recuperação, reafirma-se o que já é absolutamente pacífico na jurisprudência de todo o País, aí incluída a de ambas as Cortes Superiores, no âmbito das falências: os créditos fiscais não estão sujeitos à habilitação no juízo falimentar e, em consequência, não se suspendem as execuções de natureza fiscal em razão da decretação da quebra. Isso ocorrerá, também, em relação ao deferimento da recuperação judicial, nos termos desse parágrafo.” (grifo nosso).

Por isso, havemos de concluir, com Marcelo Fróes Del Fiorentino, que:

a) dado o deferimento de recuperação judicial em benefício de certo sujeito de direito, fica vedada a suspensão de eventuais execuções fiscais existentes em face de tal sujeito de direito e b) dada a existência da hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário qualificada como parcelamento – parcelamento este em conformidade com o previsto nos §§ 3º e 4º do art. 155-A do CTN – fica(m) suspensa(s) eventual(ais) execução(ões) fiscal(ais) existente(s) em face do sujeito de direito beneficiário do deferimento da recuperação judicial.<sup>32</sup>

Por outro lado, é de bom alvitre constatar que o parágrafo 7º do art. 6º da Lei Ordinária nº 11.101/2005 também se coaduna com o que dispõe o inciso I do art. 111 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I - *suspensão* ou *exclusão do crédito tributário*;

[...] (grifo nosso)

O inciso I do art. 111 do Código Tributário Nacional veda o emprego da analogia para o reconhecimento de outras hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário que não aquelas expressamente previstas no art. 151 do Código Tributário Nacional.

Não fosse o inciso I do art. 111 do Código Tributário Nacional, poder-se-ia argumentar que “o deferimento do processamento da recuperação judicial” se equipara a uma ou mais hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ali previstas, por tais ou quais motivos, o que de acordo com as razões aqui expostas é inadmissível.

O Código Tributário Nacional estabeleceu um sistema fechado de hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, que impede que os operadores do direito reconheçam o deferimento do processamento da recuperação judicial como causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

<sup>32</sup> FIORENTINO, op. cit., p. 61.

Para ser mais exato, pode-se dizer que tal sistema fechado impede até mesmo a simples tentativa de reconhecimento do deferimento do processamento da recuperação judicial como causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, porque veda expressamente o uso da analogia na interpretação das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Desta feita, sequer o tentar reconhecer é permitido. A isso se curvam doutrina e jurisprudência<sup>33</sup>.

Mas o parágrafo 7º do art. 6º da Lei nº 11.101/2005 não pára por aí. Para arrematar, dá o norte para onde deve o intérprete ou operador do direito dirigir o seu pensamento: o devedor poderá ter o curso das execuções fiscais suspenso caso obtenha parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica. Eis a inteligência da parte final do parágrafo 7º do art. 6º da Lei nº 11.101/2005.

Diante do exposto, é razoável concluir que o princípio da reserva legal, aliado ao princípio da indisponibilidade do interesse público, do qual decorre o princípio da indisponibilidade do crédito tributário<sup>34</sup>, com força nos artigos 151, 97, inciso VI, 111, inciso I, do Código Tributário Nacional, combinados com o artigo 6º, parágrafo 7º, da nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, impede que se reconheça o

---

33 Ver Acórdão unânime da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, proferido nos autos do Agravo de Instrumento nº 2006.04.00.035027-0/PR, de relatoria do Desembargador Federal Joel Ilan Paciornik, julgado em 28.02.2007 e publicado do D. E. de 07.03.2007: “TRIBUTÁRIO. DEFERIMENTO DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EXECUTADA. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. 1. O deferimento do pedido de recuperação judicial não suspende o andamento dos feitos executivos fiscais, consoante o disposto no artigo 6º, parágrafo 7º, da Lei nº 11.101/2005. Não pode o Judiciário, por mais sensível que seja à situação da agravante, atuar como legislador positivo, criando exceções que a lei não contempla. 2. Agravo de instrumento improvido.”.

34 Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. Por isso, o administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Eis, em apertada síntese, a expressão do que vem a ser o princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, do qual decorre o princípio da indisponibilidade do crédito tributário.

Ensina a melhor doutrina que indisponíveis são aqueles direitos não renunciáveis ou a respeito dos quais a vontade do titular só pode se manifestar, de forma eficaz, se satisfeitos determinados requisitos. Tais caracteres, sem dúvida, encontram-se presentes e guiam a atividade de qualquer administrador nas sociedades contemporâneas. A administração da coisa pública, conforme brilhantes lições do mestre Celso Antonio Bandeira de Mello de que nos servimos na presente nota, está atrelada à indisponibilidade do interesse público pelo agente-administrador. Mais precisamente, diz o ilustre professor que “*Todo o sistema de direito administrativo, a nosso ver, se constrói sobre os mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela administração*” (*Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 48).

deferimento do processamento da recuperação judicial como causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

### **3 DA INEXISTÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA CUIDANDO DO PARCELAMENTO DE DÍVIDAS TRIBUTÁRIAS NO CASO DE PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS**

O deferimento do processamento da recuperação judicial não tem força para trancar a execução fiscal.

Somente o deferimento do parcelamento tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário e, por conseguinte, permitir a suspensão da execução fiscal.

Disso exsurge a questão de saber por que não optou o legislador, pura e simplesmente, por estabelecer que o deferimento do processamento da recuperação judicial constitui hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, incluindo-o no rol do art. 151 do Código Tributário Nacional (Lei Ordinária nº 5.172/66), quando editou a Lei Complementar nº 118, de 2005, alterando e acrescentando dispositivos à Lei nº 5.172/66, para compatibilizá-la com os princípios norteadores da nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas (Lei nº 11.101/2005)?

No caso da falência, “a suspensão das execuções contra o falido justifica-se pela irracionalidade da concomitância de duas medidas judiciais satisfativas (a individual e a concursal) voltadas ao mesmo objetivo”<sup>35</sup>, cuja “única exceção da lei à regra da suspensão das execuções diz respeito às fiscais”<sup>36</sup>.

No caso da recuperação judicial, o fundamento da suspensão das execuções é outro. Buscou o legislador, ao prever a suspensão das execuções, dar “o fôlego necessário para atingir o objetivo pretendido de reorganização da empresa”<sup>37</sup>. Caso prosseguissem as execuções, os objetivos da recuperação judicial poderiam não ser atingidos, mas

---

35 Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. op. cit., p. 40.

36 Ibidem, p. 38.

37 Ibidem, p. 40.

“Também na recuperação judicial, a suspensão não atinge as execuções fiscais, que devem prosseguir”<sup>38</sup>.

Ora, em sendo assim, o questionamento volta à tona: por que o legislador não contemplou também a suspensão das execuções fiscais com o deferimento do processamento da recuperação judicial?

Uma resposta possível, que de forma alguma tem a pretensão de ser a única verdadeira, pauta-se pela ponderação dos interesses em jogo.

De um lado, temos, pois, o princípio da conservação da empresa viável, que se encontra consagrado no art. 47 da Lei nº 11.101/2005 combinado com art. 53, inciso II, também da Lei nº 11.101/2005<sup>39</sup>, cujo objetivo é a preservação da empresa em crise que possa ser reestruturada, reorganizada.

Por detrás dele, como visto alhures, encontra-se o interesse social na preservação da empresa em crise que ainda possa ser reestruturada, isto é, o interesse do empresário, o interesse dos empregados, o interesse dos sócios capitalistas, o interesse dos credores, o interesse do fisco, o interesse da região em que se situa a empresa, o interesse do mercado em geral e, quiçá, o interesse de todo um país, de molde a afastar a simples solução liquidatória-solutória prevista em nossa revogada Lei Falimentar, nesse aspecto muito criticada e rechaçada por incontáveis doutrinadores.

Todos esses interesses são considerados em si mesmos quando se busca a recuperação da empresa. Por isso, fala-se em interesse social, e não em interesse público.

Trata-se do interesse de todos, um a um assim tomados em consideração. Pode até existir o interesse da Fazenda Pública, mas não

---

38 Coelho, op cit.

39 “Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência, e deverá conter:

[...]

II – demonstração de sua viabilidade econômica;”

se pode afirmar que existe interesse público em recuperar uma empresa privada.

De outro lado, a suspensão das execuções fiscais com o mero deferimento do processamento da recuperação judicial poderia implicar, no caso de não ter logrado êxito o plano de recuperação da empresa, na extinção pura e simples das execuções fiscais que tivessem sido suspensas, sem a devida satisfação do crédito tributário em prol de toda a coletividade, em claro e manifesto prejuízo ao interesse *público*, entendido este como o interesse da sociedade como um todo. O interesse público é maior que o interesse social. Abarca esse. É não só social, mas também social. É o interesse maior da sociedade.

Anteviu o legislador a possibilidade de valoração equivocada da capacidade econômica da empresa de se reerguer. O plano de recuperação judicial pode disfarçar a existência de uma completa inviabilidade econômica na sua execução, razão pela qual a falência deve ser decretada se detectada a manifesta impossibilidade de recuperação da empresa.

Por isso o princípio da preservação da empresa só se aplica à empresa viável, ou seja, àquela que ainda possa ser reestruturada, reorganizada.

Não parece razoável submeter o interesse público a tamanho risco. Afinal, o novo instituto da recuperação da empresa é uma instituição humana e, como tal, na sua execução, sujeita-se às falhas daí decorrentes.

Caso o plano de recuperação da empresa falhe, não logrando o almejado e esperado êxito, se o deferimento do processamento da recuperação judicial estivesse previsto como hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, o interesse público poderia restar prejudicado. Haveria aí graves prejuízos à ordem e economia públicas.

Isso, por via obliqua, importaria na execução da criticada política de há muito conhecida pelo povo brasileiro de “privatização dos lucros e socialização das perdas” (ou “nacionalização” dos prejuízos).

A primazia do interesse público ao do particular não pode jamais ser aviltada (princípio da supremacia do interesse público<sup>40</sup>).

E o parcelamento da dívida tributária compatibiliza-se tanto com o princípio da conservação da empresa viável como com o princípio da supremacia do interesse público, pois permite que a empresa em crise pague de forma paulatina seus débitos tributários em prol do interesse público, sem prejuízo de sua reestruturação.

Não por outra razão, o legislador, quando editou a Lei Complementar nº 118, de 2005, alterando e acrescentando dispositivos à Lei nº 5.172/66, para compatibilizá-la com os princípios norteadores da nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas (Lei nº 11.101/2005), alterou também o art. 187 do Código Tributário Nacional para fazer constar também a não sujeição da cobrança judicial do crédito tributário à recuperação judicial:

Art. 187. *A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento.* (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005) (grifo nosso)

O deferimento do parcelamento, ao contrário, mostra-se como uma medida viável, que guarda sintonia com os princípios norteadores da nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas (Lei nº 11.101/2005), já que dá o necessário fôlego para a empresa atingir o objetivo pretendido de se reestruturar.

Diante disso, optou o legislador por reservar à lei específica, quando editou a Lei Complementar nº 118, de 2005, alterando e acrescentando dispositivos à Lei nº 5.172/66, a atribuição de fixar as condições para o deferimento de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial, dadas as peculiaridades dessa situação de crise da empresa, *in verbis*:

---

40 Ver sobre tal princípio CARVALHO, Paulo de Barros. Op. cit., p. 153, *in verbis*: "Diretriz implícita, mas de forte e profundo poder de penetração em todas as regras de direito público, exalta a superioridade dos interesses coletivos sobre os do indivíduo, como instrumento valioso para coordenar as atividades sociais, num ambiente de ordem e respeito aos direitos de todos os súditos. É um dos postulados essenciais para a compreensão do *regime jurídico-administrativo* e está presente em capítulos importantíssimos do Direito Tributário."

Art. 155-A. O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

§ 1º Salvo disposição de lei em contrário, o parcelamento do crédito tributário não exclui a incidência de juros e multas. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

§ 2º Aplicam-se, subsidiariamente, ao parcelamento as disposições desta Lei, relativas à moratória. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

§ 3º *Lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial.* (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

§ 4º A inexistência da lei específica a que se refere o § 3o deste artigo importa na aplicação das leis gerais de parcelamento do ente da Federação ao devedor em recuperação judicial, não podendo, neste caso, ser o prazo de parcelamento inferior ao concedido pela lei federal específica. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)” (grifo nosso)

Em face da omissão legislativa em editar tal lei específica, permanecemos, infelizmente, com a aplicação supletiva do parágrafo 4º do art. 155-A do Código Tributário Nacional, acima transcrito, ao devedor em recuperação judicial, que estatui deve ser aplicada a lei comum sobre parcelamento do respectivo ente da Federação nesse caso<sup>41</sup>.

---

41 No caso de débitos para com a Fazenda Nacional, ver a Lei nº 10.522/2002 (art. 10 e seguintes), com as alterações efetuadas pelo artigo 34 da Medida Provisória nº 449, de 03 de dezembro de 2008 (DOU de 04.12.2008): “Art. 10. Os débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional poderão ser parcelados em até sessenta parcelas mensais, a exclusivo critério da autoridade fazendária, na forma e condições previstas nesta Lei. (Redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002) Parágrafo único. O Ministro de Estado da Fazenda poderá delegar, com ou sem o estabelecimento de alçadas de valor, a competência para autorizar o parcelamento.”

#### **4 DA NECESSIDADE DE SE IMPLEMENTAR UM SISTEMA INFORMATIZADO QUE APONTE A EXISTÊNCIA DE EXECUÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS EM FACE DE TAL OU QUAL CONTRIBUINTE NO ÂMBITO DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA ASSEGURAR QUE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS DECORRENTES DE SENTENÇAS PROFERIDAS POR ESSA JUSTIÇA ESPECIALIZADA PASSEM A SER INCLUÍDOS EM PARCELAMENTOS QUE VENHAM A SER CONCEDIDOS EM NOME DE CONTRIBUINTES EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

Dentre outras tantas finalidades<sup>42</sup> para as quais possa servir a expedição de uma certidão que aponte a existência ou não de execução de contribuições previdenciárias em face de tal ou qual contribuinte no âmbito da Justiça do Trabalho, por meio da criação e implantação de um sistema informatizado de abrangência nacional para tanto, está a de assegurar que créditos tributários decorrentes de sentenças proferidas por essa Justiça Especializada passem a ser incluídos em parcelamentos que venham a ser concedidos em nome de contribuintes em recuperação judicial.

Os créditos tributários decorrentes das sentenças proferidas pela Justiça do Trabalho podem passar despercebidos para o juízo em que está sendo processada a recuperação judicial<sup>43</sup>.

---

42 A propósito, dispõe o Código Tributário Nacional em seu artigo 193 que: “Salvo quando expressamente autorizado por lei, nenhum departamento da administração pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, ou dos Municípios, ou sua autarquia, celebrará contrato ou aceitará proposta em concorrência pública sem que o contratante ou proponente faça prova da quitação de todos os tributos devidos à Fazenda Pública interessada, relativos à atividade em cujo exercício contrata ou concorre”. O artigo 14 da Medida Provisória nº 449/2008 estabelece que foram perdoados os débitos de contribuições previdenciárias, vencidos a cinco anos ou mais em 31 de dezembro de 2007, cujo valor total consolidado nessa mesma data seja igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Como o valor total consolidado deve ser o resultante do somatório de todos os débitos do sujeito passivo – inscritos ou não inscritos, inclusive os decorrentes de decisões proferidas pela Justiça do Trabalho, relativos às contribuições sociais previstas nas alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212, de 1991, às contribuições instituídas a título de substituição e às contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil –, para a apuração desse valor total consolidado (com base nos critérios de atualização estabelecidos na legislação previdenciária, conforme manda o parágrafo 4º do art. 879 da CLT, isto é, com base nos critérios de atualização previstos no art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991), a existência de um sistema informatizado de abrangência nacional facilitaria em muito o reconhecimento da remissão.

43 “Art. 191-A. A concessão de recuperação judicial depende da apresentação da prova de quitação de todos os tributos, observado o disposto nos arts. 151, 205 e 206 desta Lei. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)”

A título de ilustração, pode-se dizer que:

relativamente às pessoas jurídicas que almejem o deferimento do processamento de recuperação judicial conclui-se da necessidade impostergável de prévia apresentação de certidão negativa de débitos tributários tal qual disposto no art. 205<sup>44</sup> do CTN ou de certidão positiva de débitos tributários com efeitos de negativa conforme estatuído no art. 206<sup>45</sup> do CTN<sup>46</sup>.

Como cediço, a competência da Justiça do Trabalho para executar, de ofício, as contribuições previdenciárias, e seus acréscimos legais, decorre do artigo 114, inciso VIII, da Constituição da República.

À Justiça do Trabalho compete executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, inciso I, alínea “a”, e inciso II, da Constituição, decorrentes das sentenças que proferir.

O fato de a Justiça do Trabalho executar, de ofício, as contribuições decorrentes das sentenças que profere, impede que tais créditos constem dos cadastros informatizados hoje existentes no âmbito do Poder Executivo Federal, de modo que fica o Poder Público impossibilitado de fazer com que a existência de tais créditos seja considerada para impedir a expedição de certidão negativa.

As sentenças proferidas pela Justiça do Trabalho valem como título executivo, para a execução das contribuições. Constituem títulos executivos judiciais para a execução, de ofício, das contribuições sociais nos autos de reclusórias que tramitam perante a Justiça do Trabalho.

É sabido que o legislador pode, por razões de ordem pública, atribuir certos efeitos às sentenças judiciais, de modo que tais efeitos incidam de forma automática.

---

44 “Art. 205. A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.”

45 “Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.”

46 Cf. FIORENTINO, op. cit., p. 62.

Proferida uma sentença, mesmo que tais pedidos não constem da petição inicial, decorre dela a incidência de juros legais, a condenação da parte vencida ao pagamento das custas e despesas processuais e dos honorários de sucumbência, bem assim, se for o caso, a condenação da parte vencida ao pagamento de prestações vincendas.

Isso é o que ocorre com as sentenças trabalhistas, no que concerne às contribuições sociais delas decorrentes.

Proferida uma sentença trabalhista, seja condenatória, seja homologatória de acordo, decorre dela a execução automática das contribuições sociais, sem que seja necessária a inscrição de tal débito em Dívida Ativa da União.

Esse, aliás, o fim maior visado pelo legislador quando atribuiu à Justiça do Trabalho competência para executar de ofício as contribuições sociais decorrentes das sentenças que proferir, qual seja, abolir a necessidade de inscrição em Dívida Ativa do crédito tributário decorrente de sentença proferida pela Justiça do Trabalho para posterior ajuizamento de execução, de modo a simplificar e a facilitar a arrecadação.

Com essa execução automática, foi possível afastar o lançamento do tributo pela autoridade administrativa, conforme prevê o artigo 142 do Código Tributário Nacional<sup>47</sup>. Nesse caso, é o Juiz do Trabalho, e não a autoridade administrativa, quem constitui o crédito tributário decorrente das sentenças que profere, pois nada impede que uma autoridade judicial faça o lançamento desse crédito tributário.

Por outro lado, é sabido que a Certidão de Dívida Ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei<sup>48</sup>, constitui título executivo extrajudicial, nos termos do que dispõe o artigo 585, inciso VII, do Código de Processo Civil.

---

47 "Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional."

48 Art. 2º e seguintes da Lei 6.830/80 e art. 201 do Código Tributário Nacional.

À vista dessas considerações, pode-se fazer a seguinte distinção:

- a) LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO REALIZADO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA OU “AUTOLANÇAMENTO” REALIZADO PELO PRÓPRIO CONTRIBUINTE, O QUAL CONSTITUI CONFISSÃO DE DÍVIDA INSCRIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM DÍVIDA ATIVA → CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA (CDA) → AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL COM BASE NUM TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL, A CDA; ou
- b) SENTENÇA PROFERIDA PELA JUSTIÇA DO TRABALHO → JUIZ DO TRABALHO EXECUTA, DE OFÍCIO, O CRÉDITO APURADO COM BASE NUM TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL, SUA PRÓPRIA SENTENÇA.

Em virtude dessa distinção entre o crédito tributário comum e o crédito tributário decorrente de sentença proferida pela Justiça do Trabalho na sua forma de constituição<sup>49</sup>, decorre o fato de esse último não constar dos cadastros informatizados hoje existentes no âmbito do Poder Executivo Federal, de modo que fica o Poder Público impossibilitado de fazer com que a existência de tais créditos seja considerada para impedir a expedição de certidão negativa, o que fere o princípio da isonomia, porque não impede, por exemplo, que um contribuinte em débito para com a Fazenda Pública contrate com o Poder Público.

Em razão dessa constatação, é premente a necessidade de se implementar um sistema informatizado que aponte a existência de execução de contribuições previdenciárias em face de tal ou qual contribuinte no âmbito da Justiça do Trabalho para assegurar que créditos tributários decorrentes de sentenças proferidas por essa Justiça Especializada passem a ser incluídos em parcelamentos que venham a ser concedidos em nome de contribuintes em recuperação judicial.

---

49 Entendemos que não há diferença ontológica entre eles, mas apenas e tão somente diferença na forma de sua constituição, ou seja, na forma de sua apuração e lançamento.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para a introdução no ordenamento jurídico brasileiro do instituto da recuperação da empresa pela Lei nº 11.101, de 2005, conhecida como nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, foi necessário compatibilizar o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66) com os princípios da ordem econômica estabelecidos pela nossa Constituição norteadores dessa Lei.

Essa compatibilização foi realizada com a publicação da Lei Complementar nº 118, de 09 de fevereiro de 2005, alterando e acrescentando dispositivos à Lei nº 5.172/66, concomitantemente com a publicação da Lei nº 11.101, em 09 de fevereiro de 2005.

O objetivo da nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas com a introdução no ordenamento jurídico brasileiro do instituto da recuperação da empresa está na preservação da empresa viável, que possa ser reestruturada.

Ao editar a Lei Complementar nº 118, de 2005, alterando e acrescentando dispositivos ao Código Tributário Nacional, o legislador acertadamente não incluiu “o deferimento do processamento da recuperação judicial” no rol do art. 151 do Código Tributário Nacional (Lei Ordinária nº 5.172/66), o qual estabelece as hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

O interesse social na preservação da empresa em crise, que ainda possa ser reestruturada, isto é, o interesse do empresário, o interesse dos empregados, o interesse dos sócios capitalistas, o interesse dos credores, o interesse do fisco, o interesse da região em que se situa a empresa, o interesse do mercado em geral e, quiçá, o interesse de todo um país, não se confunde com o interesse público.

Todos esses interesses são considerados em si mesmos quando se busca a recuperação da empresa em crise. Por isso, fala-se em interesse social, e não em interesse público. Trata-se do interesse de todos, um a um assim considerados, já que não se pode propriamente afirmar que existe interesse público em recuperar uma empresa privada. O interesse público é maior que o interesse social. Abarca esse. É não só social, mas também social. É o interesse maior de toda a sociedade.

A suspensão das execuções fiscais com o mero deferimento do processamento da recuperação judicial poderia implicar, no caso de não ter logrado êxito o plano de recuperação da empresa, na extinção pura e simples das execuções fiscais que tivessem sido suspensas, sem a devida satisfação do crédito tributário em prol de toda a coletividade, em claro e manifesto prejuízo ao interesse *público*, entendido este como o interesse da sociedade como um todo.

Caso o plano de recuperação da empresa falhe, não logrando o almejado e esperado êxito, se o deferimento do processamento da recuperação judicial estivesse previsto como hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, o interesse público poderia restar prejudicado. Haveria aí graves prejuízos à ordem e economia públicas.

Isso, por via oblíqua, também importaria na execução da criticada política de há muito conhecida pelo povo brasileiro de “privatização dos lucros e socialização das perdas” (ou “nacionalização” dos prejuízos).

A primazia do interesse público ao do particular não pode jamais ser aviltada (princípio da supremacia do interesse público).

E o parcelamento da dívida tributária compatibiliza-se tanto com o princípio da conservação da empresa viável como com o princípio da supremacia do interesse público, pois permite que a empresa em crise pague de forma paulatina seus débitos tributários em prol do interesse público, sem prejuízo de sua reestruturação.

O Código Tributário Nacional estabeleceu um sistema fechado de hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, que impede que os operadores do direito reconheçam o deferimento do processamento da recuperação judicial como causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. A isso se curvam doutrina e jurisprudência. Nesses termos, a taxatividade do art. 151 do Código Tributário Nacional *por si só* impede se reconheça o deferimento do processamento da recuperação judicial como causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

O parágrafo 7º do art. 6º da Lei nº 11.101/2005 dá o norte para onde deve o intérprete ou operador do direito dirigir o seu pensamento: o devedor poderá ter o curso das execuções fiscais suspenso caso obtenha parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da

legislação ordinária específica. Essa é a inteligência da parte final do parágrafo 7º do art. 6º da Lei nº 11.101/2005, que deve ser vista como norma meramente interpretativa do art. 151 do Código Tributário Nacional (interpretação autêntica à luz da doutrina jurídica clássica).

Diante do exposto, é razoável concluir que o princípio da reserva legal, aliado ao princípio da indisponibilidade do interesse público, do qual decorre o princípio da indisponibilidade do crédito tributário, com força nos artigos 151, 97, inciso VI, 111, inciso I, do Código Tributário Nacional, combinados com o artigo 6º, parágrafo 7º, da nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, impede que se reconheça o deferimento do processamento da recuperação judicial como causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, razão pela qual a exigibilidade do crédito tributário de contribuições previdenciárias constituído pela Justiça do Trabalho, em decorrência de suas sentenças, tal qual se dá com a exigibilidade de todos os demais créditos tributários em procedimento de cobrança administrativa ou judicial em face do executado, não pode ser suspensa com o mero deferimento do processamento de recuperação judicial pela Justiça comum.

## 6 REFERÊNCIAS

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas (Lei n. 11.101, de 9-2-2005)*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ESTEVES, Maria do Rosário. *Normas Gerais de Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FIORENTINO, Marcelo Fróes Del. Implicações Fiscais Derivadas da Lei de Falência, Recuperação Judicial e Extrajudicial – Lei nº 11.101/05. *Revista Dialética de Direito Tributário nº 119*. São Paulo: Dialética, agosto de 2005.

LUCCA, de Newton e SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores). *Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências – Comentários Artigo por Artigo da Lei nº 11.101/2005*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, primavera de 2005.

LUCCA, de Newton, A Reforma do Direito Falimentar no Brasil. *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região Número 40 (Separata)*. São Paulo, outubro/dezembro de 1999.

MACHADO, Hugo de Brito. Dívida tributária e recuperação judicial da empresa. *Revista Dialética de Direito Tributário nº 120*. São Paulo: Dialética, setembro de 2005.

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

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário – Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e Jurisprudência*. 9. ed. revista e atualizada (segunda tiragem). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VALVERDE, Trajano de Miranda (Atualizadores: SANTOS, J. A. Penalva e SANTOS, Paulo Penalva), *Comentários à Lei de Falências*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.



# O NOVO CONSTITUCIONALISMO: A HEGEMONIA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS E A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

*Fábio Campelo Conrado de Holanda*  
*Procurador Federal em Boa Vista/RR*  
*Mestre em Direito pela UFC*

SUMÁRIO: 1 O Segundo Pós-Guerra e o Advento da Constituição Brasileira de 1988; 2 A Relevância do Pós-Positivismo na Compreensão do Novo Cenário Constitucional; 3 Os Princípios Diante da Expansão da Jurisdição Constitucional; 4 Conclusões; 5 Referências.

**RESUMO:** Delineou-se a atual conjuntura do pensamento jurídico constitucional, com seus reflexos no âmbito do processo. O neoconstitucionalismo representa um movimento em que a Lei Maior não se basta como parâmetro orientador da política, efetivando-se com a promoção de uma jurisdição constitucional atuante e expansiva, buscando estabelecer uma nova relação entre Moral e Direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Neoconstitucionalismo; princípios e jurisdição constitucional.

**ABSTRACT:** The research provides a design for current conjuncture of constitutional juridical thought, with its reflects within such process. Neoconstitutionalism represents a movement where Law is not an enough guideline to politics, being accomplished with an active and extensive constitutional jurisdiction promotion, searching to establish a new relationship for Moral and Right.

**KEYWORDS:** Neoconstitutionalism; principles and constitutional jurisdiction

## **1 O SEGUNDO PÓS-GUERRA E O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988**

Antes de tratarmos do neoconstitucionalismo tal como discutido modernamente pela doutrina, cumpre traçarmos breve itinerário histórico do pensamento jurídico ocidental, partindo da prevalência das teses de Direito natural, de fundamentação metafísica, passando em seguida pela idolatria do Direito posto, concebido mediante a norma estatal até chegarmos aos atuais paradigmas da Teoria do Direito e da interpretação constitucional.

O jusnaturalismo moderno do século XVI defendia a existência de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorriam de uma norma estatal (tendo, inclusive, servido como um dos trunfos da burguesia nas revoluções liberais).

Tais convicções, entretanto, foram paulatinamente entrando em descrédito com a ascensão do positivismo que se opunha às idéias metafísicas e anticientíficas daquela corrente de pensamento. Assim, ao longo do século XIX, o Estado Liberal de Direito, diante da necessidade de frear os desmandos do regime que lhe antecedeu, erigiu o princípio da legalidade<sup>1</sup> como fundamento para a sua imposição, alçando a lei a um ato supremo com o visio de eliminar as tradições jurídicas do absolutismo.

O positivismo jurídico é corolário dessa concepção de Direito, pois, partindo da idéia de que o Direito se resume à lei, limita a atividade do jurista à descrição da lei e à busca da vontade do legislador, não se preocupando com o conteúdo da norma.

O constitucionalismo moderno, pois, surgiu em um contexto de ruptura com o Antigo Regime, quando o homem se encontrava preso e determinado pelas explicações de caráter teológico. A Constituição política, tal como entendemos hoje, resulta de um movimento ocorrido na transição da monarquia absoluta para o Estado Liberal de Direito, do final do século XVIII, conhecido como constitucionalismo.

---

1 O princípio da legalidade constituiu um critério de identificação do Direito, cuja validade não depende de sua correspondência com a justiça, mas somente de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa.

Pode-se conceituar o constitucionalismo como a ideologia que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade.<sup>2</sup> Esta ideologia constitucional refletiu-se em várias concepções e nos diversos modelos de Constituição que surgiram ao longo da história.

O primeiro constitucionalismo, eminentemente liberal, voltava-se a garantir um espaço de atuação individual perante o Estado, evidenciando, sobretudo, a declaração de direitos e a separação dos poderes.

Em seguida, potencializado pela Revolução Industrial, surgiu o constitucionalismo social, decorrente do esgotamento do primeiro modelo, deflagrando um Estado prestador de serviços, preocupado em catalogar uma série de direitos sociais aos cidadãos. O rol de direitos fundamentais foi ampliado, abrangendo diversos direitos a prestações e à proteção da relação de trabalho.

Foram percebidas, porém, a complexidade da sociedade contemporânea e a insuficiência do Estado para atender às diversas demandas sociais, em que necessariamente deveria estar presente para controlar, fiscalizar ou conferir legalidade a determinadas relações sociais. Com isso, restou frustrada a expectativa em torno do cumprimento do ideário normativo posto.

A despeito de algumas objeções terminológicas impostas pela atualidade, Rui Barbosa já se mostrava atualizado quanto ao esgotamento do modelo constitucional da época, professando que não há, em uma Constituição, cláusula a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular a seus órgãos.<sup>3</sup>

Dissertando sobre a chamada “pré-história constitucional brasileira”, Luis Roberto Barroso aborda a melancólica experiência política e constitucional do Brasil da Independência até a promulgação da Constituição de 1988:

---

2 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 40-50.

3 BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1934. p. 489.

A falta de efetividade das sucessivas Constituições Brasileiras decorreu do não reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata. Prevaleceu entre nós a tradição européia da primeira metade do século, que via a lei fundamental como mera ordenação de programas de ação, convocações ao legislador ordinário e aos poderes públicos em geral. Daí porque as Cartas Brasileiras sempre se deixaram inflacionar por promessas de atuação e pretensos direitos que jamais se consumaram na prática. Uma história marcada pela insinceridade e pela frustração.<sup>4</sup>

Os postulados clássicos do constitucionalismo (organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais) mostraram-se insuficientes para atender às expectativas desta realidade. Assim, o vocábulo *neoconstitucionalismo* tem sido utilizado para destacar relevantes transformações metodológicas, teóricas e ideológicas ocorridas no âmbito do Direito Constitucional no período histórico posterior ao término da Segunda Grande Guerra. Para Luiz Guilherme Marinoni:

O neoconstitucionalismo exige a compreensão crítica da lei em face da Constituição, para ao final fazer surgir uma projeção ou cristalização da norma adequada que também pode ser entendida como “conformação da lei”. Essa transformação da ciência jurídica, ao dar ao jurista uma tarefa de construção – e não mais de uma simples revelação –, confere-lhe maior dignidade e responsabilidade, já que dele se espera uma atividade essencial para dar efetividade aos planos da Constituição, ou seja, aos projetos do Estado e às aspirações da sociedade.<sup>5</sup>

Reconhece o neoconstitucionalismo a importância do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, epicentro dos variados direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Predis põe-se, com isso, a dar juridicidade aos princípios constitucionais e a reconhecer a existência de peculiaridades na interpretação e aplicação das leis a partir da Constituição.

4 BARROSO, Luis Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. In SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 272.

5 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 48.

Vê-se, pois, que o neoconstitucionalismo representa uma atitude constitucionalista na qual a Lei Maior não se basta como parâmetro orientador da política, efetivando-se com a promoção de uma jurisdição constitucional atuante e expansiva, buscando estabelecer uma nova relação entre Moral e Direito. A Constituição é tomada como norma que abarca um complexo de valores<sup>6</sup>, sendo referência para a solução de problemas em diversas áreas.

Segundo a doutrina moderna, as alterações mais importantes nesta compreensão constitucional são sistematizadas didaticamente em três aspectos distintos: histórico, filosófico e teórico, que ora passamos a debater.<sup>7</sup>

Quanto ao *marco histórico*, a despeito de controvérsias doutrinárias sobre a origem temporal da doutrina neoconstitucionalista<sup>8</sup>, a maioria dos estudiosos elege, na Europa continental, o constitucionalismo do pós-guerra, com a derrocada dos regimes fascista e nazista na Itália e Alemanha, respectivamente, como o marco histórico do neoconstitucionalismo. Neste sentido, Miguel Carbonell leciona que:

El neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la segunda guerra mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX. Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas ‘materiales’ o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Ejemplos representativos de este tipo de Constituciones

---

6 Robert Alexy afirma que os valores estão intimamente relacionados com os princípios, sendo estes mandamentos de otimização pertencentes ao âmbito deontológico e aqueles fazem parte do nível axiológico (conceito de bom, por exemplo). Assim, aquilo que no modelo dos valores é *prima facie* o melhor é, no modelo dos princípios, *prima facie* devido. *Ibidem*, pp. 144-153.

7 BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 851, 01 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 23 jul. 2008. p. 3.

8 Discordando desse marco temporal, Eduardo Ribeiro Moreira afirma: “Não nos parece que esse movimento já possa ser identificado no pós-Segunda Guerra. Basta ter em mente que até bem pouco tempo não se falava em quase nenhuma das teorias relacionadas como elementos do neoconstitucionalismo. Por isso preferimos ver o pós-Guerra Mundial como o momento em que as contribuições começaram a surgir, sendo a passagem de século o verdadeiro marco histórico neoconstitucionalista”. 2008, p. 28.

lo son la española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991.<sup>9</sup>

O constitucionalismo europeu do segundo pós-guerra adquiriu singularidade tão aguçada que, anos depois, refletiu-se uma nova e peculiar concepção política e jurídica, denominada neoconstitucionalismo. Tal momento histórico se notabilizou como a decadência do positivismo clássico, já que estes movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei.

Deflagrou-se, assim, a discussão em torno do ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como estrutura meramente formal. A dignidade da pessoa humana, como dito, passou a ser o núcleo dos valores da tutela jurídica.

A Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã) de 1949 e a criação do Tribunal Constitucional Federal (inaugurado em 1951) significaram a pujante evolução do novo Direito Constitucional na Europa. Outros fatos também difundiram a idéia de uma nova mentalidade constitucional, como o advento da Constituição Italiana de 1947 e a redemocratização de Portugal (1976) e Espanha (1978).<sup>10</sup>

A novidade, portanto, não reside em nenhum destes traços isoladamente, mas precisamente na conjugação deles, pois foi na convergência das tradições constitucionais que se permitiu conceber um modelo de Constituição que fosse ao mesmo tempo um limite ou garantia e uma norma diretiva fundamental.

Naturalmente, tais acontecimentos tiveram reflexos, ainda que tardios, na sociedade brasileira, influenciando a compreensão nacional em torno das novas feições do constitucionalismo. A Constituição de 1988 exige sua efetividade e marca o início da maturidade institucional do País. Segundo observa Eduardo Cambi

Nestes quase vinte anos de Constituição, sem embargo as constantes reformas constitucionais operadas no texto original,

9 CARBONEL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007. p. 9-10.

10 Os direitos humanos foram concebidos como resposta à beligerância da primeira metade do século XX, tendo se afirmado nas décadas seguintes, quando toda a ideologia constitucionalista se expandiu, concebendo uma revolução material a partir dos direitos fundamentais com forte carga valorativa.

permitiram a construção, paulatina, de uma importante cultura jurídica de valorização do sentimento constitucional. As sérias crises institucionais surgidas no país, nestas duas décadas, como o *impeachment* de um presidente aos gravíssimos indícios de corrupção que vêm sendo apurados pelas comissões parlamentares de inquéritos, encontraram na Constituição e na jurisdição constitucional as soluções políticas e jurídicas – criticáveis ou não – para a manutenção da estabilidade democrática.<sup>11</sup>

Indiscutivelmente, o marco do renascimento constitucional do nosso País se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (e a adoção do Estado Democrático de Direito), responsável por viabilizar a transição do regime autoritário imposto pelos militares para nossa mais longa estabilidade institucional da história.

Paulatinamente, a aplicação da Constituição vem se expandindo em todos os campos jurídicos, forçando uma modernização das normas infraconstitucionais, ao ponto de o debate sobre a recepção de leis ter se instaurado no discurso da reavaliação de todos os ramos do Direito pátrio.

Entende a doutrina que o processo de constitucionalização vem se instituindo em três níveis: legislativo (com a produção de leis de acordo com a Constituição); judicial (com as decisões fundamentadas à luz dos princípios fundamentais) e político-social (neste tocante, no Brasil ainda não se alcançou um nível de conscientização da sociedade civil acerca dos valores constitucionais).<sup>12</sup>

Para Luigi Ferrajoli, o (neo)constitucionalismo não é somente uma conquista e um legado do passado, sendo também um programa normativo para o futuro, sob dois aspectos: primeiro, porque os direitos previstos pelas constituições internas e declarações internacionais devem ser garantidos e concretizados (o garantismo é a outra face do constitucionalismo). Segundo, porque o paradigma da democracia constitucional, sendo ainda embrionário, pode e deve ser expandido em

---

11 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. , Vitória, *Panópticaano* 1, n. 6, p. 1-44, fev. 2007. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. p. 1-44.

12 O movimento neoconstitucionalista não é uma realidade universal porque não pretende atingir a todos os países, excluindo os não democráticos (com sistema constitucional sem garantias ou em excessiva restrição aos direitos fundamentais) ou os que confundem suas fontes normativo-constitucionais com fontes teleológicas. MOREIRA, 2008, pp. 27-29.

três direções: significar a garantia de todos os direitos (não somente os de liberdade e sociais); destinar sua aplicação em face de todos os poderes (não só os públicos, mas também os privados); e repercutir não somente no Direito Interno, mas também internacionalmente.<sup>13</sup>

## 2 A RELEVÂNCIA DO PÓS-POSITIVISMO NA COMPREENSÃO DO NOVO CENÁRIO CONSTITUCIONAL

O *marco filosófico* deste novo Direito Constitucional é o pós-positivismo, identificado nos grandes momentos constituintes do século passado, acentuando a hegemonia axiológica dos princípios, revestidos de normatividade, de modo a sepultar definitivamente a doutrina jusnaturalista e o velho positivismo ortodoxo.

A compreensão da lei com base na Constituição expressa outra configuração do positivismo, que pode ser qualificada de positivismo crítico ou de pós-positivismo, porque submete a lei a princípios materiais de justiça e aos direitos fundamentais.

Este momento pós-positivista, que defende a normatividade e a vinculatividade dos princípios, faz destes, valores jurídicos supremos da sociedade, servindo como parâmetros de aplicação do Direito pelo Estado e pela sociedade civil, avesso ao discurso do direito voltado à metafísica ou ao formalismo. Filosoficamente, a nova idéia de Constituição superou a identificação do Direito com a lei, sem retomar a compreensão metafísica proposta pelo Direito natural.

Desenvolveu-se a distinção entre regras e princípios para outorgar força normativa a estes, ampliando a efetividade da Constituição. Os princípios deixam de ter aplicação meramente secundária como forma de colmatar lacunas (tese do “positivismo inclusivo” ou moderado)<sup>14</sup> para atuar como protagonistas na interpretação jurídica, de modo a superar as correntes teóricas que ainda sustentavam um Direito

---

13 FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. In CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007. p. 72-73.

14 Esta corrente jusfilosófica defendida em Hart significou um avanço em relação ao chamado positivismo exclusivo ou inflexível de acordo com os pressupostos clássicos de Hans Kelsen, que pregava a separação completa entre o Direito e a Moral; porém, ainda assim, não há como compatibilizá-lo com o neoconstitucionalismo.

formado apenas pelas regras estritas, vistas como únicos preceitos dotados de juridicidade.<sup>15</sup>

Abriu-se caminho para um conjunto de amplas e ainda inacabadas reflexões em torno do Direito, sua função social e sua interpretação, incluindo a definição das relações entre valores, princípios e regras (aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*) e a Teoria dos Direitos Fundamentais.

O Texto Constitucional aparece como fundamento de validade de qualquer atividade hermenêutica. O arejamento proporcionado pelos princípios faz com que possamos continuar inseridos no padrão de juridicidade sem cairmos em posições míopes que reduzam a regulamentação de casos concretos às hipóteses restritas das regras.

Cumprir destacar que a diferença entre o pensamento formalista e a reflexão neoconstitucionalista é que o segundo consegue alcançar as transformações práticas dentro do sistema jurídico (neste ponto se afasta por completo de qualquer tese jusnaturalista, pois não sai do sistema nem defende valores universais). Leciona Eduardo Ribeiro Moreira que:

Não é mais o momento de um direito avalorativo, tampouco de um direito impregnado de valores carregados por preferências pouco científicas, como as defendidas pelos adeptos do jusnaturalismo, ou mesmo de uma ética dos valores espiritualistas. A estrutura do neoconstitucionalismo – desde logo revelamos – é construtivista, racional-ponderadora e argumentativa, três fatores que podem ser considerados como de inegabilidade dos pontos de partida. E é nesse ponto que começa a se traçar a essência do neoconstitucionalismo: *uma teoria do direito preocupada em transformar o que não deve ser e com a pretensão de corrigir aquilo que racionalmente pode ser aperfeiçoado (idéia*

---

15 Paulo Bonavides indica que a juridicidade dos princípios passa por três fases distintas: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista, explicando que: “Na primeira, os princípios habitavam numa esfera de abstração e sua normatividade era bastante duvidosa, contrastando com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça. Esta fase dominou a dogmática dos princípios até o advento da Escola Histórica do Direito. O advento da Escola Histórica do Direito e a elaboração dos Códigos (onde os princípios entraram como fonte subsidiária) precipitaram a decadência do Direito Natural clássico, fomentando, ao mesmo passo, desde o século XIX até a primeira metade do século XX, a expansão doutrinária do positivismo jurídico que, ao fazer dos princípios na ordem constitucional meras pautas programáticas carentes de normatividade, decretaram sua irrelevância jurídica.” 1997, p. 232.

do ‘pode ser’). Nesses dois termos, o neoconstitucionalismo é essencialmente voltado para a pretensão de correção e para a transformação.<sup>16</sup>

O neoconstitucionalismo, como teoria que se opõe ao constitucionalismo positivista (ou seja, em sua perspectiva filosófica do pós-positivismo), traduz-se na vitória do modelo constitucional no Brasil e terá sua implementação definitivamente realizada somente após a gradual afirmação da democracia em nossa sociedade.

### 3 OS PRINCÍPIOS DIANTE DA EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Sob a *perspectiva teórica*, três fatores revolucionaram a compreensão em torno da aplicação do Direito Constitucional: a) o reconhecimento da força normativa da Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; e c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Fredie Didier Jr. leciona que:

Vive-se, atualmente, uma fase de renovação do estudo do Direito Constitucional. Há diversas manifestações disso: a) parte-se da premissa de que a Constituição tem força normativa e, por consequência, também têm força normativa os princípios e os enunciados relacionados aos direitos fundamentais; b) pela expansão da jurisdição constitucional (controle de constitucionalidade difuso e concentrado, como é o caso do Brasil); c) desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional (com a valorização dos princípios e o desenvolvimento dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade). A essa fase deu-se o nome de Neoconstitucionalismo ou pós-positivismo.<sup>17</sup>

Dissertando sobre estes marcos teóricos do paradigma constitucional, Eduardo Ribeiro Moreira defende a posição de que a Teoria do Direito já não é mais descritiva, e sim prática, real, útil, com uma concretude preocupada com a eficácia verificável exposta pela prática, isto é, a “decidibilidade” constitucional (conjunto de técnicas

16 MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008. p. 18-19.

17 DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. v. 1, 10. ed. Salvador: JusPodium, 2008. p. 27.

de decisão em matéria constitucional) que norteiam a prática forense, como as decisões do Supremo Tribunal Federal.<sup>18</sup>

Com a superação do modelo positivista que imperou nos anos que antecederam a 2ª Grande Guerra, a norma constitucional passou a gozar de *status* de norma jurídica (e não apenas um documento de cunho essencialmente político), sendo imperativa e suscetível de produzir efeitos jurídicos.

Afirmar que a norma constitucional é uma disposição jurídica imperativa significa que o efeito por ela pretendido deverá ser imposto coativamente pela ordem jurídica caso não se realize espontaneamente, como nos demais comandos jurídicos.

O alargamento da jurisdição constitucional também pode ser vinculado à herança do segundo pós-guerra, haja vista que até então vigorava na Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo (hoje, na Europa, somente Holanda, Luxemburgo e o Reino Unido adotam este modelo), diferente do modelo estadunidense que era inspirado na supremacia da Constituição. Cõnscio da nova rotina implementada nas cortes constitucionais e dos novos parâmetros interpretativos a serem aplicados, Miguel Carbonell afirma que:

En parte como consecuencia de la expedición y entrada en vigor de ese modelo sustantivo de textos constitucionales, la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha ido cambiando también de forma relevante. Los jueces constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través de la *Drittwirkung*), el principio *pro personae*, etcétera.<sup>19</sup>

No Brasil, o controle de constitucionalidade existe na perspectiva incidental desde a Constituição de 1891, porém, o controle concentrado

---

18 MOREIRA. op. cit., 2008, p. 35-38.

19 CARBONEL, op. cit., 2007, p. 10.

só foi introduzido com a Emenda Constitucional nº 16, de 1965. Destaque-se, entretanto, que a verdadeira expansão da jurisdição constitucional se deu a partir da Constituição Federal de 1988, com a ampliação dos legitimados ativos (não mais exclusivamente o Procurador-Geral da República), a criação da ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

A supremacia das cortes controladoras da Constituição, pressuposto do neoconstitucionalismo, é preservada por meio da jurisdição constitucional, na medida em que os tribunais encarregados de defender a Constituição priorizam a tutela dos direitos fundamentais. A força vinculante da Constituição (inserta nos julgados destas cortes) propicia que estes direitos penetrem nos poderes instituídos e na sociedade.

Diz-se que a estruturação do neoconstitucionalismo ocorre por meio de uma interpretação construtivista, racional-ponderadora e argumentativa, impondo-se que os julgados da cortes constitucionais vislumbrem a Constituição como algo vivo e com certa margem de elasticidade capaz de acompanhar a mutações constitucionais por que passa o seu texto.<sup>20</sup>

Confirmando esta orientação, Gustavo Zagrebelsky leciona que a característica (não acidental) da Constituição é sua natureza de princípio, e os princípios são normas naturalmente abertas aos desenvolvimentos do futuro (esta natureza prospectiva também foi realçada por Humberto Ávila):

La propensión al futuro es la esencia de la constitución y la naturaleza particular de sus normas es el mejor testimonio. Quien, en nombre de los orígenes, esto es, de la fidelidad a una 'constitución

---

20 Dissertando sobre o que considera ser o *sentido plástico* da Constituição, identificado na mobilidade necessária a projetar sua força normativa na realidade social, política, econômica e cultural do Estado, Raul Machado Horta pondera: "Considerando a natureza obrigatória da norma constitucional, o preenchimento das regras constitucionais pela legislação ordinária demonstra, entretanto, que a Constituição dispõe de plasticidade. A plasticidade permitiria a permanente projeção da Constituição na realidade social e econômica, afastando o risco da imobilidade que a rigidez sempre acarreta. A Constituição plástica estará em condições de acompanhar, através do legislador ordinário, as oscilações da opinião pública e da vontade do corpo eleitoral. A norma constitucional não se distanciará da realidade social e política. A Constituição normativa não conflitará com a Constituição real. A coincidência entre a norma e a realidade assegurará a duração da Constituição no tempo". 1995, p. 240.

inerte', entiende que cualquier nueva exigencia constitucional debe manifestarse no a través de reformas, con el objetivo de que se garanticen de esa manera la separación de los poderes y la certeza del derecho, desconoce tanto la función de la jurisprudencia como la importancia de la duración en la vida constitucional. Es decir, desconoce la función de la constitución. Una Constitución que sobrevive con incesantes modificaciones se degrada al nivel de una ley ordinaria y la materia constitucional se confunde con la lucha política cotidiana. [...] El objetivo de la jurisprudencia y de la reforma es concurrente. Las líneas de mutuo respeto son elásticas, como consecuencia de la discrecionalidad en que, con distinta medida, se mueven a la una y la otra. Por eso pueden entrar en colisión y donde los procedimientos de reforma, con los cuales el legislador podría contener la expansión de la discrecionalidad judicial, son particularmente gravosos, el riesgo que corren las cortes es el de convertirse en una fuente incontrolada y ser así rechazadas por la comunidad en la que operan.<sup>21</sup>

O desenvolvimento da uma nova dogmática da interpretação constitucional é, assim, também um dos marcos teóricos do neoconstitucionalismo, sendo de realçar que houve uma reestruturação das fontes do Direito, postando-se os princípios constitucionais como fonte primeira, de modo a determinar que, quando uma lei seja interpretada, o será à luz destes parâmetros.

Há de se ressaltar, porém, que a nova interpretação constitucional não abandonou os elementos clássicos da interpretação (gramatical, histórico, sistemático e teleológico), a despeito de haver revitalizado a hermenêutica jurídica, ressaltando a importância dos princípios sobre as regras, e adotando uma técnica em que não há lacunas no sistema jurídico. Este há de ser completado por princípios, direitos fundamentais e diretrizes fundamentais.

Neste contexto, ganham destaque na doutrina nacional os chamados *princípios da interpretação constitucional*, quais sejam: 1) unidade da Constituição; 2) concordância prática; 3) conformidade funcional (preocupação em não subverter o esquema organizatório-funcional); 4) efeito integrador (primazia a critérios que favoreçam a integração política e social); 5) força normativa da Constituição; 6) máxima efetividade; e 7) interpretação conforme a Constituição.

---

21 2007, p. 98-99.

Há de se realçar, porém, que, na óptica de Virgílio Afonso da Silva, até mesmo estes princípios merecem ressalvas quanto ao seu propósito de viabilizar a moderna interpretação constitucional, já que em nada se diferenciam dos cânones tradicionais de interpretação, além de não permitirem a aplicação conjunta com outros métodos de interpretação da Constituição. Quanto a estes, o referido autor critica o atual *sincretismo metodológico* veiculado pela doutrina brasileira (fenômeno que atravança as discussões acerca da interpretação constitucional).<sup>22</sup>

A interpretação constitucional pressupõe uma discussão acerca da idéia de Constituição, da tarefa do Direito Constitucional, da interação da realidade constitucional com a realidade política do Brasil e da contextualização e evolução histórica dos institutos constitucionais brasileiros. Dissertando sobre a concepção de Constituição como paradigma, Manuel Aragón Reyes acentua que:

Lo que ya resulta hoy como un lugar común es el pensamiento jurídico (y político) más solvente, es que la Constitución es norma jurídica suprema, jurisdiccionalmente aplicable, que garantiza la limitación del poder inexorablemente sobre la condición libre de los propios ciudadanos. Es decir, la Constitución no es otra cosa que la juridificación de la democracia, y así debe ser entendida.<sup>23</sup>

De fato, a Constituição deve ser compreendida como um sistema normativo dinâmico, em que a realidade fática e a normativa se encontram em uma relação de reciprocidade. Dissertando sobre a Constituição como sistema aberto de regras e princípios, Celso Ribeiro Bastos e Samantha Meyer-Pflug alertam para a noção de que:

Para que o texto constitucional se apresente capaz de acompanhar estas transformações, faz-se imprescindível que ele contenha normas jurídicas que veiculem diretrizes gerais, valores. A constituição deve, portanto, conter princípios gerais veiculadores desses valores e aptos a abarcar estas três transformações sem, contudo, alterar o conteúdo essencial da lei fundamental, que deve permanecer imutável. [...] O texto constitucional tem como traço fundamental o conter preceitos indeterminados, polissêmicos, sintéticos e abstratos – o que acaba

<sup>22</sup> SILVA, 2007, p. 118-133.

<sup>23</sup> REYES, 2007, p. 32.

por ampliar a atividade do intérprete, na exata medida em que as normas necessitam ter seu conteúdo delimitado.<sup>24</sup>

O atual entendimento da Constituição descurada destes elementos se identifica com uma posição explicável pela letargia histórica e sua desconexão relativa à dinâmica que a afirmação e expansão da Carta Magna produz. Assim, em face deste cenário naturalmente “aberto” da normatividade constitucional, ganha relevo a compreensão em torno dos princípios, já que estas espécies normativas têm a missão de agregar os múltiplos valores inseridos no âmbito da Constituição<sup>25</sup>, orientando a atuação do intérprete no afã de aproximar, o máximo possível, o conteúdo da norma à realidade social que a circunda.<sup>26</sup>

#### 4 CONCLUSÕES

A constitucionalização do Direito é produto da interpretação no neoconstitucionalismo (chamada por alguns de sobreinterpretação), viabilizando a harmonia da Constituição com as relações sociais. Assim, caracteriza-se a hermenêutica constitucional como um atualizador das normas constitucionais, levado a cabo sem qualquer mudança formal no texto da Constituição. Tal atividade encontra limites nos próprios princípios que fundamentam o sistema constitucional, não sendo permitido subverter a essência (aquilo sem o que a coisa deixa de ser o que é) dos valores contidos na norma.<sup>27</sup>

Neste sentido, uma das condições do moderno constitucionalismo é a capacidade evolutiva das constituições, sendo certo que uma qualidade importante deste movimento consiste na capacidade de os textos se adaptarem às circunstâncias sociais mediante interpretação, sem promover alterações nas suas redações originárias.

---

24 BASTOS; MEYER-PFLUG, 2007, p. 150-157.

25 Já na Antiguidade, Heráclito de Éfeso dizia que “o contrário é convergente e dos divergentes nasce a mais bela harmonia, e tudo segundo a discórdia”. PESSANHA, 2000, p. 88.

26 O princípio da igualdade, por exemplo, não tem o mesmo formato da época da Revolução Francesa, em que se buscava a mera igualdade formal, vedando o tratamento desigual entre as pessoas que se encontravam na mesma situação. Hoje, busca-se também a igualdade material, ou seja, uma igualdade de oportunidades, de condições.

27 “En ningún caso puede la reforma constitucional ser llevada hasta modificar los principios supremos de la Constitución existente. Tales principios son límites (lógicos) infranqueables para la reforma constitucional”. GUASTINI, 2007, p. 25.

Enfim, parece fora de dúvida que a moderna doutrina constitucional e a atuação da jurisdição constitucional não se encerram nos acanhados limites do reconhecimento formal de um extenso rol de direitos fundamentais. Reclama-se a conduta do Poder Judiciário no sentido de dar efetividade ao romântico catálogo previsto, abandonando uma compreensão mecânica da normatividade constitucional e a estabelecendo uma postura dialógica e dinâmica com a sociedade no sentido de executar as promessas veiculadas. Realização parece ser a palavra de ordem atualmente.

## 5 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1934.

BARROSO, Luis Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. In SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navegandi*, Teresina, a. 9, n. 851, 01 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 23 jul. 2008.

BASTOS, Celso; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. , Vitória, *Panópticaano* 1, n. 6, p. 1-44, fev. 2007. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARBONEL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.
- DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. 1, 10. ed. Salvador: JusPodium, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. In CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.
- GUASTINI, Riccardo. Sobre el concepto de Constitución. In *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.
- HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.
- PESSANHA, José Américo Motta. *Os pré-socráticos*: fragmentos, doxografia e comentários. São Paulo: Nova Cultural, 2000.
- REYES, Manuel Aragón. *La Constitución como paradigma*. In CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.
- SILVA, Alexandre Garrido da. Pós-positivismo e Democracia: em defesa de um neoconstitucionalismo aberto ao pluralismo. Disponível na Internet em: <[http://conpedi.org/manaus///arquivos/anais/bh/alexandre\\_garrido\\_da\\_silva.pdf](http://conpedi.org/manaus///arquivos/anais/bh/alexandre_garrido_da_silva.pdf)>. Acesso em 23 jul. 2008.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces Constitucionales. In CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.

**RESPONSABILIDADE CIVIL POR FRAUDE  
EM EMPRÉSTIMO CONSIGNADO DE  
APOSENTADO OU PENSIONISTA DO INSS**

*Jorge Batista Fernandes Jr.  
Procurador Federal  
Pós-graduando em direito civil e  
processo civil pela UGF*

**SUMÁRIO:** 1 Considerações Iniciais; 2 Do Dissídio Jurisprudencial; 3 Das Teorias do Nexo de Causalidade; 4 Da Aplicação da Teoria do Dano Direto e Imediato; 5 Da Conclusão; 6 Referências

**RESUMO:** A responsabilidade civil é área fértil para o extravasamento das emoções humanas ensejando a consequência pouco louvável de se abandonar a técnica jurídica. A aplicação do nexo de causalidade é cotidianamente feita de forma empírica pelos operadores do direito. A teoria do dano direto e imediato, aplicada ao caso de fraude em empréstimo consignado, é a fórmula para se chegar a uma conclusão consentânea com o direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade Civil. Nexode Causalidade. Fraude. Empréstimo Consignado.

**ABSTRACT:** Liability is fertile area for the overflow of human emotions gave way to the little welcome consequence of abandoning the legal technique. The application of the causal link is routinely done empirically by law operators. The theory of direct damage and immediately applied to the case of fraud in loan payroll, is the formula for reaching a conclusion consistent with the law.

**KEYWORDS:** Liability. Causation. Fraud. Pauroll Loan.

## DA INTRODUÇÃO

Tratar de responsabilidade civil não é tarefa das mais fáceis, embora aparentemente o seja. Qualquer pessoa – e não só a vítima – sente irresignação ante um ato que causa prejuízo a outro, ensejando assim um desequilíbrio de ordem moral e social.

Na maioria dos casos, esse desequilíbrio moral e social revela-se também um desequilíbrio na ordem jurídica, mas nem sempre isso ocorre. Por vezes uma pessoa se sente moralmente responsável por um prejuízo, mas juridicamente não o é. Em outras tantas a pessoa não se sente moralmente responsável, mas juridicamente é.

Embora a sensibilidade de cada indivíduo contribua sobremaneira na concepção da ideia moral de responsabilidade, esta também contribui para obscurecer o raciocínio técnico-jurídico.

Não raro o jurista se encontra com uma ideia pré-concebida no que tange a responsabilidade civil e, por fim, apenas busca defendê-la mediante fundamentos jurídicos idôneos.

Há um inexorável embate velado entre emoção e razão no trato da responsabilidade civil dificultando sobremaneira a sua análise.

Isso, todavia, não é exclusividade da ciência jurídica. Sobre o tema o filósofo Sócrates<sup>1-2</sup> assim se pronunciou:

E conseguirá mais claramente quem examinar as coisas apenas com o pensamento, sem pretender aumentar sua meditação com a vista, nem sustentar seu raciocínio por nenhum outro sentido corporal, aquele que se servir do pensamento sem nenhuma mistura procurará encontrar a essência pura e verdadeira sem o auxílio dos olhos ou dos ouvidos e, por assim dizê-lo, completamente isolado do corpo, que apenas turba a alma e impede que encontre a verdade.

Nessa perspectiva é que nos propomos a debruçar sobre o tema da responsabilidade civil decorrente de fraude em empréstimo consignado para aposentados e pensionistas do INSS.

1 PLATÃO. Fédon. *Os Pensadores*. Nova Cultural. 1996. p.127.

2 Não se sabe ao certo se o diálogo representa fielmente as palavras de Sócrates ou se Platão pôs tais palavras na boca de Sócrates em seu diálogo.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A lei n. 10.820/03, aperfeiçoada pela lei n. 10.953/04, veio a permitir a figura da consignação nos benefícios previdenciários em decorrência de empréstimo feito por aqueles que recebem aposentadoria ou pensão da Previdência Social, implementando uma política sócio-econômica da União Federal no sentido de facilitar, mediante diminuição do risco da operação, a obtenção de crédito junto às instituições financeiras.

Com a mencionada autorização legislativa a União Federal fomentou a economia e possibilitou, por outro lado, a diminuição das taxas de juros cobradas. Beneficiou-se, por um lado, as instituições financeiras, que passaram a ter o risco do negócio sensivelmente diminuído e, por outro lado, os aposentados e pensionistas, que passaram a obter empréstimos mediante taxa de juros menor.

Não há vantagem de cunho financeiro para o INSS, posto que só lhe cabe cobrar apenas pelos custos operacionais acarretados, conforme estabelecido no inciso V do §1º do art. 6º da lei n. 10.820/03.

A inexistência de vantagem de cunho financeiro para a autarquia encontra-se regulamentada no art. 34 da Instrução Normativa INSS/PRES nº 28/2008, *in verbis*:

Art. 34. A Dataprev indicará à instituição financeira a conta corrente bancária para depósito do pagamento dos seus custos operacionais, conforme previsto no convênio, até o quinto dia útil do mês seguinte ao do desconto por ela realizado no benefício.

Quanto às modalidades de empréstimo consignado são três as hodiernamente existentes, a saber: consignação, retenção e cartão de crédito.

Na primeira modalidade a consignação é feita diretamente no benefício previdenciário, cabendo ao INSS transferir o valor consignado para a instituição financeira conveniada contratada pelo aposentado/pensionista (art. 1º c/c art. 6º, primeira parte, da Lei n. 10.820/03).

Na segunda modalidade, instituída pela Lei n. 10.953/04, o INSS repassa o valor integral do benefício previdenciário para a instituição

financeira que, por sua vez, realiza a retenção (art. 6º, segunda parte, da Lei n. 10.820/03).

A terceira modalidade é a realizável mediante cartão de crédito (vedada a cobrança de manutenção ou anuidade – art. 15, inciso I da IN INSS/PRES n. 28/08), na qual a instituição financeira comunica à DATAPREV para que realize, se possível, a “Reserva de Margem Consignável”.

Diante da resposta positiva da DATAPREV, cabe à instituição financeira emitir o cartão de crédito para o aposentado ou pensionista, que passa a ter um crédito pré-aprovado.

Importa registrar que em todas as modalidades de empréstimo consignado a troca de informações das instituições financeiras com a DATAPREV se faz mediante arquivo magnético, conforme especificações técnicas constantes do protocolo de relacionamento em meio magnético CNAB - Febraban (art. 20 da IN INSS/PRES n. 28/08).

## **2 DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL**

A jurisprudência acerca da responsabilidade civil por consignação fraudulenta decorrente de contrato de empréstimo com assinatura falsa não é unívoca, admitindo-se tanto a responsabilidade exclusiva da instituição financeira quanto à responsabilidade exclusiva do INSS.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, conforme se verifica pelos arestos abaixo, segue o entendimento de que a instituição financeira é a causadora do dano, uma vez que presta serviço defeituoso na medida em que não propiciou a segurança que dele se esperava.

2009.001.04747 – *APELACAO*

*DES. LEILA ALBUQUERQUE - Julgamento: 11/02/2009 - DECIMA OITAVA CAMARA CIVEL*

INDENIZATÓRIA. DANO MORAL E MATERIAL. Defeito na prestação do serviço. Dano moral. Empréstimo consignado fraudulentamente contratado através de cartão de crédito não solicitado nem recebido pelo Autor, para débito na conta corrente utilizada para recebimento de benefício do INSS. O Banco

reconheceu o fato, advindo de fraude, o que também lhe teria trazido prejuízos, mas atribuiu a terceiro a responsabilidade pelo ocorrido. Teoria do Risco. O Banco responde pelos prejuízos acarretados por fraudes ocorridas em razão de falhas no seu sistema de segurança, independentemente de culpa. Correto o valor fixado a título de danos morais, que atendeu aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO.

2009.001.09333 – APELACAO

DES. RICARDO COUTO - Julgamento: 10/03/2009 - SETIMA CAMARA CIVEL

RESPONSABILIDADE CIVIL - EMPRÉSTIMO CONSIGNADO - OPERAÇÃO FRAUDULENTA - FORTUITO INTERNO - DANO MORAL- CABIMENTO. O empréstimo obtido de forma fraudulenta não exime a instituição bancária do dever de reparar o dano causado àquele que teve sua conta debitada indevidamente. Fato de terceiro que se insere no risco do empreendimento. Dano moral caracterizado, cuja quantificação foi bem mensurada, dentro da idéia compensatória e punitiva, não merecendo qualquer reparo. Desprovemento do recurso.

No mesmo sentido é a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. DESCONTO EM FOLHA. FRAUDE NA CONTRATAÇÃO. RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. RISCO DO NEGÓCIO. CONFERÊNCIA DOS DADOS. AUSÊNCIA DE CAUTELA PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. QUANTUM. REDUÇÃO. 1. O dano moral, em realidade, é ínsito à própria situação noticiada nos autos e reside nos diversos incômodos e dissabores experimentados pela demandante, ao se ver privada de dispor da totalidade de seus rendimentos, em razão de empréstimo consignado realizado fraudulentamente. 2. O quantum da reparação deve compreender, dentro do possível, à compensação pelo dano infligido a vítima, ao mesmo tempo servindo de freio, de elemento inibidor e de sanção ao autor do ato ilícito. Hipótese em que o montante arbitrado pelo julgador monocrático reclama

redução. Valor fixado em R\$6.000,00. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70027987676, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Antônio Kretzmann, Julgado em 22/01/2009)

EMENTA: INDENIZATÓRIA. DÉBITOS NÃO AUTORIZADOS LANÇADOS EM CONTA-CORRENTE BANCÁRIA, REFERENTE A PAGAMENTO DE EMPRÉSTIMO BANCÁRIO CONSIGNADO NÃO CONTRATADO PELO DEMANDANTE. FRAUDE NA CONTRATAÇÃO. SITUAÇÃO QUE PERSISTE POR SEIS MESES, APESAR DA RECLAMAÇÃO DO CONSUMIDOR. DESÍDIA DO RÉU QUE ENSEJA O RECONHECIMENTO DE DANOS MORAIS INDENIZÁVEIS. 1. Falha bancária. Responsabilidade objetiva. Art. 14, § 3º, do CDC. Fragilidade do sistema de contratação, expondo o consumidor a ações de terceiros de má-fé. Risco de disfunções que deve ser assumido pela instituição financeira requerida, exploradora da atividade de risco. 2. Danos morais configurados, em razão da privação do capital, por seis meses seguidos, configurando efetiva desconsideração para com a pessoa do consumidor, diante da reiteração da prática e da ausência de soluções. Aplicação da função dissuasória da responsabilidade civil. Necessidade, todavia, de se reduzir o quantum indenizatório fixado pela sentença, adequando-o às circunstâncias do caso concreto. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Recurso Cível Nº 71001863026, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 25/11/2008)

Na Justiça Federal do Rio de Janeiro a jurisprudência é em sentido diverso, conforme pode se verificar abaixo.

Origem: Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais do Rio de Janeiro

Classe: REC - Recurso/Sentença Cível/RJ

Número do Processo: 20065151023759901

Órgão Julgador: 2. Turma Recursal - 4. Juiz Relator

Relator: MARCELO LUZIO MARQUES ARAUJO

Data de Julgamento: 25/03/2008

Número de Origem: 200651510237599

EMENTA:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DESCONTOS NÃO-RECONHECIDO EM PROVENTOS DE APOSENTADORIA. DANOS MORAIS. CONFIGURAÇÃO. PLURALIDADE DE DEVEDORES. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA POR ATO ILÍCITO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO FACULTATIVO. AÇÃO PROPOSTA EM FACE DO INSS PERANTE A JUSTIÇA FEDERAL E EM FACE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRAS PERANTE A JUSTIÇA ESTADUAL. CONDENAÇÃO EM VALOR RAZOÁVEL NA JUSTIÇA ESTADUAL. INCINDIBILIDADE DO DANO MORAL. RECURSO IMPROVIDO.

Trata-se de recurso interposto pelo INSS contra sentença que o condenou a indenizar o recorrido em R\$ 3.000,00 (três mil reais) pelos danos morais decorrentes de descontos indevidos nos proventos de aposentadoria feitos a título de empréstimo consignado com instituição conveniada à Previdência Social.

A partir da competência de fevereiro de 2006, o recorrido teve descontado de seus proventos a quantia de R\$ 429,73 (quatrocentos e vinte e nove reais e setenta e três centavos) sob a rubrica consignação – empréstimo bancário, em virtude de contrato que teria celebrado junto ao Banco Cruzeiro do Sul S.A., referente a mútuo de R\$ 8.600,00 (oito mil e seiscentos reais) a ser pago em 36 parcelas mensais. Entretanto, o empréstimo foi obtido sem o consentimento do recorrido e, mesmo assim, foram descontadas, irregularmente, oito prestações do valor do benefício previdenciário.

O recorrente aventa, em preliminar, a ilegitimidade passiva por não ser uma das partes contratantes. No tocante ao mérito, sustenta a inexistência de danos morais.

A teor do art. 6º da Lei n.º 10.820/2003, os titulares de benefícios de aposentadoria e pensão do RGPS poderão autorizar o INSS a proceder aos descontos de empréstimos consignados firmados juntos a certas instituições financeiras. Ora, se é competência do

INSS realizar os descontos e repassá-los ao agente bancário, é claro que a conduta do recorrente faz parte da cadeia dominó que culminou no evento danoso discutido nestes autos. Extrai-se, daí, a legitimidade passiva do INSS.

No tocante ao mérito, a questão se insere no âmbito da teoria da responsabilidade objetiva, cuja base está no art. 37, §6º, da CF, de modo ser necessário analisar três elementos: conduta, dano e nexos de causalidade. Por sua vez, a configuração de danos morais pressupõe a ocorrência de situação anormal que gere significativo abalo emocional na vítima além dos simples aborrecimentos cotidianos.

A conduta é representada pelo ato do INSS que efetivou os sucessivos descontos em contracheque; o dano, pela subtração de parte dos proventos e o nexos de causalidade, em razão de os prejuízos serem efeito direto e imediato dos descontos feitos pela Administração (art. 403 do Código Civil).

Em relação à culpa, ainda que seja desnecessária para formar a responsabilidade civil da Administração, a recorrida juntou aos autos os documentos utilizados para a celebração do contrato, que, apesar de registrarem seus dados pessoais, são nitidamente falsificados, de modo que a falta de consentimento para a realização do negócio jurídico infringe o princípio da autonomia da vontade. Portanto, não há relação jurídica material para justificar os descontos reclamados nesta ação, o que é suficiente para revelar a existência de ato ilícito.

Em havendo pluralidade de agentes, a responsabilidade civil por ato ilícito é solidária (art. 942, caput, do Código Civil). Dessa forma, o terceiro prejudicado, nesse caso o recorrido, pode optar por cobrar a reparação dos danos de qualquer um dos devedores ou, então, repartir entre cada um deles a parte da indenização correspondente à respectiva participação no evento danoso (art. 275 do Código Civil).

Pelo mesmo fato retratado nestes autos, o recorrido também propôs ação, perante a Justiça Estadual, em face da instituição financeira em que o empréstimo foi fraudulentamente obtido. O processo n.º 2006.800.090920-0, que tramitou junto ao II Juizado Especial Cível da Comarca do Rio de Janeiro, condenou o Banco Cruzeiro do Sul S.A. a pagar quantia equivalente ao dobro do valor indevidamente

descontado dos proventos do recorrido e a reparar os danos morais, arbitrados judicialmente em 20 salários-mínimos.

No caso em tela, é possível destacar do evento danoso a parcela de culpa do INSS que, aliás, contribuiu para agravar os danos morais provocados no recorrido.

A indenização por danos morais foi arbitrada de acordo com o princípio da proporcionalidade.

Recurso conhecido e improvido. Sem custas, condeno o recorrente ao pagamento de honorários advocatícios fixados no valor de 10% do estabelecido para a indenização.

### ACÓRDÃO

Acordam os membros da Segunda Turma Recursal da Seção

Judiciária do Rio de Janeiro, por unanimidade, conhecer e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Com o último, votaram os MM Juízes Federais Dr<sup>a</sup> Bianca Stamato Fernandes e Dr. Manoel Rolim Campbell Penna.

Rio de Janeiro, 25 de março de 2008.

MARCELO LUZIO MARQUES ARAUJO

Juiz Federal - 2ª Turma Recursal/RJ

INDEXAÇÃO:

ADMINISTRATIVO, RESPONSABILIDADE CIVIL, APOSENTADORIA, DANO MORAL, RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA, JUSTIÇA ESTADUAL, JUSTIÇA FEDERAL, RECURSO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS), CONDUTA, ATO ILÍCITO, VALOR.

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS:

LEI-10820 ANO-2003 ART-6

CFD-000000 ANO-1988 ART-37 PAR-6

LEI-000000 ANO-1040 2002

LEI-10406 ANO-2002 ART-403 ART-942 ART-275

VOTANTES:

Juiz Federal MANOEL ROLIM CAMPBELL PENNA

Juiz Federal MARCELO LUZIO MARQUES ARAUJO

Juiz Federal BIANCA STAMATO FERNANDES

Origem: Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais do Rio de Janeiro

Classe: REC - Recurso/Sentença Cível/RJ

Número do Processo: 20065151038839501

Órgão Julgador: 1. Turma Recursal - 2. Juiz Relator

Relator: RENATO CESAR PESSANHA DE SOUZA

Data de Julgamento: 01/08/2007

Número de Origem: 200651510388395

**EMENTA:**

RESPONSABILIDADE CIVIL. CESSAÇÃO DE DESCONTOS EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. SENTENÇA MANTIDA.

Recurso conhecido, pois presentes os pressupostos.

Pedido de cessação de desconto indevido em benefício previdenciário e restituição das parcelas descontadas mediante o procedimento de empréstimo consignado.

Sentença que julgou procedentes os pedidos, condenando a ré a interromper os descontos no benefício da autora.

A ré, em recurso, alega ilegitimidade passiva ad causam, e culpa exclusiva da instituição bancária.

Rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva, tendo em vista que os descontos foram efetuados pelo INSS, que sequer apresentou o contrato firmado pela parte autora ou solicitação de desconto pela instituição financeira com a qual teria sido celebrado o suposto empréstimo.

No mérito, a sentença não merece qualquer reparo, devendo ser mantida nos próprios fundamentos, valendo reiterar que o INSS não produziu prova da celebração do contrato de empréstimo consignado.

Recurso a que se NEGA PROVIMENTO. Sentença mantida.

Honorários de sucumbência pelo INSS fixados em R\$300,00.

Transitado em julgado, baixem ao Juízo de origem.

**ACÓRDÃO**

A Turma, por unanimidade, decidiu conhecer e negar provimento ao recurso, nos termos do voto/ementa do relator. Votaram o Juiz Federal Renato César Pessanha de Souza, relator, e as Juízas Federais Jane Reis Gonçalves Pereira e Lucy Costa de Freitas Campani.

Rio de Janeiro, 01 de agosto de 2007.

RENATO CÉSAR PESSANHA DE SOUZA

Juiz Federal da 1ª Turma Recursal

Seção Judiciária do Rio de Janeiro

INDEXAÇÃO:

RESPONSABILIDADE CIVIL, TÉRMINO, DESCONTO,  
BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO, EMPRÉSTIMO

VOTANTES:

Juiz Federal LUCY COSTA DE FREITAS CAMPANI

Juiz Federal RENATO CESAR PESSANHA DE SOUZA

Juiz Federal JANE REIS GONCALVES PEREIRA

Nota-se, pois, que o cerne do dissenso jurisprudencial encontra-se no nexo de causalidade.

### **3 DAS TEORIAS DO NEXO DE CAUSALIDADE**

O nexo causal, além de ser pressuposto objetivo essencial da responsabilidade civil, subjetiva e objetiva, tem sua importância ressaltada pela finalidade de determinar o causador do dano, notadamente nos casos em que há multiplicidade de fatos que se relacionam com o dano.

Para tal, algumas teorias foram desenvolvidas, destacando-se entre as principais a teoria da causa próxima, a teoria da equivalência das condições, a teoria da causa adequada e a teoria do dano direto e imediato.

A teoria da causa próxima atribui a responsabilidade ao último evento causador do dano, tornando irrelevantes as causas mais remotas.

Já a teoria da equivalência das condições atribui a responsabilidade a todos os fatos que contribuíram para o evento, pouco importando analisar qual provocou, de modo eficaz e adequado, o prejuízo.

José Acir Lessa Giordani<sup>3</sup> explica que:

*Pela teoria da causalidade adequada, deve-se perquirir qual foi, efetivamente, a causa adequada para o dano, isto é, qual o fato capaz de, por si só, produzir o evento danoso. É importante observar que esta análise deve ser feita em abstrato, e não em concreto. Desta forma, embora no caso concreto todos os eventos tenham contribuído para o dano, nem todos teriam sido capazes de, por si só, produzi-lo.*

Lecionando sobre a teoria da causalidade adequada, o Des. Sérgio Cavalieri Filho<sup>4</sup> ensina:

*Causa, para ela, é o antecedente não só o necessário, mas, também, adequado a produção do resultado. Logo, nem todas as condições serão causa, mas apenas aquela que for a mais apropriada a produzir o evento.*

[...]

*Não basta, como observa Antunes Varela, que o fato tenha sido, em concreto, uma condição sine qua nom do prejuízo. É preciso, ainda, que o fato constitua, em abstrato, uma causa adequada do dano. Assim, prossegue o festejado Autor, se alguém retém ilícitamente uma pessoa que se aprestava para tomar certo avião, e teve, afinal, de pegar um outro, que caiu e provocou a morte de todos os passageiros, enquanto o primeiro chegou sem incidente ao aeroporto de destino, não se poderá considerar a retenção ilícita do indivíduo como causa (jurídica) do dano ocorrido, porque, em abstrato, não era adequada a produzir tal efeito, embora se possa asseverar que este (nas condições em que se verificou) não se teria dado se não fora o fato ilícito. A idéia fundamental da doutrina é a de que só há uma relação de causalidade adequada entre fato e dano quando o ato ilícito praticado pelo agente seja de molde a provocar o dano sofrido pela vítima. Segundo o curso normal das coisas e a experiência comum da vida. (grifo do autor)*

3 GIORDANI, José Acir Lessa. *A Responsabilidade Civil Objetiva Genérica no Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2007. p. 51.

4 FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo. Malheiros. 1997. p.50

A teoria do dano direto e imediato foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal no paradigmático acórdão proferido no RE 130.764/PR, da relatoria do Min. Moreira Alves, cujos contornos acerca da teoria do nexo causal são até hoje seguidos, como se pode perceber pelo acórdão proferido no RE 369.820-6/RS (04/11/2003), da relatoria do Min. Carlos Velloso, cujos trechos mais importantes se transcreve abaixo.

RE 369.820/RS

Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Maria Anísia Hauschild

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS PÚBLICAS. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: LATROCÍNIO PRATICADO POR APENADO FUGITIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DE SERVIÇO. C.F., art. 37, §6º.

ACÓRDÃO

Visto, relatados e discutidos [...] por unanimidade de votos, em conhecer do recurso extraordinário e lhe dar provimento, nos termos do voto do relator.

TRECHO DO VOTO DO RELATOR

[...] O Ministro Moreira Alves, no voto que proferiu no RE 130.764/PR, lecionou que “a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal”, que “sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada” (cf. Wilson Mello da Silva, “Responsabilidade sem culpa”, nºs. 78 e 79, pág. 128 e seguintes, Ed. Saraiva, São Paulo, 1974). Essa teoria, como bem demonstra Agostinho Alvim (“Da inexecução das obrigações, 5ª ed., nº 226, pág. 370, Ed. Saraiva, São Paulo, 1980), só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa, o que abarca o dano direto e imediato sempre, e, por

vezes, o dano indireto e remoto, quando, para a produção deste, não haja concausa sucessiva. Daí, dizer Agostinhi Alvim (1.c.): “os danos indiretos e remotos não se excluem, só por isso; em regra, não são indenizáveis, porque deixam de ser efeito necessário, pelo aparecimento de concausas. Suposto não existam estas, aqueles danos são indenizáveis.”(RE 130.764/PR, RTJ 143/270,283)

A questão a ser posta, agora, é esta: a fuga de um apenado da prisão, vindo este, tempo depois, integrando quadrilha de malfeitores, assassinar alguém, implica obrigação de indenizar por parte do poder público, sob color de falta de serviço?

[...]

É dizer, em casos como este, não há falar emnexo de causalidade entre a fuga do apenado e o latrocínio praticado, tempos depois, pela quadrilha da qual participava o apenado, observada a teoria, quanto ao nexo de causalidade, do dano direto e imediato.

As expressões dano direto e dano imediato são consideradas reforçativas a ideia de necessariedade, ou seja, o dano deve ser consequência necessária da causa.

Gustavo Tepedino<sup>5</sup> chama a atenção para a falta de técnica na designação das teorias do nexo causal na jurisprudência pátria, alertando que a teoria evolutiva da causalidade necessária vem sendo aplicada sem que seja designada como tal. Vejamos:

A tendência a uma interpretação evolutiva, aliás, encontra-se presente na jurisprudência brasileira, a tal ponto que, sob a influência de todas as três correntes antes mencionadas, os Tribunais fixam o nexo de causalidade de forma intuitiva, invocando alternativamente a teoria da causalidade adequada, da interrupção do nexo causal, e da *conditio sine qua nom*, sempre na busca de um liame de necessariedade entre a causa e efeito, de modo que o resultado danoso seja consequência direta do fato lesivo.

Para de entender, portanto, o panorama da causalidade na jurisprudência brasileira, torna-se indispensável ter em linha de

---

<sup>5</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre o Nexo de Causalidade*. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro. tomo II. Renovar. 2006. p.63-81. p. 70/71

conta não as designações das teorias, não raro tratadas de modo eclético ou atécnico pelas Cortes, senão a motivação que inspira as decisões, permeadas predominantemente pela teoria da causalidade necessária.

Em outra passagem o Prof. Gustavo Tepedino<sup>6</sup> faz outro alerta igualmente importante, *in verbis*:

O Professor de Direito Civil e Desembargador Sérgio Cavaliere Filho, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, invoca a teoria da causalidade adequada, identificando, todavia, em seus votos, a causa mais adequada em concreto, não em abstrato. Estabelece, desse modo, o nexu causal necessário para o surgimento do dever de reparar.

A teoria do dano direto e imediato encontra amparo legal no art. 403 do Código Civil que, não obstante tratar de responsabilidade contratual, também deve ser aplicada na responsabilidade extracontratual.

#### 4 DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DANO DIRETO E IMEDIATO

No caso em análise, tem-se que o evento danoso consiste no desconto indevido de parte do benefício previdenciário pela inexistência ou falsidade do contrato de financiamento.

O art. 6º da lei n. 10.820/03, com redação dada pela lei n. 10.953/04 impõe como condição para a realização da retenção/consignação a existência de contrato escrito entre a instituição financeira e o aposentado/pensionista, tendo o art. 3º, inciso III da IN INSS/PRES n. 28/08 expressamente vedado a autorização por telefone.

Ao regulamentar tal tipo de empréstimo o INSS criou um risco ao admitir o recebimento das informações contratuais exclusivamente via arquivo magnético pelas instituições financeiras conveniadas.

Assim, três são as condições que podem, alternativa ou cumulativamente, ser consideradas causa do evento danoso, quais sejam, a criação de um risco para o negócio, decorrente da aceitação automática das informações advindas das instituições financeiras conveniadas pela simples via arquivo magnético, a falsificação da assinatura aposta no

6 TEPEDINO. op. cit., p. 73-74

contrato por terceiro e, por fim, a falta de diligência na conferência dos documentos apresentados e da assinatura aposta no contrato pela instituição financeira.

Necessário estabelecer quais condições devem ser elevadas a categoria de causa jurídica do evento danoso.

A condição de o INSS ter criado uma presunção de veracidade das informações advindas das instituições financeiras conveniadas pela simples via de arquivo magnético não nos parece que seja causa direta e imediata do dano, uma vez que não fosse a eventual superveniência de causas, quais sejam, a assinatura falsa e a negligência da instituição financeira na conferência, o evento danoso jamais ocorreria.

Isso porque, embora a admissão automática, pelo INSS, das informações advindas das instituições conveniadas, facilite a efetivação do dano, há, no caso, a interrupção do nexo causal pela superveniência de causa preponderante.

O eminente Des. Gustavo Tepedino<sup>7</sup> cita interessante precedente do STJ para explicar o evento, destacando-se o voto do Ministro Gueiros Leite:

A ementa do acórdão se refere à inexistência de causalidade adequada. No corpo do acórdão, todavia, a Corte entendeu que a fabricação do carro não era causa imediata, senão mediata e distante, em relação ao dano, este ocasionado pela colisão, causa imediata e direta do resultado danoso. Em seu voto, afirmou o Ministro Gueiros Leite:

‘Sempre que seja possível estabelecer a inocuidade de um ato se não tivesse intervindo outro ato causador exclusivo do dano, não se deve falar em concorrência de culpas’.

Vê-se, pois, que a superveniência de causa preponderante enseja a interrupção do nexo causal da condição anterior.

Portanto, nos casos de fraudes em empréstimos consignados o risco criado pelo INSS é causa indireta e remota do evento danoso. Por outro lado, a assinatura falsa, juntamente com a negligência no dever de conferência, revelam-se causa direta e imediata do dano.

<sup>7</sup> TEPEDINO, op. cit., p. 73.

Há, pois, solidariedade entre o terceiro fraudador e a instituição financeira conveniada, posto que são os participantes do fato causador do dano.

Não se pode deixar de salientar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, ainda que a vítima não seja correntista da instituição financeira, pois, no caso, aplicável a figura do consumidor por equiparação (art. 14 do CDC).

## **5 DA CONCLUSÃO**

A ausência de preocupação com a boa técnica na designação da teoria do nexo de causalidade pelo Judiciário brasileiro tem dificultado a compreensão da matéria. Aliado a isso, tem-se a falta de enfrentamento da questão pela doutrina pátria, que se limita, não raras vezes, a descrever a teoria da causa próxima, a teoria da equivalência das condições e a teoria da causalidade adequada, sem perquirir a sua efetiva utilização no cotidiano forense atual.

A aplicação do nexo causal, por vezes, parece decorrer mais da emoção do que da razão jurídica, ainda mais quando coexiste a inobservância de um dever de cuidado (ou a criação de um risco) e um dano.

Todavia, nem toda inobservância a um dever jurídico gera um dano.

Dessa maneira, a correta aplicação da teoria da causalidade necessária auxilia o julgador a se livrar da miopia emocional que o cerca.

Nos casos de empréstimo consignado a causa preponderante, segundo a teoria do dano direto e imediato, é a falsificação aposta no documento contratual e a sua indevida aceitação pela instituição financeira, sendo o dano consequência direta e imediata desse evento.

Por essas considerações o dano deve ser imputado, solidariamente, as pessoas que participaram da celebração do contrato falsificado.

## 6 REFERÊNCIAS

PLATÃO, Fédon. *Os Pensadores*. Nova Cultural. 1996.

GIORDANI, José Acir Lessa. *A Responsabilidade Civil Objetiva Genérica no Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2007.

FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros. 1997.

TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre o Nexo de Causalidade*. Temas de Direito Civil. tomo II. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

# O CAMINHO HERMENÊUTICO DO JURISTA NA APLICAÇÃO DAS NORMAS

*Luís de Freitas Júnior  
Procurador Federal*

*Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de  
Fortaleza - Unifor; Especialista em Direito Civil pela Faculdade  
Integrada do Ceará - FIC, Professor de Direito Administrativo*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Lei e hermenêutica; 1.1 Papel da lei na solução dos conflitos; 1.2 Importância da hermenêutica jurídica na aplicação da norma; 2 Introdução à hermenêutica; 2.1 Aplicação da hermenêutica clássica na contemporaneidade; 3 Evolução da hermenêutica; 4 Aplicação da hermenêutica no Direito; 5 As situações históricas e experiências passadas como condicionantes da visão judicial; 6 A dialética entre as primeiras compreensões e as novas informações na compreensão do fenômeno jurídico; 7 A mudança de contornos dos institutos jurídicos quando mediados por diferentes paradigmas; 8 A interpretação como momento de transmutação do texto em norma; 9 A aplicação como momento culminante da interpretação; 10 A necessidade de limitação da subjetividade na interpretação normativa; 11 Conclusão; 12 Referências

**RESUMO:** A aplicação das normas pelo jurista é uma tarefa complexa que subjaz um intrincado processo hermenêutico. A lei enquanto dispositivo é meramente um texto sem maior significado. A partir da interação do aplicador com a regra, com vistas à aplicação desta a um caso concreto, é que se pretenderá construir o seu sentido. O jurista, via de regra, toma a lei apenas como ponto de partida e agrega valores e visões a esse elemento, até que chegue a um resultado final. Toda a tarefa judicante tem essa nuance interpretativa, ainda que inconscientemente, dela não se podendo afastar o operador. Há influência hermenêutica na generalidade das situações. Essa inspiração pode se manifestar na forma de se expor o Direito ou advir das influências do passado do aplicador e ainda na interpretação única que surge a cada concretização da norma. É mister que se entenda que a tarefa jurídica, em todas as suas expressões, é algo imanentemente ligado a interpretação. Logo é preciso verificar as manifestações hermenêuticas no labor jurisdicional. O papel do aplicador do Direito é ter a consciência de todos os passos dados quando está a transformar os dispositivos de lei em norma aplicada. Assim, deve-se estar ciente de todos os processos hermenêuticos que se desenvolvem no intelecto no momento da efetivação do Ordenamento Jurídico. A partir do exercício da interpretação das normas jurídicas se chegará a um grau de maturidade hermenêutica que permita a conformação da regra com a realidade, mas coíba os subjetivismos demasiados, propiciando equilíbrio ao sistema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Aplicação. Norma. Hermenêutica. Consciência. Equilíbrio.

**ABSTRACT:** The application of the laws by the judge is a complex task that has an underlying intricate hermeneutic process. The law as a provision is merely a text without any major meaning. From the interaction of the applier with the law, aiming the usage of this in a real situation, is that will be intended the construction of its meaning. The judge sees the law only as a starting point and adds values and views to this element until it reaches a final result. All judicial tasks have this interpretative nuance, even tough it's unconscious, not being possible to keep distance from the user. There is hermeneutic influence in the majority of the situations. This inspiration can be manifested in the manner of exposing the Law or it results from the influence of the past experiences

of the enforcer when there is a dubious law and yet in the unique interpretation that emerges at each actual specificity of the law. It is crucial to understand that the judicial task, in all its varieties, is connected in an inherent way to interpretation. Therefore, it is needed to check this hermeneutic demonstration in the judicial labor. The law applier's role is to be conscious about all the steps taken when transforming the written law into applicable law. There must be awareness of all the interpretative processes that are developed in the intellect at the moment of the effectiveness of the judicial laws. Using the interpretation in the judicial laws an interpretative maturity level will be acquired, that will allow the accordance of the rule with reality, but avoiding excess of subjectivity consenting balance to the system.

**KEYWORDS:** Enforcement. Law. Interpretation. Conscious. Balance.

## **INTRODUÇÃO**

O presente estudo pretende versar sobre o uso dos mecanismos interpretativos, especificamente, pelo aplicador de normas jurídicas.

Em sua execução, apresentar-se-á a insuficiência do uso exclusivo dos textos de lei, como explicação suficiente para a faina forense.

A partir daí, buscar-se-á identificar e explicar as manifestações da hermenêutica, que se fazem mais presentes na atividade jurisdicional.

Nesse ponto, serão lançadas situações práticas que exemplifiquem a utilização dos mecanismos hermenêuticos no labor judicante.

Tentar-se-á, com isso, comprovar a indissociabilidade do fenômeno hermenêutico dentro do processo de aplicação normativa. Bem como, a necessidade do jurista ter a consciência da existência dessas operações a informar o seu trabalho.

Desta feita, demonstrar-se-á que o texto legal, expresso em um dispositivo de lei, não se confunde com a norma propriamente dita, posto que, esta somente se perfectibilizará com a utilização da interpretação.

Verificar-se-á, ainda, que a conclusão da liturgia interpretativa não cessa no intelecto do intérprete, mas dependerá da aplicação da norma ao caso concreto.

Contudo, será inquirido um ponto de equilíbrio entre a liberdade interpretativa do aplicador em contraposição com os anseios de previsibilidade do sistema legal, tudo numa perspectiva de melhor conformar a aplicação da norma à efetividade da atividade jurisdicional.

## **1 LEI E HERMENÊUTICA**

O Direito se vale de procedimentos e regras para a efetivação da paz social.

Nada obstante, a aplicação das normas jurídicas não é uma tarefa realizada a priori. Deveras, um conflito de interesses não é solucionado com a simples justaposição de um dispositivo da lei ao caso concreto. Há uma operação mais complexa que alberga o trabalho do aplicador.

A hermenêutica é a ciência que estuda os caminhos da interpretação. De antemão, tem a função de explicar, clarificar e acessar o conteúdo misterioso de um objeto do conhecimento.

Na faina jurídica há uma imbricação indelével entre a legislação e a hermenêutica. Ambas equivalem-se em importância, como elementos para a formação da norma aplicada ao caso concreto. Eis, portanto, a importância de estudar esses dois fenômenos conjuntamente, no afã de desvendá-los e explicá-los em cada etapa de atuação do Direito.

### **1.1 PAPEL DA LEI NA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS**

É certo que as regras de Direito encetam referenciais para a regulação dos conflitos e para o estabelecimento do dever-ser. Nada obstante, na práxis jurídica, a leitura da lei e sua colagem, não é suficiente para explicar a tarefa judicante.

O Ordenamento Jurídico, tal como está posto pelo legislador, é visto apenas como um parâmetro inicial para o jurista. Nesse núcleo, o jurista o tomará como supedâneo para dar o primeiro passo e para ter a ciência do que está vedado pelo sistema.

Em todas as manifestações jurídicas é possível se observar a hermenêutica se manifestando, v.g., o procedimento do Tribunal do júri; a aplicação das regras e princípios; a ponderação entre regras conflitantes; a interpretação social de dispositivos legais. Nessas situações é patente a diferença de resultados quando a hermenêutica é devidamente utilizada.

Por conseguinte, o conhecimento da legislação não é tida como uma indicação suficiente e final da resposta para as contendas da realidade. Ao contrário, a leitura da lei é apenas um primeiro passo para uma tarefa que demandará a utilização de uma série outros equipamentos até a resolução final dos casos. Nesse norte orienta:<sup>1</sup>

O teor literal de uma prescrição juspositiva é apenas a “ponta do iceberg”. Por um lado, o teor literal serve via de regra à formulação do programa da norma, ao passo que o âmbito da norma normalmente é apenas sugerido como um elemento co-constitutivo da prescrição. Por outro lado, a normatividade pertencente à norma segundo o entendimento veiculado pela tradição, não é produzida por esse mesmo texto. Muito pelo contrário, ela resulta dos dados extralingüísticos de tipo estatal-social.

## 1.2 IMPORTÂNCIA DA HERMENÊUTICA JURÍDICA NA APLICAÇÃO DA NORMA

A hermenêutica jurídica trata-se de um procedimento complexo que exige do profissional mais que conhecimentos jurídicos, porquanto demanda uma técnica de interpretação dos postulados.

O caminho seguido pelo intérprete da norma, desde a sua leitura até a sua aplicação, leva a uma aglutinação de elementos lingüísticos que dará nova feição ao mandamento.

A aplicação do Direito à situação fática é produto direto do processo de interpretação levado a cabo pelo jurista. Nessa perspectiva, o operador irá condensar a regra com seus valores pessoais e éticas sociais, que produzirá, muitas vezes, um resultado diverso do que a redação primária indica.

---

1 MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 38.

São as influências do passado do intérprete, tais como suas experiências pessoais, seus traumas, sua personalidade, suas ideologias e a influência do meio cultural, social e econômico em que vive que acompanhará cada leitura de um dispositivo de lei e influenciará a imagem criada por ele.

A partir da constatação de que a interpretação é um antecedente lógico e ontológico da aplicação das normas, não se pretende incentivar ou reprimir esse fenômeno, mas se precisa compreendê-lo.

Destarte, se a exegese de uma norma e a conseqüente agregação de sentido a sua indicação primária é uma etapa intransponível do processo, deve-se ter a noção de como ela ocorre, quais são os instrumentos manejados e as suas formas de manifestação.

Essa dissecação do que efetivamente acontece, se faz mister para se ter a consciência dos fenômenos que antecedem a aplicação normativa. Assim os próprios destinatários das normas conhecerão o caminho que o jurista irá seguir na condução da norma até a sua aplicação.

O estudo desses mecanismos é facilitado pela hermenêutica jurídica, que explicita as técnicas de interpretação de textos, as influências históricas no sentido de um escrito; a influência das pré-compreensões do aplicador, a dialética da formação do conhecimento, dentre outros fenômenos. Tudo isso numa visão direcionada para a ciência do Direito, que é por excelência um mecanismo social projetado para conferir justiça, segurança e previsibilidade às relações comunitárias.

Nesse caminho será possível sair do ocaso e conferir à coletividade uma visão clara do fenômeno da aplicação das leis. Sendo isso necessário para distinguir quando um juízo de equidade não é o mesmo que o arbítrio judicial e quando a busca do justo não pode ser usada como panacéia para descumprir os mandamentos mais substanciais do sistema.

## 2 INTRODUÇÃO À HERMENÊUTICA

A busca pelo verdadeiro sentido da linguagem sempre dominou o exercício da literatura. Trata-se da busca pelos efeitos que um escrito pode surtir num meio social. Haja vista que, nos meandros da história, o

domínio da linguagem está diretamente relacionado com a manutenção do poder.

Nesse diapasão, exsurge a hermenêutica, como mecanismo tendente a uma apreciação apurada do texto e reveladora dos significados ocultos. Seu desiderato é a extração dos elementos implícitos de sua sistematização, para que se forneça o arcabouço necessário à compreensão pelo intérprete. Nesse norte orienta:<sup>2</sup>

A hermenêutica é o exame das condições em que acontece a compreensão. A hermenêutica considera, portanto, as relações e não o objeto, como é o caso de um texto. Como esta relação se manifesta na forma de transmissão da tradição mediante a linguagem, esta última é fundamental, mas não como um objeto a compreender e a interpretar, e sim como um acontecimento cujo sentido cumpre penetrar.

Investigando a etimologia da palavra hermenêutica, há que se fazer uma referência aos vocábulos gregos “hermeneuein” e “hermeneia” que significam, respectivamente, interpretar e interpretação. Sua aplicação inaugural era afeta às áreas da literatura e da teologia. Asseveram nesse sentido em seu Dicionário de filosofia:<sup>3</sup>

[...] A hermenêutica é um termo originalmente teológico, designando a metodologia própria para a interpretação da Bíblia.

O termo passou depois a designar todo esforço e interpretação científica de um texto difícil que exige uma explicação.

Contemporaneamente a hermenêutica constitui uma reflexão filosófica interpretativa ou compreensiva sobre os símbolos e os mitos em geral.

Nos primórdios a hermenêutica tinha três funções principais, quais sejam, a proclamação em voz alta, a explicação do significado dos textos e a tradução de línguas estrangeiras.

2 MORA, José Ferrater. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 333.

3 JAPIARSE, Hilton; MARCONDES Danilo. *Dicionário de filosofia*. Rio de Janeiro: José Zahar editor, 1990. p. 118.

Em seu sentido de linguagem falada, a hermenêutica desempenhava a função de uma performance sobre o objeto. Ora, é cediço que a linguagem escrita é um fenômeno da contemporaneidade, haja vista que adrede imperava a expressão oral. Nesse pórtico a hermenêutica funcionava como uma ferramenta que traria novo sentido ao original a partir da desenvoltura falada do orador.

Na acepção de explicação, a hermenêutica busca a racionalização e a clarificação do texto. Trata-se de um juízo de verdade ou falsidade sobre o objeto de conhecimento, a fim de estudar os processos de formação da compreensão.

A hermenêutica ainda é estudada na sua função de tradução, principalmente ao se levar em conta as diferenças entre os mundos do autor do texto e o dos leitores. Nessa perspectiva, busca-se exprimir a mensagem de maneira mais exata e compreensível que se possa.

## **2.1 APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CLÁSSICA NA CONTEMPORANEIDADE**

Essa digressão sobre os três usos da hermenêutica que a teologia empregava inicialmente, ganha importância quando empregamo-las na compreensão atual das normas jurídicas.

É cediço o uso da oralidade nas fases de audiência em juízo, de defesa oral nos Tribunais e no rito do Júri. Nessas ocasiões, o aplicador do direito mostra um esforço de eloquência para cooptar os receptores às suas idéias. Procura-se chamar a atenção dos ouvintes para os pontos principais de suas razões, atribuindo-lhe ênfase.

Nessa ocasião procura-se dar uma entonação especial à voz, condizente a cada emoção que se deseja passar, a fim de emocionar e trazer o interlocutor a aumentar sua convicção no discurso.

Da mesma sorte, a explicação é expediente recorrente na praxe jurídica. Em uma petição processual, a cada dispositivo de lei citado, anotam-se jurisprudências e digressões doutrinárias no afã de esclarecer a idéia principal. Com isso, o intérprete pode estar buscando tornar fácil a compreensão da norma, mas também pode estar trazendo outros argumentos para mudar a interpretação tradicional.

Malgrado a doutrina brasileira conte com notáveis expoentes, é salutar o recurso aos pensadores alienígenas para ventilar as idéias autóctones e trazer as experiências positivas de outras nações. Esse ato, via de regra, demanda a tradução dos textos para a língua pátria. Nesse momento, é mister que se considere a realidade sócio-econômico-cultural do país exportador, a fim de que não se consuma como adequado, um produto jurídico direcionado a realidades diversas da brasileira. O intérprete deve ficar atento para o substrato do país que foi fonte da obra para ter a ciência da proporção de aplicabilidade das construções deste, no Brasil.

### 3 EVOLUÇÃO DA HERMENÊUTICA

A compreensão atual do fenômeno da interpretação no comportamento do jurista, demanda um breve esboço sobre o pensamento dos estudiosos do assunto no decorrer do tempo.

Foi a partir do século XVII, com os entraves ideológicos entre protestantes e católicos pela interpretação da Bíblia, que surgiu o conceito de hermenêutica. Entrementes, atribui-se a Schleiermacher, no século XIX, a formulação da hermenêutica moderna, porquanto poderia ser aplicada a qualquer ciência. Sua fórmula consistia em empregar o método científico na interpretações. Com isso conseguiria conferir mais objetividade ao resultado final.

Posteriormente a hermenêutica recebeu notável contribuição de Dilthey, esse pensador passou a empregá-la nas Ciências do Espírito. Conforme sua teoria hermenêutica, deveria predominar o método da compreensão situado dentro da história, em substituição ao método da explicação, que é mais cômsona com o estudo das ciências da natureza.

Com Heidegger, a hermenêutica tinha um modo de interpretação independente do subjetivismo do observador, pois a compreensão era considerada uma existência por si própria, como o modo de ser do Dasein (do ser-aí).

A partir de Gadamer aconteceu um giro hermenêutico nessa seara do conhecimento, caracterizando o búzilis da hermenêutica filosófica. Nessa fase, entende-se que a realidade se desvenda para o observador a partir de seu horizonte histórico. Assim, o intérprete olha os fenômenos influenciado por seus preconceitos e pelo seu passado.

Logo, o objetivismo, com o uso do método científico clássico, não era suficiente para explicar a compreensão.

Desafiando essa última teoria, Habermans critica-lhe o subjetivismo e o servilismo à tradição. Sugere que esses elementos podem dar lugar a preconceitos ilegítimos que venham a se tornar obstáculos epistemológicos à boa interpretação. Gadamer, todavia, explica que o relativismo pode ser inspecionado e que há um comportamento reflexivo diante da tradição.

A hermenêutica, entretanto, desprende-se de seu campo de incidência inaugural para abarcar outras searas de conhecimento. Esse progresso foi diretamente influenciado pela disseminação das idéias e divisão dos vários ramos das ciências.

Com a utilização da hermenêutica em outros espectros, sua função inaugural também foi se ampliando a fim de gerar técnicas hábeis a generalidade das searas investigadas.

#### **4 APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA NO DIREITO**

A hermenêutica lança suas idéias para o auxílio dos mais variados ramos do conhecimento, auxiliando os teóricos na interpretação dos seus textos. Sua função é trazer as estruturas fundamentais da compreensão para auxiliar o intérprete na tarefa de assimilação das idéias.

Com a ciência do Direito não poderia ser diferente. Esses mecanismos podem ser perfeitamente transplantados para a interpretação dos textos jurídicos, conservando a mesma efetividade.

Passemos a investigar algumas situações jurídicas em que são empregadas as técnicas da hermenêutica filosófica pensadas por Gadamer, quais sejam, as idéias de horizonte histórico, círculo hermenêutico e mediação.

#### **5 AS SITUAÇÕES HISTÓRICAS E EXPERIÊNCIAS PASSADAS COMO CONDICIONANTES DA VISÃO JUDICIAL**

O aplicador do direito não é um ser hermético. Não há, assim, uma redoma que separe esse profissional do mundo que o circunde. Logo, a

realidade que supedaneia cada pessoa é decisiva para a interpretação que se tem sobre algo.

Existem, portanto, influências que orientam e condicionam a compreensão do homem sobre os objetos. Essas externalidades são decisivas para a espécie de tradução gerada por cada expectador.

Importante frisar nesse sentido a relevância exercida pelo momento histórico vivido por cada intérprete. Trata-se do posicionamento do observante no tempo, com todas as características evolutivas e ideológicas de cada época.

O homem é, em muito, influenciado por suas experiências pessoais. A investigação do passado do indivíduo com todas as suas vivências moldam decisivamente a estrutura de suas idéias.

Da mesma sorte acontece com as transformações que estão a ocorrer em seu derredor. As mudanças que se passam no tempo presente são condicionantes essenciais para que o intérprete enfrente cada novo conhecimento que se aproxime.

A hermenêutica não passou despercebida desse fenômeno e a partir dos estudos de Gadamer concluiu-se que para se compreender a interpretação do homem sobre a coisa há que se perquirir o seu horizonte histórico.

Trata-se, esse elemento, da situação histórica de onde cada indivíduo vê o mundo. A partir desse degrau poderá dar diferentes conotações de sentido às coisas. Rodolfo Viana Pereira bem sintetiza este conceito:<sup>4</sup>

[...] toda a compreensão é historicamente situada, de forma que sua possibilidade de realização se dá apenas no contexto do horizonte daquele que se põe a conhecer.

O *horizonte* demonstra que o acesso do homem ao mundo se dá a partir de seu ponto de vista, de sua *situação hermenêutica*, que é sempre um posicionar-se perante os fenômenos.

---

4 PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo horizonte: Del Rey, 2001. p. 27.

Não é raro que as pessoas enxerguem diversamente o mesmo fenômeno. É como se uma situação idêntica adquirisse matizes diversos a partir das lentes históricas de cada observador. Uma das explicações para isso é o contato do intérprete com os objetos em momentos distintos.

Deveras, o critério de justiça acerca do tipo ‘estupro presumido’ é diferente se for vislumbrado por homens que viveram em séculos diferentes.

No início do século XX, época do sancionamento do Código Penal, havia uma presunção absoluta de violência acerca daquele que mantinha relações sexuais com uma menor de 14 anos – jovem inexperiente que não sabia dispor do seu próprio corpo.

Em dias hodiernos, essa visão cede espaço a uma relativização da violência que pode ser afastada quando considerados os atributos físicos, a experiência e a condescendência da jovem.

Outro fator da diversidade de impressão sobre o mesmo acontecimento é a diferença de experiências passadas, vividas pelo intérprete, v.g, caso do tipo penal do racismo. Haverá uma tendência de quem já sofreu pessoalmente a discriminação a interpretar o tipo de forma mais sensível, uma vez que ao vislumbrar as palavras da lei que remetem ao preconceito e à humilhação, estas ecoarão de forma viva no seu intelecto. Da mesma sorte, ao verificar a situação concreta ocorrerá no apreciador uma plena compreensão das sensações e identificação com a dor sofrida pela vítima.

Já comparando com o intérprete que nunca sofreu segregação, a empatia provavelmente com o caso não será a mesma, pois não houve a partilha das mesmas vivências no passado

Esses conceitos pré-estabelecidos que influenciam na interpretação foram também estudados por Heidegger sobre a insígnia de ‘pré-compreensão’. Assim conclui: <sup>5</sup>

A compreensão que serve de base à interpretação, já molda e condiciona a interpretação, é uma interpretação preliminar, a

---

5 PALMER, Richard. *Hermenêutica*. 70 ed. Lisboa: [s.ê]. 1986. p. 33-35.

interpretação que já ocorre no modo como nos voltamos para o objeto[...]

O significado tem a ver com o contexto e também está numa relação com as intenções dos ouvintes. Em hermenêutica essa área de compreensão pressuposta é designada por pré-compreensão.

O aplicador do direito deve ser consciente que sua interpretação final não é algo que se possa lhe atribuir com exclusividade. Na verdade, á um amálgama histórico onde as gerações de pensadores e as experiências do mundo se manifestam em suas exposições.

Contudo, há que se adotar uma postura crítica em face desses dinamos históricos, porquanto as ideologias podem ser atrasadas e negativas e os preconceitos, castrantes. Daí cabe ao intérprete assumir uma postura consciente de como age e quais as influências que estão lhe guiando a cada passo.

É imperioso que se distinga qual a consciência coletiva de cada época para interpretar-se consoante um consenso do justo. Mas, principalmente, necessário se faz reconhecer quando as pressões sensacionalistas e as paixões começam a escurecer o discernimento e conduzir a uma interpretação desarrazoada.

## **6 A DIALÉTICA ENTRE AS PRIMEIRAS COMPREENSÕES E AS NOVAS INFORMAÇÕES NA COMPREENSÃO DO FENÔMENO JURÍDICO**

O jurista não concebe o resultado final da interpretação em uma primeira análise. Para que se chegue a uma conclusão, há necessidade de se percorrer um caminho progressivo de conjugação de visões acerca do objeto e de sua visões de mundo.

Isto é assim porque o conhecimento não se desvenda de uma só vez. Ele vai mostrando-se paulatinamente. Há uma dialética de compreensão parcial que vai se somando até se chegar ao resultado final.

Nesse diapasão, a hermenêutica ensina que o observador primeiramente parte das idéias primitivas que tem sobre a coisa para, a partir daí, enxergar as novas informações. Logo, tomando como

base o horizonte histórico do observador, este vai moldando o objeto estudado.

A partir daí, há uma simbiose entre as pré-compreensões e as novas informações, que ao final geram uma fusão de horizontes e por decorrência uma interpretação mais aperfeiçoada.

Observe-se que as informações adquiridas posteriormente vão esclarecendo ainda mais a coisa analisada e vai transformando as próprias idéias primitivas do estudioso.

Rodolfo Viana explica-nos esse fenômeno:<sup>6</sup>

Sendo assim, o círculo hermenêutico ocorre no instante em que o sujeito através de sua pré-compreensão, participa na construção do sentido do objeto (moldado por tais preconceitos), ao passo que o próprio objeto, no desenrolar do processo hermenêutico, modifica a compreensão do intérprete.

A aplicação prática do fenômeno do círculo hermenêutico na seara jurídica se verifica na interação entre princípios e regras, haja vista que ambos são normas jurídicas diferenciando-se a partir de seus graus de especificação.

Note que o aplicador do direito ao interpretar a legislação aplicável a um caso concreto, primeiramente analisará esses dispositivos desconhecidos com base em idéias iniciais, baseadas em princípios e de noções gerais.

Logo, prefacialmente ocorrerá uma abordagem intelectual do significado do princípio e todas as suas ponderações genéricas. À medida que toma contato com as prescrições legais, compreendê-las-á com base naqueles primeiros conceitos. A partir daí investigará a legislação com toda uma pré-compreensão, em vias de um entendimento mais aperfeiçoado.

Acontece que os próprios princípios gerais já passarão a ser influenciados pelas novas idéias advindas da leitura da legislação. No final se chegará a um aprimoramento das noções gerais, que restarão

---

6 PEREIRA, op. cit., p. 35.

bem mais supedaneadas devido às novas informações angariadas no círculo hermenêutico.

De outro ângulo, o término do círculo também propiciará um novo entendimento da legislação aplicável ao caso, haja vista a influencia das lentes principiológicas na contemplação legislativa.

Dessa forma, num novo processo investigativo de leis, o intérprete já partirá com um subsídio básico mais robustecido que na ocasião anterior.

## **7 A MUDANÇA DE CONTORNOS DOS INSTITUTOS JURÍDICOS QUANDO MEDIADOS POR DIFERENTES PARADIGMAS**

É preciso ponderar que o contato do intérprete com o objeto do conhecimento não é feito de forma direta. Assim, não há uma imediatidade na relação entre esses dois elementos. Haverá, para Gadamer, sempre um conteúdo intermediador, que conferirá contornos e matizes que não fazem parte da estrutura principal da coisa perscrutada.

Vejamos o instituto da propriedade. Fomos acostumados a interpretá-la a partir da mediação das idéias da Revolução Francesa. Essa ideologia pregava o liberalismo e a não ingerência do Estado.

Partindo desse pressuposto a concepção clássica de propriedade partia da premissa que era um valor absoluto e que o Estado não podia intervir para gerar justiça social.

Com a mudança de paradigmas da pós-modernidade, passou-se a sublimar o vetor do Estado Democrático de Direito, da cidadania e da dignidade da pessoa humana. Esses novos mediadores quando aplicados a interpretação do domínio geraram uma outra visão, qual seja a função social da propriedade. Nessa perspectiva, houve a relativização da propriedade, a punição do abuso desse direito e um sistema de desestímulos a terra improdutiva.

Ressalte-se que o instituto em si, qual seja, a propriedade, em nada mudou, porquanto continua sendo o poder de usar, gozar e dispor sobre um bem da vida. Inobstante, ao passo que se transplantarmos o mediador do foco dos ideais de 1789 e partirmos para os vetores democráticos, o produto da interpretação se metamorfoseia.

Nesse espectro, constatamos que as coisas que estão sob nossa interpretação, podem mudar diametralmente de significado, a medida que os mediadores forem modificados.

## 8 A INTERPRETAÇÃO COMO MOMENTO DE TRANSMUDAÇÃO DO TEXTO EM NORMA

A norma não se confunde com texto. Ela não é somente aquilo que está escrito na lei. O texto trata-se apenas de um dispositivo. Assim, norma é o sentido que vai se conferir ao conjunto de textos normativos, ou seja, é o significado extraído da sistematização dos dispositivos.

As regras jurídicas passam a ter a função muito mais de referencial que propriamente de razão última e final sobre o entendimento da situação. As normas, assim, serão criadas com a liberdade e equidade judicial. Ensina<sup>7</sup>:

[...] É preciso substituir a convicção de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a credence de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos, quer o cientista pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas convicções, às circunstâncias do caso a julgar; importa deixar de lado a opinião de que Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o Ordenamento jurídico diante do caso concreto.

Humberto Ávila exemplifica com a regra de proibições de liminares contra a Fazenda Pública, colocando em contraponto a situação em que é necessário que se condene, *initio litis*, a Administração, a fornecer remédios a um paciente terminal, tendo em vista o direito a vida e a saúde assegurados na CF. *Op. Cit.*<sup>8</sup>

Trata-se de situação em que há textos de lei conflito aparente e que haverá que se criar a norma, lastreada na interpretação sistemática dos dispositivos.

7 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 2003. p. 24.

8 ÁVILA, op. cit., p. 45.

Dessa forma a interpretação não descreve o sentido, no entanto ela os constrói a medida que aplica-os à realidade concreta.

## 9 A APLICAÇÃO COMO MOMENTO CULMINANTE DA INTERPRETAÇÃO

A tarefa da interpretação não consiste em simplesmente decodificar signos ou textos. A sua missão só estará completa no momento da aplicação do conhecimento à realidade. Por conseguinte, a simples exegese do objeto do conhecimento não cumpre o desiderato da hermenêutica. Há a necessidade de aplicação do produto ao caso concreto, para, com isso, se extrair todo o conteúdo interpretativo.

Com o operador do direito acontece o mesmo, não bastam os processos intelectivos e subjetivos de exegese da regra. A interpretação só fecha seu ciclo com a construção repetida de decisões. Assim, a norma vai extraindo a sua significação a partir da continuidade de aplicações que vai sendo dada. Lenio Luiz Streck arremata:<sup>9</sup>

A interpretação do direito é um ato de 'integração', cuja base é o círculo hermenêutico (o todo deve ser entendido pela parte e a parte só se adquire pelo todo), sendo que o sentido hermeneuticamente adequado (correto), se obtém das concretas decisões por essa integração coerente na prática jurídica[...]. Exatamente por superar o modelo interpretativo baseado na determinação abstrata dos significados dos textos jurídicos, e por superar os modelos procedimentais, é que a hermenêutica trata da realização concreta do direito, isto é, não há mais só textos; há normas, e nelas, está contida a normatividade que abrange a realização concreta. É o caso concreto que será o lócus desse acontecer do sentido.

A aplicação do direito não é somente um dado acessório na faina judicante. Antes é o momento de manifestação maior dessa ciência. Destarte, o sentido da lei não é aquele previsto pelo legislador, nem o ditado pelo doutrinador, mas é o cristalizado no caso concreto pelas decisões do aplicador.

---

9 STRECK, Lenio Luiz. 2006, p. 312.

Nas palavras de José Lamego<sup>10</sup>: “A interpretação não se cinge à determinação do conteúdo semântico do enunciado normativo. A busca da norma aplicável é um passo inicial e fundamental do processo de concretização”.

Não se interpreta a lei em geral, mas deve-se interpretá-la para cada caso concreto. Há uma construção sucessiva de sentido a cada aplicação que se dá a lei. Na verdade, o intérprete vai compreender a norma tomando por base o problema sugerido pela realidade.

Senão vejamos, a lei de improbidade administrativa foi uma conquista moralizadora para nosso Ordenamento. Dentre seus dispositivos, prevê a punição para contratação para o serviço público sem o respectivo concurso. Nada obstante, casos existem em que não seria crível condenar o administrador por improbidade e cominar-lhe todas as penalidades decorrentes (inelegibilidade, perda de bens e do mandato, restituição ao patrimônio público [...]). É o caso que do gestor que admite um único servidor para serviço, v.g, de advogado do município, por um curto período de tempo, sem a realização do certame. Nessa situação, ainda que a lei exija a seleção prévia, se não houve prejuízo ao município, há de ser razoável um temperamento da regra e a interpretação no caso concreto de uma norma mais condizente com a justiça, por exemplo, uma recomendação do Ministério Público para a demissão do servidor.

Nessa hipótese, fica pinçada as várias ponderações que o aplicador concebe à regra no momento da aplicação, criando novas interpretações para as regras no mundo fático.

Entende-se, ainda, que a interpretação de uma norma jurídica será objeto de constantes reapreciações. Desta feita, a cada decisão tomada, tendo determinada regra como base, haverá uma nova implementação de significado.

A importância dessa dinâmica é que a interpretação da lei estará sempre sendo atualizada. Esse fator ganha maior relevância quando cientes do prejuízo institucional que seria o engessamento do sentido da norma frente às mudanças impostas pelo tempo. Destarte, a lei não deve se desprender da história.

---

10 LAMEGO, José. *Hermenêutica e Jurisprudência*. Lisboa: Fragmentos, 1990. p. 218.

## 10 A NECESSIDADE DE LIMITAÇÃO DA SUBJETIVIDADE NA INTERPRETAÇÃO NORMATIVA

Não é o correto afirmar que não há nenhum sentido antes da aplicação da norma e que o hermeneuta estaria integralmente livre na aplicação de sua subjetividade, impressões pessoais e experiências passadas.

É cediço que deve haver uma objetividade mínima a cingir a liberdade criativa do juiz. Há um conteúdo prévio de significado no texto, decorrente da própria linguagem e do contexto histórico em que se vive. Daí se afirmar que a construção do significado sempre parte de um substrato preliminar de sentido, que dá certo limite a sua inventividade. Corroborando esse entendimento, destaca:<sup>11</sup>

O postulado da objetividade jurídica não pode ser formulado no sentido de um conceito ideal “absoluto”; pode, no entanto, ser perfeitamente formulado como postulado de uma racionalidade verificável da aplicação do direito, suscetível de discussão e como postulado de sua adequação material no sentido da *caracterização material* de prescrições jurídicas e da inclusão dos elementos materiais de normatividade na concretização.

A conformação da norma com a realidade é salutar e desejável, mas não se concebe os excessos. É preciso coroar o Ordenamento com um mínimo de previsibilidade e segurança contra os arbítrios jurisdicionais. Ademais a adequação ao caso concreto valerá quando se prestigiar os anseios de justiça, mas jamais quando se pretender usurpar a função legislativa.

Ademais, deve-se evitar a chamada inflação interpretativa, onde o hermeneuta excede-se na extração de sentido da regra, a ponto de desvirtuá-las, e querer vulgarizar essa prática, para os casos além do estritamente necessário.

Desta feita, sempre haverá um pensamento predominante num contexto histórico que vinculará a interpretação subjetiva, procurando dar um pouco mais de objetividade à glosa. E esse bom senso é o que se deve buscar.

---

11 MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 52

Logo, o engenho do juiz ao interpretar, será a conciliação das experiências passadas, do seu bom senso e da visualização do caso concreto, sem romper com o contexto presente e tendo a consciência dos efeitos de sua hermenêutica na realidade subjacente.

## 11 CONCLUSÃO

A maiêutica de uma proposição jurídica é um momento de transformação da realidade e de influências no contexto social. Esse fenômeno não pode ser tratado ingenuamente, antes devem ser investigados os fatores que influenciam essa manifestação.

Deveras, a prolação final de uma sentença, um parecer jurídico-administrativo ou uma defesa judicial encerram um fenômeno complexo, imbricado por um procedimento hermenêutico que merece investigação amíúde.

O aplicador do direito, assim, tomará um dispositivo jurídico apenas como ponto de partida para a superação dos conflitos de interesses e nesse rito aliará a seus conhecimentos técnicos às regras da hermenêutica para se chegar a um clímax interpretativo da concretização da norma.

Seria ingênuo, quiçá impossível, vislumbrar um ambiente de labor jurídico onde não vicejasse a interpretação, como dínamo propulsor da aplicação da norma. Nesses termos, mister que os aplicadores do direito tenham a consciência de sua ingerência interpretativa, máxime, que dominem o uso de tais engrenagens

O buzilis da questão tem sido o encontro do ponto de harmonia entre a liberdade interpretativa e um objetivismo mínimo que se pretende de um sistema jurídico. Certeza mesmo, só a que não podemos abdicar das benemerências da interpretação no quotidiano jurisdicional.

Há, indeclinavelmente, um desafio conciliatório configurado pelos desvios nas regras causados pelos excessos na exegese. Esse sintoma, só o bom senso e a prática contínua da interpretação poderá amadurecer. Inobstante, para que se alcance esse desiderato, é imperioso que se intensifiquem os estudos da hermenêutica jurídica, que os aplicadores tenham a responsabilidade no seu manejo e que a sociedade exerça o controle-cidadão das atividades jurídicas.

**12 REFERÊNCIAS**

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 2003.

COUTINHO, Jacinto de Miranda; LIMA, Martônio, Mont'alverne Barreto. *Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos*. Rio de Janeiro: Renvoar, 2006.

JAPIARSE, Hilton; MARCONDES Danilo. *Dicionário de filosofia*. Rio de Janeiro: José Zahar editor, 1990.

LAMEGO, José. *Hermenêutica e Jurisprudência*. Lisboa: Fragmentos, 1990.

MORA, José Ferrater. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PALMER, Richard. *Hermenêutica*. 70 ed. Lisboa: [s.e]. 1986.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo horizonte: Del Rey, 2001.



# ENQUADRAMENTO FINANCEIRO DOS HONORÁRIOS PERCEBIDOS PELAS INSTITUIÇÕES FEDERAIS PRESTADORAS DE SERVIÇO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA

*Marcelo Kokke  
Procurador Federal da  
Advocacia-Geral da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O serviço de assistência judiciária gratuita; 2 Assistência judiciária e ensino jurídico; 3 Verbas sucumbenciais envolvidas no serviço de assistência judiciária; 4 Natureza dos valores decorrentes de verbas sucumbenciais; 5 Repercussão do ônus da assistência judiciária; 6 Conclusões; 7 Referências.

**RESUMO:** Os honorários decorrentes dos serviços ou núcleos de assistência judiciária configuram-se como receitas. A identificação da caracterização deste tipo de receita e sua titularidade estão relacionadas a disciplina jurídico-financeira das instituições de ensino, em um interligar que vincula as atividades fins e a integração de direitos e garantias fundamentais. A assistência judiciária gratuita aos hipossuficientes economicamente compõe o quadro do instrumental jurídico de combate ao reconhecimento negativo, orientando-se para a garantia do igual respeito e combate à cidadania de segunda classe. A integração da instituição de ensino no preparo de seus acadêmicos para a vida profissional lastreia-se à sua função de entidade supletiva na garantia da assistência judiciária, decorrendo daí tanto a satisfação de direitos fundamentais quanto a integração do patrimônio público com a formação de créditos financeiros devidos à Fazenda Pública. Identificar a qualidade dos créditos públicos gerados na satisfação das atividades supletivas de assistência judiciária pressupõe interligar a disciplina jurídica financeira dos recursos públicos com as dinâmicas constitucional e processual que emergem neste contexto de relações jurídicas, recaindo em um liame entre a prestação educacional, a assistência judiciária gratuita fornecida por entidade supletiva e a formação de créditos públicos decorrentes de atividade fim da instituição. A admissão dos créditos públicos como fruto da atividade fim da instituição federal de ensino, concretizada por meio de seus serviços ou núcleos de assistência judiciária gratuita, desencadeia a necessidade de enquadramento e capitulação para fins orçamentários, orquestrando a expressão estatal de modo a concretizar-se a realização do reconhecimento humano em sua expressão de direitos fundamentais social e culturalmente compartilhados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Assistência judiciária. Instituição de ensino federal. Honorários. Receita pública. Direitos fundamentais.

**ABSTRACT:** The legal fees resulting from the services or centers of judiciary assistance are shaped as income. The identification of the character of such income and its entitlement are related to the legal-financial discipline of the educational institutes, in an interface that brings together the target activities and the integration of fundamental rights and guarantees. The gratuitous judiciary assistance to those who lack assets makes up the chart of

the legal apparatus of combat to negative recognition, aiming at the insurance of equal respect, and combat to second class citizenship. The integration of the educational institute in the preparation of its academics to their professional life is grounded on its role as supplementary entity in the guarantee of judiciary assistance, from which derive both the satisfaction of fundamental rights and the integration of the public patrimony with the consolidation of financial credits owed to the Treasury. The identification of the quality of the public credits generated from the satisfaction of the supplementary activities of judiciary assistance surmises the connection between the legal-financial disciplines of the public assets and the constitutional and procedural dynamics that arise in this context of legal relationships, falling back on the ties among the educational activity, the gratuitous judiciary assistance provided by supplemental entity and the formation of public credits derived from the institution's target activity. The acceptance of the public credits as offspring of the federal institution's target activity, rendered concrete through its services or centers of gratuitous judiciary assistance, triggers the need of framing and capitulation for budgetary ends, orchestrating the State's expression in order to fully realize the human recognition in its expression of fundamental rights socially and culturally shared.

**KEYWORDS:** Judiciary assistance. Federal Educational Institution. Legal fees. Public income. Fundamental rights.

## **INTRODUÇÃO**

O estudo desenvolvido possui como objeto de análise a natureza dos créditos decorrentes de honorários advocatícios frutos de atuação dos serviços de assistência judiciária gratuita prestados a partir de instituições de ensino federal. O tema demanda análise da normatização pertinente a:

- 1) assistência judiciária gratuita;
- 2) atividade curricular no curso de Direito;
- 3) natureza dos créditos derivados de condenação em honorários advocatícios;

- 4) conformação financeira dos créditos decorrentes da condenação em honorários.

O serviço de assistência judiciária gratuita repercute em seara constitucional quando se trata de viabilizar o acesso ao Judiciário, repercute na seara processual civil quando em decorrência da atuação da instituição de ensino logra-se êxito no processo, legitimando o recebimento de honorários sucumbenciais, e igualmente irá repercutir na seara jurídica administrativa, quando da confecção do plano curricular da instituição e sua função social, tal como na dimensão jurídico-financeira, já que lidará com potenciais receitas públicas.

A abordagem metodológica do tema concentra-se em confrontação teórico-normativa partindo de um paradigma ético-comunitário na compreensão das funções públicas que revestem a acepção constitucional da condução de toda instituição federal de ensino. Destarte, a pauta ético-interpretativa assumida volta-se para a consecução de princípios constitucionais coordenados: realização do direito fundamental de acesso à justiça, consubstanciado no art. 5º, inciso LXXIV, CR; realização do direito fundamental à educação, que compreende a qualificação para o trabalho, art. 205, CR; indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, art. 207, CR; responsabilidade fiscal e gestão financeira responsável, art. 37, CR, e LRF.

A diretriz focada no tema leva-nos ao enfrentamento da problemática assim sintetizada:

- 1) Qual o papel das instituições federais de ensino no acesso à justiça?
- 2) Quais liames são reconhecidos entre o ensino jurídico e a acessibilidade à justiça?
- 3) O serviço de assistência judiciária pode desencadear verbas sucumbenciais?
- 4) Qual a natureza jurídica das eventuais verbas sucumbenciais geradas?

## 1 O SERVIÇO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA

A percepção do acesso à justiça, como encaminhada no influente estudo de Mauro Cappelletti<sup>1</sup>, envolve a garantia de direitos fundamentais, para além da garantia de acesso à via judiciária, alcançando a expressão inclusiva como agente em igual respeito Honneth, no exercício de direitos e na expressão de cumprimento de deveres calcados constitucionalmente. O acesso à justiça traduz-se no Estado Democrático de Direito como acesso à inclusão, ao reconhecimento de igual valor de todo cidadão, ou seja, trata-se de acesso ao igual respeito materialmente considerado. Conforme destaca Axel Honneth<sup>2</sup>, o reconhecimento de igual valor dos cidadãos em face do Estado Democrático de Direito remete ao respeito isonômico aos direitos potencializados pelos indivíduos, ao que “los sujetos perciben los procedimientos institucionales como injusticia social cuando ven que no se respetan aspectos de su personalidad que creen que tienen derecho a que se reconozcan”. A negação de acesso à materialização de direitos fundamentais recai assim na negativa de respeito à cidadania.

A dimensão da garantia a inclusão social por meio do acesso à justiça envolve a estruturação de instituições orientadas ao combate à exclusão de possibilidades de igual respeito, ou seja, ao combate ao que Charles Taylor<sup>3</sup> identifica como cidadania de segunda classe. A exclusão de direitos, com conseqüente firmamento de incapacitados ao usufruto de direitos fundamentais, afigura-se como o denominado reconhecimento negativo. Obstar o acesso à justiça é patrocinar o nocivo reconhecimento negativo, captado como conjunção de mecanismos que geram exclusão social e influem em uma preocupante cidadania de segunda classe, em que pessoas são afastadas das asas do Estado Democrático de Direito. Nesta matriz, o reconhecimento negativo é o desafio posto à Constituição inclusiva, orientada pelo reconhecimento como núcleo da expressão constitucional do *demos*.

Dans la langage de E. Tugendhat [1998] ou d'A. Honneth [2000] et E. Renault [2000], on dira que le propre de la reconnaissance négative consiste à produire des ‘blessures morales’. Une blessure morale n’est rien d’autre qu’une souffrance particulière qui manifeste

- 1 CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.
- 2 HONNETH, Axel; FRASER, Nancy. *Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico*. Traducción de Pablo Manzano. Madrid: Ediciones Morata e Fundación Paideia Galiza, 2006. p. 105.
- 3 TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo y la política del reconocimiento*. Traducción de Mónica Utrilla de Neira. Madrid: FCE, 2003.

la vulnérabilité d'un individu (ou d'un groupe sociale) face à une série de dépréciations dont il est l'objet, que celles-ci prennent la forme d'une simple indifférence ou qu'elles revêtent celle du 'mépris social'.<sup>4</sup>

Destarte, como esclarecem Lazzeri e Caillé<sup>5</sup>, o combate à situações de vulnerabilidade é combate ao reconhecimento negativo, é patrocínio da inclusão e afirmação ético-jurídica no Estado Democrático. Pressupõe-se aqui a construção de instituições que viabilizem a afirmação da cidadania, instituições orientadas à promoção da inclusão social. Adentra aqui o que identificamos em obra (Direito Constitucional Demótico) como dimensão institucional do reconhecimento, ou seja, conformação de instituições públicas, e mesmo privadas, em uma pauta de inclusão, na tomada em igual respeito dos indivíduos em uma sociedade democrática. A Constituição da República prevê expressamente a conformação institucional para afirmação da pauta de reconhecimento de igual respeito, na seara do acesso à justiça, quando traduz em direito fundamental a prestação da assistência judiciária gratuita:

Art. 5º. [...]

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

A garantia prevista no art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição elastece a assistência jurídica para além da assistência judiciária, incorporando expressamente a concepção de inclusividade e combatendo manifestações do reconhecimento negativo, propugnando pelo patrocínio estatal de instituições que viabilizem o implemento de direitos fundamentais. É sob este teor que a garantia constitucional se refere a assistência integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

O fomento à prestação da assistência jurídica recai em nível infra-constitucional na previsão contida na Lei n. 1.060/50, a qual estabelece bases para a conformação institucional de modo a atender-se a inclusão por meio da acessibilidade ao igual respeito no trato da

4 LAZZERI, Christian; CAILLÉ, Alain. La reconnaissance aujourd'hui: enjeux du concept. In. *Revue du Mauss. De la reconnaissance: don, identité et estime de soi*. Paris: La découverte, v. 23, p. 104, 2004.

5 LAZZERI, Christian; CAILLÉ, Alain. La reconnaissance aujourd'hui: enjeux du concept. In. *Revue du Mauss. De la reconnaissance: don, identité et estime de soi*. Paris: La découverte, v. 23, p. 88-115, 2004.

cidadania. As normas da Lei n. 1.060/50, sob os esboços sustentadores da Constituição da República de 1988, conformam-se para o fomento da inclusão, tendo em foco a justiça social em um cenário democrático, a partir da redução do reconhecimento negativo. A materialização é pavimentada pelo estabelecimento de organizações institucionais orientadas para a prestação de assistência jurídica, integral e gratuita, aos que comprovarem insuficiência de recursos. Prevê o art. 5º da Lei n. 1.060/50:

Art. 5º. O juiz, se não tiver fundadas razões para indeferir o pedido, deverá julgá-lo de plano, motivando ou não o deferimento dentro do prazo de setenta e duas horas.

§ 1º. Deferido o pedido, o juiz determinará que o serviço de assistência judiciária, organizado e mantido pelo Estado, onde houver, indique, no prazo de dois dias úteis o advogado que patrocinará a causa do necessitado.

§ 2º. Se no Estado não houver serviço de assistência judiciária, por ele mantido, caberá a indicação à Ordem dos Advogados, por suas Seções Estaduais, ou Subseções Municipais.

§ 3º. Nos municípios em que não existirem subseções da Ordem dos Advogados do Brasil, o próprio juiz fará a nomeação do advogado que patrocinará a causa do necessitado.

§ 4º. Será preferido para a defesa da causa o advogado que o interessado indicar e que declare aceitar o encargo.

§ 5º. Nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as Instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos. (Incluído pela Lei nº 7.871, de 1989)

A tarefa da prestação da assistência judiciária é atribuída ao Estado, entretanto, como mecanismo de compensação fático-estrutural, a norma prevê que ao lado das Defensorias Públicas, acaso estas não se revelem por suficientes ao atendimento do desiderato constitucional da assistência integral e gratuita, existirão colaboradores institucionais no combate ao reconhecimento negativo, em prol da expressão da justiça social

assentada em implementação de direitos fundamentais. A colaboração institucional realiza-se por meio da OAB, instrumentalizando-se por advogados dativos, assim como por meio de instituição que exerça atividade equivalente à Defensoria, ou seja, entidade que se volte para a prestação de serviço de assistência jurídica gratuito àqueles que forem economicamente hipossuficientes.

A atuação de serviços de assistência judiciária, operados por instituições de ensino, revela-se como materialização da colaboração junto ao Estado no fomento da inclusão social por meio da promoção da cidadania, assumindo o aparato de assistência jurídica a condição de equivalente na implementação do direito fundamental de acessibilidade jurisdicional. Os núcleos de assistência jurídica das entidades de ensino conformam-se como instituições de patrocínio da inclusão social através do rechaço ao reconhecimento negativo, ou seja, através de atitudes que visem a eliminação de potenciais casos de cidadania de segunda classe. Alberga-se assim o serviço de assistência judiciária de instituição de ensino no exercício da atividade implementadora de direitos fundamentais, o que é visado pela Lei n. 1.060/50.

O papel das instituições federais de ensino, quando ofertantes de cursos jurídicos, exalta-se na promoção da inclusão social através da assistência judiciária, como entidade equiparada, funcionalizando-se como instituição em colaboração, na implementação da garantia fundamental de acessibilidade. O STJ solidificou posicionamento no sentido de que o membro de serviço ou núcleo de assistência jurídica de entidade de ensino possui a mesma situação de defensor dativo, ou seja, cumpre desígnio na concretização de assistência judiciária gratuita:

HABEAS CORPUS. NOMEAÇÃO DO NÚCLEO DE PRÁTICAS JURÍDICAS DE INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR. DEFESA DATIVA. RECURSO DE APELAÇÃO. FALTA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO ACÓRDÃO. PRAZO EM DOBRO. EMBARGOS INFRINGENTES. INTEMPESTIVIDADE. “1. “Nos termos do artigo 5º, § 5º, da Lei 1.060/50 e 370, § 4º, do CPP, a intimação do Defensor Público ou dativo deve ser pessoal, sob pena de nulidade absoluta por cerceamento de defesa. O STJ entende que o benefício do prazo em dobro para recorrer (art. 5º, § 5º, Lei 1.060/50), só é devido aos Defensores Públicos e àqueles que fazem parte do serviço estatal de assistência judiciária, não se incluindo no benefício os defensores dativos, mesmo que credenciados pela PGE

do Estado de São Paulo, vez que não exercem cargos equivalentes aos de Defensores Públicos”. (HC 27.786/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 19.12.2003).” A nomeação de defensor pertencente a Núcleo de Práticas Jurídicas de Instituição de Ensino Superior tem a mesma situação da indicação de defensor dativo, sendo, por isso, indispensável a intimação pessoal nos termos da previsão processual. Portanto, a tão-somente publicação na imprensa oficial do acórdão da apelação não supre a intimação pessoal do defensor dativo, exigida pela previsão atual do art. 370, § 4º, do CPP. Ordem concedida em parte para afastar a intempestividade do recurso de embargos infringentes, determinando que o Tribunal a quo siga no julgamento como entender de direito. (STJ - HC 37784 / DF 2004/0118217-7 Relator Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 05/10/2004 Data da Publicação/Fonte DJ 08/11/2004 p. 266)

Em decorrência, a assistência judiciária gratuita, quando prestada pelas instituições de ensino ofertantes deste serviço por seus núcleos ou serviços de assistência jurídica, consolida-se como promotora da inclusão social e equiparada para todos os efeitos à prestação jurisdicional dativa.

## 2 ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA E ENSINO JURÍDICO

As instituições federais de ensino assim como demais instituições que se dediquem ao ensino jurídico estão situadas em um cenário normativo que dispõe sobre a estrutura fundamental que deve dotar a grade de disciplinas do curso de Direito. Na definição deste cenário, emerge em relevância a atuação da Ordem dos Advogados do Brasil. A conformação do papel assumido pelas instituições federais de ensino na promoção da inclusão social por meio da acessibilidade ao igual respeito tutelado pela assistência judiciária integral e gratuita coadjuva-se com a atuação da OAB na definição dos padrões de estágio profissionalizante. Sob este prisma, o ensino jurídico imprime-se em uma especial combinação de fatores desencadeantes na interligação do ensino teórico, da pesquisa, da extensão e da preparação prática do acadêmico para quando de seu mergulho no mercado de trabalho. Trata-se na verdade de fomento na construção e viabilização do ser para pleno usufruir de direitos fundamentais reconhecidos como direitos sociais.

Este peculiar perfil que se embrenha no ensino jurídico está calcado em diretrizes constitucionais, legais e infra-legais, as quais se embrenham na conformação do direito à educação, amparo imprescindível ao combate ao reconhecimento negativo e à existência de cidadãos renegados a cidadania de segunda classe. Mais uma vez verifica-se um encadeamento ético-jurídico em pauta condutora voltada para a realização do ser em sua dignidade como agente participativo no Estado Democrático. A Constituição externa em seu art. 205 o projeto coletivo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, tratando a educação como direito de todos e dever do Estado, mas não somente do Estado. A construção da educação é desafio plúrimo, orientado pelo princípio universalizador habermasiano, em que os destinatários das normas fazem-se seus autores. Aqui projeta a Constituição a promoção e incentivo da educação em uma colaboração entre Estado e sociedade. As instituições de ensino instrumentalizam-se em canais de interlocução de modo a proporcionar o desenvolvimento da pessoa, seu preparo para a cidadania e qualificação para o trabalho.

A qualificação do acadêmico é uma atividade fim da instituição de ensino jurídico, interação que se procede em construção dialógica com a sociedade, desempenhando a OAB um papel capital nesta qualificação. A preparação do acadêmico norteia-se pela construção da cidadania, como viabilização para materialização dos direitos fundamentais em sua indivisibilidade, figurando o estágio jurídico como mecanismo para alcance da qualificação para o trabalho, art. 205 CR, e igualmente para implementação da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, art. 207 CR, fatalmente enlaçadas com aquela. Dando vazão a esse itinerário de eticidade juridicamente albergada, a Lei n. 8.906/94 disciplina a conformação do estágio profissional de advocacia, ou seja, disciplina a forma como se procederá à qualificação do acadêmico para o trabalho.

Art. 9º Para inscrição como estagiário é necessário:

§ 1º O estágio profissional de advocacia, com duração de dois anos, realizado nos últimos anos do curso jurídico, pode ser mantido pelas respectivas instituições de ensino superior pelos Conselhos da OAB, ou por setores, órgãos jurídicos e escritórios de advocacia credenciados pela OAB, sendo obrigatório o estudo deste Estatuto e do Código de Ética e Disciplina.

Configurando-se como atividade fim da instituição de ensino federal a formação humana para a cidadania, a qual implica direitos sociais, insere-se nessa atividade fim a qualificação do acadêmico para o trabalho, direcionando a denominada prática judiciária como algo inerente às instituições de ensino jurídico, já que estas, consoante materialização normativa acima, estão aptas a manter estágio profissional de advocacia. O papel na manutenção e desenvolvimento do estágio apresenta-se como prestação de serviço inerente às atividades da instituição federal de ensino, configurando-se como indelével marca na construção e solidificação da justiça social.

Sob a influência acima delimitada, o Ministério da Educação, veio a editar a Portaria n. 1886/94, que identificou nos núcleos ou serviços de prática jurídica das instituições de ensino verdadeiros capacitadores na construção profissional do acadêmico, visualizada como atividade fim da instituição educacional, promovendo-se através de convênios o exercício da prática jurídica na assistência judiciária. A qualificação para o trabalho há de integrar o currículo pleno da instituição de ensino, incorporando horas de prática jurídica real, ou seja, efetiva atuação em casos concretos em que se litigue a aplicação ou não de normas jurídicas, atividade que deve estar sob o controle e orientação do núcleo jurídico da instituição de ensino. Revela-se aqui uma imponente previsão de atividade fim do núcleo ou serviço de assistência jurídica: este deve não somente disponibilizar o estágio profissional, mas igualmente deve prestar o serviço de controle e orientação no desenvolvimento da qualificação para o trabalho. Estatuiu a norma:

Art. 10. O estágio de prática jurídica, supervisionado pela instituição de ensino superior, será obrigatório e integrante do currículo pleno, em um total de 300 horas de atividades práticas simuladas e reais desenvolvidas pelo aluno sob controle e orientação do núcleo correspondente.

§ 1º O núcleo de prática jurídica, coordenado por professores do curso, disporá instalações adequadas para treinamento das atividades de advocacia, magistratura, Ministério Público, demais profissões jurídicas e para atendimento ao público.

§ 2º As atividades de prática jurídica poderão ser complementadas mediante convênios com a Defensoria Pública outras entidades públicas judiciárias empresariais, comunitárias e sindicais que

possibilitem a participação dos alunos na prestação de serviços jurídicos e em assistência jurídica, ou em juizados especiais que venham a ser instalados em dependência da própria instituição de ensino superior.

Incluindo hipóteses de convênios, como com a Defensoria Pública, os núcleos ou serviços de assistência judiciária investem-se como colaboradores no patrocínio da acessibilidade jurídica, enquadrando-se na previsão do art. 5º, inciso LXXIV, CR, e na Lei n. 1.060/50, como agentes fomentadores tanto da inclusão social pela negação da situação de cidadania de segunda classe quanto pela regência em atividade fim na preparação e qualificação para o trabalho dos acadêmicos. Envolvida está a questão por uma tematização da atividade da instituição federal de ensino, que se erige como prestadora de serviços, não somente consubstanciados na assistência judiciária, mas igualmente na orientação e controle das atividades do acadêmico em processo de estágio.

Nessa diametralidade complementar, reconhece-se um liame profundo entre o ensino jurídico orientado para a qualificação para o trabalho, que acarreta como atividade fim da instituição de ensino federal os serviços prestados pelos núcleos ou serviços de assistência judiciária, e a garantia de acessibilidade ao judiciário, imersa na assistência judiciária integral e gratuita, condição inafastável da afirmação do ser em reconhecimento de igual respeito em um ambiente estatal jurídico-democrático. A complementaridade de ações para materialização da cidadania inclusiva se enfeixa. As atividades dos núcleos ou serviços de assistência jurídica conotam-se como essenciais e inerentes à própria atividade fim das instituições de ensino federal ofertantes de cursos jurídicos.

### **3 VERBAS SUCUMBENCIAIS ENVOLVIDAS NO SERVIÇO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA**

As atividades de colaboração não exoneram o Estado de sua obrigação de prestação da assistência judiciária integral e gratuita, pelo inverso, tratam-se de verdadeiras atividades supletivas, auxiliares, voltando-se como mecanismos de garantia à efetiva realização do direito fundamental envolvido, havendo mesmo menção expressa de tanto no art. 1º da Lei n. 1.060/50. O art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição é expresso quanto à atribuição da incumbência de prestação do serviço de assistência judiciária ao Estado. A natureza da atividade prevista e

sustentada pela Lei n. 1.060/50 é de colaboração institucional, cumpre-se o exercício da assistência judiciária a partir de entes supletivamente engajados, ao sustentáculo tanto do §2º quanto do §5º, ambos do art. 5º, da Lei n. 1.060/50. A relação de colaboração, suplementando a atividade estatal no fornecimento da assistência judiciária integral e gratuita, mantém tanto no caso do defensor dativo quanto na atuação da instituição de ensino através de seu serviço de assistência jurídica o caráter de serviço advocatício.

A relação de gratuidade estabelecida é entre o prestador da assistência integral e a pessoa em situação de necessidade, de hipossuficiência econômica, carente de recursos financeiros. Tem-se aqui que a assistência é integral e gratuita tão somente em relação ao beneficiário direto, já que sem aquela, recairia ele em situação de risco de reconhecimento negativo, situação de cidadania de segunda classe. A carência de recursos é caracterizadora da relação de necessidade, princípio regente na distribuição de bens em um contexto sócio-cultural específico.

Walzer<sup>6</sup> destaca que a necessidade remete à atribuição de sentidos e critérios que delimitem a distribuição da escassez em níveis de justiça distributiva na coletividade. Assim, “a necessidade gera uma esfera distributiva especial, dentro da qual é, ela mesma, o princípio distributivo adequado”. O que vai em si definir a dimensão da necessidade compreendida como defensável e legítima é a apresentação daqueles que a sustentam e de sua relação com os bens em disputa em um cenário histórico-cultural. A gratuidade é referente àquele que apresenta necessidade, tão somente, sendo essa identificada como a inviabilidade do agente de pagar despesas processuais e honorários, sem que isto comprometa seu sustento e de sua família, como constante no art. 4º da Lei n. 1.060/50.

Não estando acobertados pelo princípio da necessidade, que sustenta a gratuidade em prol da inclusão, da justiça social, em um ambiente de concretização de direitos fundamentais, não se vêem envolvidos pela mesma tanto a parte adversa em eventual contenda em que o beneficiário da assistência esteja presente quanto o próprio Estado, ao qual recai o ônus de prestar por suas entidades o auxílio jurídico.

---

6 WALZER, Michael. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Tradução: Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução: Cícero Romão Dias Araújo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 32.

Restando límpido que a assistência judiciária é integral e gratuita em relação ao tutelado pelo princípio da necessidade, implica identificar as demais relações normativas imanentes à prestação referida.

A Lei n. 1.060/50 estabelece que a assistência judiciária é atribuída essencialmente ao Estado, por meio de sua defensoria pública, entretanto, principalmente pela insuficiência fática desta para com as necessidades socialmente apresentadas, corroboram em supletividade advogados dativos sob indicação da OAB ou designação judicial, assim como as entidades equivalentes referidas no §5º, do art. 5º da Lei n. 1.060/50. Em ambas as hipóteses, conserva a atividade o nítido teor advocatício, quando a assistência jurídica apresenta-se como assistência judiciária. Conservando caráter advocatício, os honorários sucumbenciais são devidos acaso a parte patrocinada pela assistência judiciária gratuita seja a vencedora da lide, já que a relação de gratuidade não envolve a parte sucumbente. Assim, é expresso o art. 11 da Lei n. 1.060/50 na identificação do dever de pagamento de honorários pela parte vencida:

Art. 11. Os honorários de advogados e peritos, as custas do processo, as taxas e selos judiciários serão pagos pelo vencido, quando o beneficiário de assistência for vencedor na causa.

Aplicando-se o art. 11 supra referido em coordenação com o art. 22 da Lei n. 8.906/94, tem-se que os honorários devidos quando o beneficiário da assistência judiciária for o vencedor da causa abrangem tanto os honorários sucumbenciais quanto os derivados de arbitramento judicial:

Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convenacionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

Salientando que a relação de gratuidade estabelece-se pelo vínculo de necessidade, tem-se que se a parte vencedora for aquela beneficiada pela assistência judiciária gratuita, aquele que presta a assistência judiciária fará jus ao recebimento de honorários sucumbenciais, abrangendo tal hipótese os Defensores Públicos, os advogados dativos e igualmente refletindo nos serviços de assistência judiciária. Entretanto, há que se distinguir duas situações:

- 1) prestação de assistência judiciária na situação de dativo, enquanto nomeado;
- 2) prestação de assistência judiciária na situação de exercício de múnus público.

Quando da prestação da assistência judiciária por defensor dativo, advogado nomeado pelo Judiciário, inclusive sob hipótese da indicação da OAB, não dimana maiores problemas o reconhecimento dos honorários de sucumbência como verbas devidas ao profissional, tendo em conta a atividade prestada. A questão assume figura diferenciada quando a prestação de assistência judiciária gratuita ocorre no exercício de múnus público. É que nesta hipótese, quem está a prestar a assistência judiciária é em si a entidade, e não a pessoa do patrono, que está a atuar em verdadeira “representação” da pessoa jurídica estatal. Não há representação, mas sim corporificação do ente através de seu agente. Quando se trata de assistência judiciária prestada pela Defensoria Pública, o Defensor é a incorporação da entidade.

Tratando-se de hipótese de corporificação da entidade prestadora do serviço de assistência judiciária gratuita pelo Defensor Público, a Lei Complementar n. 80/94 veio por vedar o recebimento de honorários por aqueles, consoante se lê nos art. 46, III, e 130, III, cabendo por decorrência a verba à entidade pública que presta a assistência. Neste sentido a jurisprudência:

Se o advogado é defensor público, esta verba não é dele, mas do Estado, para o qual presta o seu munus, o que se harmoniza com a vedação prevista na Lei Complementar nº 80/94, quanto ao recebimento de honorários por defensor público.” (STJ - RESP - RECURSO ESPECIAL - 674209 Processo: 200400954634 UF: RJ Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA Data da decisão: 07/12/2004 Documento: STJ000228614 Fonte DJ DATA:21/03/2005 PG:00341 Relator CASTRO MEIRA)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL REPRESENTANDO LITIGANTE VENCEDOR EM DEMANDA CONTRA O MUNICÍPIO (PARTE VENCIDA). PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. POSSIBILIDADE. NÃO-CONFIGURAÇÃO DE CONFUSÃO ENTRE CREDOR E DEVEDOR. PRECEDENTES.

1. Agravo regimental contra decisão que proveu recurso especial para condenar o Município ao pagamento da verba honorária em favor da Defensoria Pública Estadual.

2. “A Defensoria Pública é órgão do Estado, por isso que não pode recolher honorários sucumbenciais decorrentes de condenação contra a fazenda em causa patrocinada por Defensor Público. Confusão. Aplicação do art. 1.049 do Código Civil...” (REsp nº 469662/RS, 1ª Turma, DJ de 23/06/2003, Rel. Min. LUIZ FUX)

3. Os honorários de advogado nas ações patrocinadas pela Defensoria Pública Estadual destinam-se ao próprio Estado. O fato de haver um fundo orçamentário com finalidade específica é matéria contábil-financeira que não altera a situação jurídica de ser o credor dessa verba a Fazenda Estadual e não a parte ou a própria Defensoria, já que esta não detém personalidade jurídica, sendo órgão do Estado. O destino do produto das receitas do Estado, decorrentes de sucumbência nos processos em que seja parte, é irrelevante na relação jurídica que trave com terceiros. A Defensoria Pública é mero, não menos importantíssimo, órgão estadual, no entanto, sem personalidade jurídica e sem capacidade processual, denotando-se a impossibilidade jurídica de acolhimento do pedido da concessão da verba honorária advocatícia, por se visualizar a confusão entre credor e devedor.

4. In casu, não está configurada a confusão, uma vez que a parte vencida é o ente Municipal e não o Estatal. Precedentes: REsp nº 805540/MG, Rel. Min. Luiz Fux; AgReg no REsp nº 724091/MG, Rel. Min. Luiz Fux. 5. Agravo regimental não-provido (STJ - Classe: AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – 1039387 Processo: 200800547780 UF: MG Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA Data da decisão: 03/06/2008 Documento: STJ000328351 Fonte DJE DATA:23/06/2008 Relator JOSÉ DELGADO)

Tratando-se de serviço de assistência judiciária gratuita fornecido por instituição de ensino público, especificamente por instituição de ensino federal, em razão das atividades acadêmicas envolvidas no curso de Direito para a qualificação de acadêmicos para o trabalho, tem-se que igualmente está patente a existência de atividade lastreada pelo múnus público. A atividade desenvolvida pelo serviço de assistência

judiciária de instituição de ensino público, conforme já destacado, está afeta a uma combinação entre colaboração na implementação do direito fundamental à acessibilidade judiciária e à preparação do acadêmico por meio de estágio profissional. Prestando a assistência judiciária gratuita através de seu serviço ou núcleo jurídico, a instituição de ensino federal está a cumprir atividade fim traduzida em sua função educacional, prevista na Lei de Diretrizes Básicas da Educação, Lei n. 9.394/96:

Art. 1º A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.

§ 1º Esta Lei disciplina a educação escolar, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias.

§ 2º A educação escolar deverá vincular-se ao mundo do trabalho e à prática social.

Os agentes que atuam nos serviços de assistência judiciária das instituições de ensino estão em verdade a corporificar a própria instituição, em sua atividade de preparação do acadêmico, orientando e controlando o exercício do estágio profissional de advogado. Patrocinando demanda em que o beneficiário de assistência judiciária gratuita seja vitorioso, sendo a instituição de ensino corporificada através de seu agente, os honorários de sucumbência fazem-se por cabíveis à própria instituição de ensino. Assim, se entidade de ensino federal mantém o serviço ou núcleo de assistência judiciária gratuita, assim como a Defensoria Pública, verifica-se caso de exercício de múnus público, não sendo os honorários de sucumbência devidos aos agentes da pessoa jurídica federal, mas sim à própria entidade federal, já que a manutenção do serviço referido consubstancia-se em atividade fim da mesma.

Aplica-se desta forma o mesmo roteiro argumentativo já plantado pelos Tribunais quando destacam que os honorários sucumbenciais pertencem à entidade federativa à qual pertence a Defensoria Pública, ou seja, exercendo o múnus público inerente à atividade de assistência judiciária gratuita de núcleo de instituição de ensino federal, os agentes atuantes nada mais fazem do que corporificar a entidade federal em sua atividade fim, consoante já sustentado, fazendo jus a própria instituição

de ensino federal às verbas advocatícias sucumbenciais. Destarte, na hipótese de prestação de serviços de assistência judiciária gratuita, o serviço prestado pela instituição de ensino federal deriva verbas sucumbenciais, quando vitoriosa a parte beneficiada, devidas à própria instituição, em razão do múnus público envolto na atividade.

#### **4 NATUREZA DOS VALORES DECORRENTES DE VERBAS SUCUMBENCIAIS**

Configurando-se os valores decorrentes de honorários sucumbenciais como créditos devidos à instituição federal de ensino à qual está vinculado o serviço de assistência judiciária gratuita, na hipótese de vitoriosa a parte beneficiada, é necessário identificar a natureza e regramento do adentramento dos valores nos cofres públicos. Sendo de titularidade da instituição de ensino federal, os valores de sucumbência assumem a condição de recursos públicos. Girando o quadro financeiro dos recursos públicos ao redor dos conceitos de entrada e receita, aquela compreendida como quaisquer ingressos de recursos públicos, e esta como o adentramento de recursos públicos nos cofres estatais com caráter de definitividade, tem-se que os honorários de sucumbência configuram-se como receita pública.

A doutrina identifica o conceito de entrada, correspondente a ingresso, como quaisquer valores que adentrem aos cofres públicos, seja a que título for, desimportando o fundamento ou causa de seu advento ao Estado. Se os valores ingressarem nos cofres públicos em caráter precário ou provisório, sem teor de definitividade, serão eles capitulados como simples entrada, já que não podem ser considerados de forma incontestada como definitivos. Em contrariedade às simples entradas, o traço marcante das receitas é sua definitividade, sua estabilidade nos cofres públicos. Segundo Aliomar Baleeiro<sup>7</sup>:

receita pública é a entrada que, integrando-se no patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem acrescer o seu vulto, como elemento novo e positivo.

Isto quer dizer que as verbas que adentram nos cofres públicos das instituições de ensino a título de honorários de sucumbência percebidos pelos seus serviços de assistência judiciária gratuita

<sup>7</sup> BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Atuali.: Derzi, Misabel de Abreu Machado. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 116.

convertem-se em receitas públicas, devendo constar do orçamento da entidade, e por conseqüência serem catalogados financeiramente. Pode-se ver no corpo da Lei n. 4.320/64 e da Lei Complementar n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) o núcleo da disciplina regente da receita pública. O orçamento, nos termos previstos no art. 2º da Lei n. 4.320/64, deve discriminar as receitas públicas em sua composição, de modo a explicitar a base do planejamento fiscal. As receitas compõem a base ativa da formação orçamentária, estabelecendo os recursos e a orientação dos mesmos no quadro de provisões coletivas assumido normativamente em uma sociedade. O planejamento fiscal a partir da correlação entre receitas e despesas, em um equilíbrio sustentável na ação pública, é o critério norteador da identificação da responsabilidade fiscal, conforme prevê a Lei Complementar n. 101:

Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe o compromisso com o planejamento, ou seja, com uma projeção arquitetada tecnicamente a partir de bases financeiras, jurídicas e políticas à consecução de bens públicos em uma proposta distributiva. Não obstante a referência da LRF em seu artigo 13 quanto à evolução do montante dos créditos tributários passíveis de cobrança administrativa, a gestão fiscal passa pela recuperação de créditos tributários e não-tributários, havendo de conceder-se ao dispositivo uma interpretação extensiva de seu conteúdo. Destarte, a efetiva cobrança de receita pública ocasionada pelos honorários sucumbenciais insere-se como requisito para regular gestão fiscal da entidade, contribuindo para o equilíbrio fiscal da entidade, já que esta apresenta dispêndios para a manutenção de seu serviço de assistência judiciária, configurado como atividade fim da instituição educacional superior.

Configurada como receita pública, e por decorrência afeta ao planejamento da entidade, as receitas com honorários adentram aos cofres públicos como receitas originárias. A receita originária decorre da exploração pelo Estado de seus próprios bens ou da prestação de serviços, estando imersa em uma relação disciplinada pelo direito privado, embora com incursões do direito público. Como receitas públicas originárias, os honorários sucumbenciais adentram ao patrimônio da entidade como uma receita ocasionada pela própria atividade fim da instituição de ensino, sob a categorização de receita proveniente da prestação de serviços.

Na categorização orçamentária prevista na Lei n. 4.320/64, a qual possui natureza de lei complementar por recepção constitucional, consoante firmado pelo Supremo Tribunal Federal (ADI-MC 1726/DF), a receita originária decorrente da prestação do serviço de assistência judiciária é captada como receita corrente de serviço. Prevê a Lei n. 4.320/64:

Art. 11 - A receita classificar-se-á nas seguintes categorias econômicas: Receitas Correntes e Receitas de Capital. (Redação dada pelo Decreto Lei nº 1.939, de 20.5.1982)

§ 1º - São Receitas Correntes as receitas tributária, de contribuições, patrimonial, agropecuária, industrial, de serviços e outras e, ainda, as provenientes de recursos financeiros recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, quando destinadas a atender despesas classificáveis em Despesas Correntes. (Redação dada pelo Decreto Lei nº 1.939, de 20.5.1982)

Destarte, a receita advinda de verbas de sucumbência afigura-se como receita corrente de serviços, já que provém da prestação de serviços de assistência judiciária, pertinente à atividade fim da instituição de ensino, sendo tal modalidade de receita assim conceituada pelo Manual de Receitas Públicas da Secretaria do Tesouro Nacional:<sup>8</sup>

#### 5.1.1.6 RECEITA DE SERVIÇOS

É o ingresso proveniente da prestação de serviços de transporte, saúde, comunicação, portuário, armazenagem, de inspeção e

<sup>8</sup> Brasil. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. *Manual de Receita Nacional*. Brasília: STN/Coordenação-Geral de Contabilidade, 2008. p. 34.

fiscalização, judiciário, processamento de dados, vendas de mercadorias e produtos inerentes à atividade da entidade e outros serviços.

A capitulação contábil é igualmente prevista no Manual de Receitas Públicas:

1600.00.00 Receita de Serviços

Registra o valor total da arrecadação da receita originária da prestação de serviços, tais como: atividades comerciais, financeiras, de transporte, de comunicação, de saúde, de armazenagem, serviços científicos e tecnológicos, de metrologia, agropecuários e etc.<sup>9</sup>

Em consectário, considerando regência normativa de origem e disciplina de obtenção, as verbas decorrentes dos serviços de assistência judiciária de instituições de ensino federal correspondem a receitas públicas originárias, sendo disciplinadas por normas de direito privado com incursões de normas de direito público, devendo constar do planejamento orçamentário da entidade, e igualmente serem postas em cobrança para fins de conformidade com a responsabilidade fiscal na gestão financeira. São capituladas normativamente pela Lei n. 4.320/64 como receitas correntes, especificamente como receitas de serviços inerentes à atividade fim da instituição de ensino.

A condição de receita pública, em princípio, justificaria a potencial inscrição em dívida ativa para fins de cobrança, conforme estabelece a própria Lei n. 4.320/64, em seu art. 39, o qual em seu *caput* prediz que os créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, serão escriturados como receita do exercício em que forem arrecadados, nas respectivas rubricas orçamentárias. Entretanto, tratando-se de créditos ocasionados fixados a partir de decisão judicial, os honorários de sucumbência prescindem de inscrição em dívida ativa, já que se sustentam em título executivo judicial para a formação do qual já que cumpriu os requisitos legais, inclusive contraditório e ampla defesa. Tem-se assim pela desnecessidade de inscrição em dívida ativa, já que este ato, como consta no art. 39, §1º e §2º, da Lei n. 4.320/64, calca-se na necessidade de conferir exigibilidade e exequibilidade ao

9 Brasil. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. *Manual de Receita Nacional*. Brasília: STN/Coordenação-Geral de Contabilidade, 2008. p. 238.

crédito, características quais já estão presentes pela própria decisão firmada judicialmente. Em síntese, sendo desnecessária a inscrição em dívida ativa, os recursos decorrentes serão cobrados nos próprios autos judiciais em que fixados foram os honorários sucumbenciais.

A qualidade de receita pública originária, especificamente de receita pela prestação de serviços, mesmo que não leve à inscrição em dívida ativa, não impede a escrituração da obrigação pecuniária devida à instituição de ensino a que está vinculado o núcleo ou serviço de prestação judiciária. A escrituração procede-se como registro do crédito, para fins de controle e fiscalização. Soma-se ainda que o registro da obrigação pecuniária devida à instituição federal de ensino propicia a aplicabilidade do cadastramento negativo do devedor, nos termos da Lei n. 10.522/02.

Os honorários de sucumbência inadimplidos junto à instituição federal titular do crédito configuram obrigação pecuniária vencida e não paga para com entidade da Administração Pública Federal, legitimando desta forma a inscrição do devedor no cadastro de inadimplentes, consoante permissivo do art. 2º da Lei n. 10.522/02:

Art. 2º O CADIN conterà relação das pessoas físicas e jurídicas que:

I - sejam responsáveis por obrigações pecuniárias vencidas e não pagas, para com órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta;

A utilização do CADIN perfaz-se desta forma como mecanismo de cobrança e resguardo do credor em relação aos créditos devidos enquanto receita pública da entidade federal, através da explicitação da situação irregular de inadimplência.

## **5 REPERCUSSÃO DO ÔNUS DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA**

A obrigação constitucional de prestação da assistência judiciária integral e gratuita aos hipossuficientes é própria do Estado, tendo em conta aqui o âmbito de competência em que se passa a contenda processual, conforme expressa a Constituição em seu art. 5º, inciso LXXIV. A Lei n. 1.060/50 identifica claramente esta atribuição de dever institucional como pertinente ao Estado, ao qual cabe a implementação

da garantia fundamental de viabilizar a inclusão social, combatendo o reconhecimento negativo e o risco da cidadania de segunda classe. Não obstante, a dinâmica do Estado Democrático de Direito elastece os canais de concretização dos direitos fundamentais, como já salientamos anteriormente, congregando uma dimensão institucional colaboradora para implementação da pauta ético-jurídica acolhida constitucionalmente.

Tanto advogados dativos quanto os serviços ou núcleos de assistência judiciária revelam-se como não titulares diretos da obrigação de prestação de assistência judiciária integral e gratuita aos hipossuficientes economicamente. Como perfilhado normativamente no art. 1º da Lei n. 1.060/50, advogados dativos e os serviços de assistência judiciária gratuita, equiparados à Defensoria Pública, são agentes colaboradores do Poder Público responsável pela assistência judiciária. Isto significa que a assunção da assistência dirige-se em prol do beneficiado, do carente em situação de risco na afirmação em igual respeito em relação à alteridade, não se desenhando como roteiro de exoneração estatal de sua incumbência normativa. A Lei n. 8.906/94 explicitamente dispõe que o exercício em colaboração na assistência judiciária mantém o dever remuneratório do Estado em relação ao agente colaborador:

Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

§1º O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado.

Pensamento contrário confrontaria com a pauta ética compartilhada socialmente e que veio a constitucionalizar-se como fundamento da República Federativa do Brasil, espraiando-se ainda como base da ordem econômica. O art. 1º, inciso IV, estabelece como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro os valores sociais do trabalho, ao passo que o art. 170 assenta que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho humano. O trabalho desenvolvido de assistência judiciária não pode ficar desguarnecido em

sua tutela, assim como não se pode exonerar o Estado responsável pela prestação de assistência judiciária quando este se furta ao cumprimento de sua tarefa constitucional.

É neste sentido que o Supremo Tribunal Federal (RE 222.373 e RE 221.486) solidificou posicionamento a favor da remunerabilidade do serviço prestado pelo advogado dativo, já que a prestação se faz por gratuita em relação ao beneficiado, e não em relação ao Estado, ao qual incumbia a prestação. Igualmente nesta linha segue a jurisprudência do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ATUAÇÃO COMO DEFENSOR DATIVO E/OU ASSISTENTE JUDICIÁRIO. INEXISTÊNCIA DE DEFENSORIA PÚBLICA OU QUADRO INSUFICIENTE AO ATENDIMENTO DA POPULAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS POR SENTENÇA. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. CABIMENTO. PRECEDENTES.

1. Agravo regimental contra decisão que deu provimento a recurso especial.
2. O acórdão a quo indeferiu pagamento da verba honorária em favor de Defensor Dativo, ao argumento de que a certidão expedida pela Secretaria do Juízo, comprobatória de que o advogado atuou como defensor dativo, não constitui título executivo.
3. De acordo com a regra contida no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.906/94, o advogado que atuar como assistente judiciário de pessoas necessitadas, quando inexistente ou insuficiente a Defensoria Pública no local da prestação do serviço, faz jus aos honorários fixados pelo juiz e pagos pelo Estado, segundo os valores da tabela da OAB.
4. A sentença que fixa a verba honorária no processo no qual atuou o defensor dativo faz título executivo judicial certo, líquido e exigível.
5. É por demais pacífica a jurisprudência desta Corte na mesma linha: - “O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários

fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado' (art. 22, parágrafo 1º, da Lei n. 8.906, de 4.7.1994)" (REsp nº 296886/SE, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 01/02/05); - "a sentença proferida em processo-crime transitada em julgado – seja ela condenatória ou absolutória – que fixa honorários advocatícios em favor de defensor dativo, constitui, a teor do disposto nos arts. 24 da Lei 8.906/94 e 585, V, do CPC, título executivo líquido, certo e exigível" (REsp nº 493003/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 14/08/06); - "o advogado dativo, por força da lei, da jurisprudência do STJ e da doutrina, tem o inalienável direito aos honorários, cuja essência corporifica-se no título judicial que não é senão a decisão que os arbitra. (REsp nº 686143/RS, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 28/11/05); - "a fixação dos honorários do defensor dativo é consectário da garantia constitucional de que todo o trabalho deve ser remunerado, e aquele, cuja contraprestação encarta-se em decisão judicial, retrata título executivo formado em juízo, tanto mais que a lista dos referidos documentos é lavrada em numerus apertus, porquanto o próprio Código admite 'outros títulos assim considerados por lei'. O advogado dativo, por força da lei, da jurisprudência do STJ e da doutrina, tem o inalienável direito aos honorários, cuja essência corporifica-se no título judicial que não é senão a decisão que os arbitra. É cediço que o ônus da assistência judiciária gratuita é do Estado. Não havendo ou sendo insuficiente a Defensoria Pública local, ao juiz é conferido o poder-dever de nomear um defensor dativo ao pobre ou revel. Essa nomeação ad hoc permite a realização dos atos processuais, assegurando ao acusado o cumprimento dos princípios constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa. A indispensabilidade da atuação do profissional do Direito para representar a parte no processo, gera ao defensor dativo o direito ao arbitramento de honorários pelos serviços prestados, cujo ônus deve ser suportado pelo Estado" (REsp nº 602005/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 26/04/04); - "O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo a tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado.' (parágrafo 1º do artigo 22 da Lei nº 8.906/94)" (RMS nº 8713/MS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 19/05/03).

6. A questão não envolve apreciação de matéria de fato, a ensejar o emprego da Súmula nº 07/STJ. Trata-se de pura e simples aplicação da jurisprudência pacificada e da legislação federal aplicável à espécie.

7. Agravo regimental não-provido.

(STJ - AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – 977257 Processo: 200701891627 UF: MG Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA Data da decisão: 11/12/2007 Documento: STJ000315544 Fonte DJ DATA:07/02/2008 PG:00001 Relator JOSÉ DELGADO)

O Superior Tribunal de Justiça solidificou não somente na linha da remunerabilidade devida pelo Estado ao exercente da assistência judiciária gratuita, mas igualmente firmou que a decisão judicial que atribui honorários ao defensor dativo faz título executivo judicial, e em decorrência é certo, líquido e exigível. O fato que justifica a remunerabilidade é a própria prestação do serviço de assistência judiciária, independentemente do resultado da lide, não se confundindo por consectário o crédito com os honorários de sucumbência, já que faz jus o defensor à verba mesmo que o beneficiário da assistência judiciária não logre êxito na demanda.

Nesta mesma linha argumentativa, o fato do serviço de assistência judiciária de instituição de ensino federal suprir a garantia ao direito fundamental não desincumbe o Estado-membro de seu dever constitucional de prestar a dita assistência. A atividade daquela é em regime de colaboração, e não de titularidade. Na hipótese exemplificativa de prestação de serviço de assistência pela instituição federal de ensino a favor de pessoa que esteja a litigar em processo na Justiça Estadual, ignorar o ônus da prestação como inerente ao próprio Estado-membro é transferir por linhas transversas a obrigação da assistência do Estado em questão para a entidade federal da administração indireta. A hipótese trataria de notória violação a atribuição de encargos constitucionais assim como violação à distribuição de recursos financeiros a partir da distribuição de competências constitucionais.

Acrescente-se que apregoar tratamento diferenciado entre o defensor dativo e o serviço de assistência judiciária gratuita é desnaturar a condição de colaboradores a que ambos pertencem, transformando a

atribuição da instituição de ensino em principal, instituindo encargo constitucional de assistência judiciária que é próprio e inerente ao Estado. Tratar-se-ia de notória violação ao princípio da isonomia, abrindo-se brechas para um tratamento diferenciado e nocivo para a Fazenda Pública Federal.

Destarte, considerando a existência do mesmo fundamento de razão argumentativa entre o defensor dativo e o serviço de assistência judiciária, tem-se que a mesma aplicação normativa deve atingir a ambos, salientando que ambas as situações revelam exercício de trabalho desenvolvido para fins de suplemento à insuficiente atividade estatal na promoção da inclusividade jurídica do ser em igual respeito. O posicionamento do STJ distingue limpidamente entre a colaboração em si da assistência judiciária gratuita, que se destina ao beneficiário, e não ao Estado, e o encargo em custear por via indireta, com a remuneração do colaborador, a prestação do serviço substitutivo, que tem em causa a insuficiência do próprio ente federativo.

O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo a tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado.' (parágrafo 1º do artigo 22 da Lei nº 8.906/94) (STJ - RMS nº 8713/MS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 19/05/03)

Tem-se assim por indicativo que as instituições de ensino federal fazem jus não somente aos honorários sucumbenciais, quando a desenvolver o serviço de assistência judiciária, mas igualmente que lhes são devidos os honorários que devem ser arbitrados judicialmente, nas mesmas circunstâncias em que defensor dativo execute a assistência integral e gratuita. Emerge aqui não somente a consideração em isonomia, mas igualmente a implementação da distribuição de competências e recursos públicos para o alcance das metas às quais as próprias competências se destinam.

Para tanto, tem-se por igualmente indicativo que se proceda, nos feitos em que desenvolva o serviço de assistência judiciária seu mister, ao pedido de fixação de honorários em sentença, segundo tabela da OAB, para fins de ulterior percebimento junto ao Estado encarregado do custeio da assistência judiciária.

## 6 CONCLUSÕES

Considerando os problemas capitaneados em análise, a partir do paradigma hermenêutico assumido, tem-se que firmadas as seguintes diretrizes conclusivas:

1. O papel das instituições federais de ensino, por meio de seus núcleos ou serviços de assistência judiciária, é contribuir no combate ao reconhecimento negativo e à cidadania de segunda classe, propiciando mecanismo de inclusão e justiça social, através da garantia à acessibilidade ao aparelho jurisdicional, guiando-se pela materialização do igual respeito em um convívio ético-jurídico marcado pela complementaridade da atividade fim educacional para com a atribuição normativa de colaboração com o Estado na prestação da assistência judiciária integral e gratuita aos hipossuficientes economicamente.
2. A prestação do serviço de assistência judiciária gratuita legitima a instituição federal de ensino a que esteja vinculado o núcleo de assistência judiciária ao recebimento dos honorários de sucumbência, que se constituem como receitas originárias, catalogadas como receitas correntes de prestação de serviço.
3. A cobrança dos créditos decorrentes de honorários de sucumbência é cogente na avaliação da qualidade da gestão orçamentária e fiscal, podendo efetivar-se a partir dos próprios autos judiciais, sendo desnecessária a inscrição em dívida ativa.
4. A titularidade dos honorários decorrentes do serviço de assistência judiciária gratuita é da instituição de ensino, tendo em conta o múnus público que esta carrega em sua atividade.
5. É legítima a inscrição no CADIN do devedor de obrigação pecuniária vencida e inadimplida, incluída aqui a hipótese de inadimplência dos honorários de sucumbência.
6. A obrigação de prestar o serviço de assistência judiciária integral e gratuita aos hipossuficientes é inerente ao Estado,

distribuindo-se tal incumbência a cada ente federativo segundo a vinculação federal ou estadual do órgão jurisdicional. A atuação dos serviços de assistência judiciária das instituições de ensino possui caráter colaborador e supletivo, assim, é indicável que se proceda à cobrança dos valores de honorários junto ao Estado-membro, nas mesmas condições dos advogados dativos que exerçam tal mister.

## 7 REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Atuali.: Derzi, Misabel de Abreu Machado. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

Brasil. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. *Manual de Receita Nacional*. Brasília: STN/Coordenação-Geral de Contabilidade, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. 2. ed. Tradução: George Sperber; Paulo Astor Soethe; Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HONNETH, Axel; FRASER, Nancy. *Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico*. Traducción de Pablo Manzano. Madrid: Ediciones Morata e Fundación Paideia Galiza, 2006.

KOKKE, Marcelo. *Direito Constitucional Demótico: a Constituição como núcleo do reconhecimento*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2009.

LAZZERI, Christian; CAILLÉ, Alain. La reconnaissance aujourd'hui: enjeux du concept. In. Revue du Mauss. *De la reconnaissance: don, identité et estime de soi*. Paris: La découverte, v. 23, p. 88-115, 2004.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo y la política del reconocimiento*. Traducción de Mónica Utrilla de Neira. Madrid: FCE, 2003.

WALZER, Michael. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Tradução: Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução: Cícero Romão Dias Araújo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.



# RECURSO PREMATURO E A FAZENDA PÚBLICA: O EXCESSO DE FORMALISMO NA QUALIFICAÇÃO DO APELO COMO EXTEMPORÂNEO

*Mariana Barbosa Cirne*

*Procuradora Federal e Coordenadora da área em educação, saúde, indígena e meio ambiente da Adjuntoria de Contencioso da PGF, Bacharel em direito pela UFPE, professora e especialista em direito constitucional e pós-graduanda em processo civil pelo IDP.*

SUMÁRIO: Introdução. 1 Os prazos judiciais; 1.1 O prazo legal para a interposição de recurso extraordinário e/ou especial pela Fazenda Pública; 1.2 Início da contagem do prazo; 1.2.1 Interpretação do Superior Tribunal de Justiça; 1.2.2 Interpretação do Supremo Tribunal Federal; 2 Aplicação da posição do STF à Fazenda Pública, na interposição de Recurso Extraordinário; 3 Motivos para uma revisão de entendimento da posição formalista do STF; 4 Conclusões; 5 Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho pretende discutir a divergência instaurada entre os tribunais superiores quanto à aceitação do recurso prematuro e as dificuldades causadas, por tal celeuma, na atuação da Fazenda Pública em Juízo. Como recorte, elege-se como objeto os recursos especial e extraordinário para efeito de análise. Com fulcro em uma visão instrumental do processo, pautada na intenção de garantir a celeridade processual, pretende-se desenvolver um diálogo sobre a necessidade de adequação da visão do Supremo Tribunal Federal sobre os recursos extemporâneos. Intenta-se, assim, trazer luz a uma nova leitura menos formalista e mais afeita ao desenvolvimento tecnológico, suas conseqüências, e possibilidade mais rápida de acesso às decisões judiciais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Recurso Prematuro. Instrumentalidade. Tribunais.

**ABSTRACT:** The present study intends to discuss the divergence among the Brazilian Superior Courts about the premature appeal and the peculiar difficulties caused by this controversy in the performance of the Brazilian Estate in court. It is chosen as object the special and extraordinary appeals for effect of analysis. Based in an instrumental vision of the process and in the guarantee of its celerity, it is intended to develop a dialogue on the necessity of adequacy of the vision of the Brazilian Supreme Federal Court about the premature appeals. The propose is to bring a new and less formalist reading of the process, more adjusted for the technological development, its consequences, and faster possibility of access to the judicial decisions.

**KEYWORDS:** Premature appeal. Instrumentality. Courts.

## INTRODUÇÃO

O tempo tem um papel decisivo no decorrer do processo. Para a solução dos litígios e a realização do direito material controvertido a definição dos prazos tem a função de garantir o deslinde do procedimento e assegurar a segurança jurídica. No entanto, a definição do termo inicial e final dos prazos não é matéria simples, isenta de controvérsia. Exemplo interessante de divergência, como se pretende demonstrar neste estudo, é o do recurso prematuro.

O tema tem posições antagônicas nos Tribunais Superiores. O Superior Tribunal de Justiça – STJ aceita a aplicação da ciência ficta, acolhendo o recurso interposto antes mesmo da publicação formal das decisões. Em sentido diverso, o Supremo Tribunal Federal – STF imputa como intempestivo o apelo manejado antes da publicação das decisões. Defende que antes da publicação, a decisão nem ao menos tem existência jurídica.

Essa celeuma torna-se ainda mais complexa se aplicada à Fazenda Pública em juízo. Levando-se em conta o início do termo recursal decorrente da juntada do mandado aos autos, e os problemas decorrentes deste ato de ciência, esse trabalho pretende discutir sobre qual das duas posições melhor atende ao interesse público e à instrumentalidade do processo judicial.

### 1 OS PRAZOS JUDICIAIS

O processo constitui um conjunto de atos destinados a um resultado final, que é a solução do conflito de interesses resistidos<sup>1</sup>. É um meio e não um fim em si mesmo. Constitui instrumento hábil à garantia da atuação do direito material<sup>2</sup>. Logo, para a execução da finalidade prevista no processo judicial, importante papel é o desempenhado pelo tempo. O processo é um caminho a ser percorrido, é algo a ser feito ao largo do tempo<sup>3</sup>.

---

1 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: dialética, 2007. p. 37.

2 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: lúmen júris, 2005. p. 223/224.

3 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Processual Civil*. Buenos Aires, 1974. p. 174.

O tema do tempo, inegavelmente, é uma tarefa intrincada, independente do campo do conhecimento enfrentado<sup>4</sup>. Contudo, precisa ser encarado de frente, pois está intimamente ligada ao fenômeno do processo, afinal, este se constitui em uma realidade jurídica que nasce, para se desenvolver e morrer, em outras palavras, acontece no tempo<sup>5</sup>.

A despeito das dificuldades, dando medida a esse tempo, o Código de Processo Civil estabeleceu prazos processuais a serem obedecidos pelas partes para a prática de cada ato processual. Como ônus pela desobediência, imputou à parte que não respeite os prazos definidos pela lei, ou pelo juiz, os efeitos da preclusão, que significa a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual<sup>6</sup>.

Tratando sobre a rigidez do sistema brasileiro, Cândido Dinamarco explica:

A teoria dos prazos está intimamente ligada à das preclusões, porque, máxime num sistema de procedimento rígido como é o brasileiro, sua fixação visa na maior parte dos casos a assegurar a marcha avante, sem retrocessos e livre de esperas indeterminadas<sup>7</sup>.

Em outras palavras, os prazos judiciais são uma forma de garantir o avanço processual, no intuito de alcançar a finalidade do processo.

Nos termos do art. 177 do CPC<sup>8</sup>, atos processuais, em regra, realizam-se no prazo estabelecido na lei. Em não havendo previsão expressa, tal tarefa cabe ao juiz, que na hipótese de omissão, leva à presunção de que o prazo seria de 5 dias, nos termos do art. 185 do CPC<sup>9</sup>.

4 PINTO, Cristiano Paixão Araújo. *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey. p. 304

5 ARRUDA, Alvim. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 1. São Paulo: revista dos tribunais. 2005. p. 410.

6 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. 3. Trad. de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. p. 183.

7 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 197.

8 BRASIL. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11.01.1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm)>. Acesso em: 20 mai. 2009.

9 CPC, op. cit.

Para efeito da contagem de prazo, dois dados são extremamente relevantes: a) o número de dias definido pela lei ou pelo juiz e b) o momento em que se inicia a contagem do prazo.

Passaremos a analisar esses fatores relevantes para a aferição do prazo para a interposição dos recursos especial e/ou extraordinário, objetos deste estudo, na hipótese de manejo pela Fazenda Pública.

### **1.1 O PRAZO LEGAL PARA A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO E/OU ESPECIAL PELA FAZENDA PÚBLICA**

A primeira das informações importantes para a verificação do prazo é o número de dias definido pelo ordenamento. Este fator não revela maiores dificuldades. Em se tratando de recursos direcionados à instância extraordinária, o art. 508 do CPC não deixa dúvidas de que o prazo para a interposição e resposta dos recursos especiais e extraordinários será de 15 dias.

Contudo, em se tratando da Fazenda Pública (União, Estados, Municípios, Distrito Federal, autarquias e fundações públicas), o art. 188 do CPC<sup>10</sup> define que o prazo será contabilizado em dobro, para a interposição de recurso. Por conta dos problemas burocráticos, e do tamanho da estrutura estatal, fez-se necessário conceder maior prazo para a insurgência no intuito de reformar as decisões do Poder Judiciário<sup>11</sup>. Tenta-se, assim, contornar a falta de aparelhamento humano e material e os problemas da burocracia estatal<sup>12</sup>. O prazo em dobro se aplica a qualquer dos procedimentos previsto no Código de Processo Civil. Excetua-se, no entanto, na hipótese de regra específica que fixe prazo próprio<sup>13</sup>.

Por ser o art. 508 do CPC<sup>14</sup> (15 dias) um prazo legal, geral, definido na lei, o prazo recursal da Fazenda Pública, para o manejo de

---

10 CPC, op. cit.

11 O Supremo já decidiu que a concessão de prazo especial à Fazenda Pública não ofende o Princípio da Igualdade entre as partes (STF, Pleno, Embargos de Divergência nos Embargos Declaratórios no RE nº 194.925/MG, Rel. Min. Ilmar Galvão, J. em 24.03.1999)

12 NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. São Paulo: revista dos tribunais, 2004, p. 351.

13 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: dialética, 2007, p. 40.

14 CPC, op. cit.

recursos excepcionais, será inegavelmente de 30 dias (o dobro do art. 508 do CPC).

## 1.2 INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO

A metodologia para a contagem do prazo está prevista no art. 184 do CPC<sup>15</sup>. Em tal dispositivo existem duas normas de procedimento: *días a quo nom computatur in termino e dies ad quem computatur in termino*<sup>16</sup>. Em outras palavras, os prazos correm da data da citação ou intimação (art. 240, 241 e 242, CPC) e são contados a partir do primeiro dia útil subsequente (art. 184, § 2º do CPC)<sup>17</sup>.

A primeira vista, o assunto parece simples. No entanto, o momento da intimação é um tema amplamente controvertido na doutrina e nos tribunais. Nos termos do art. 234 do CPC, a intimação é “*o ato pelo qual se dá ciência a quem dos atos e termos do processo, para que se faça alguma coisa.*” Para os efeitos da contagem inicial do prazo, o art. 241 do CPC determina:

Art. 241. Começa a correr o prazo:

I – quando a citação ou intimação for pelo correio, da juntada aos autos do aviso de recebimento.

II – quando a citação ou intimação foi por oficial de justiça, da data da juntada aos autos do mandado cumprido; (grifo nosso)

[...]

Em se tratando de recursos, o art. 506 do CPC estabelece:

Art. 506 - O prazo para a interposição do recurso, aplicável em todos os casos o disposto no Art. 184 e seus parágrafos, contar-se-á da data:

---

15 CPC, op. cit.

16 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: revista dos tribunais, 2008. p. 207.

17 BRASIL. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11.01.1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm)>. Acesso em: 20 mai. 2009.

I - da leitura da sentença em audiência;

II - da intimação às partes, quando a sentença não for proferida em audiência;

III - da publicação do dispositivo do acórdão no órgão oficial.

Em outras palavras, a interpretação dos dispositivos em destaque ressalta o papel da juntada do mandado cumprido ou do aviso de recebimento como garantias para o início da contagem do prazo recursal, concedendo-se, assim, tempo hábil à feitura da peça recursal.

A Fazenda Pública faz jus à *intimação pessoal* (art. 6º, da Lei nº 9.028/95<sup>18</sup>). Logo, a princípio, nos termos do art. 241 do CPC<sup>19</sup>, o termo a quo para a interposição do recurso é a data da juntada do mandato cumprido aos autos e não da publicação no órgão oficial. Como explica Humberto Theodoro, “o ato de comunicação, in casu, é complexo e só se aperfeiçoa com o ato do escrivão que incorpora o mandado aos autos”.<sup>20</sup>

Mas, surge a dúvida: *como se deve entender o recurso interposto antes da juntada do mandado de intimação? E se não houver a juntada do mandado, este recurso será intempestivo?*

### 1.2.1 INTERPRETAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A questão do chamado recurso prematuro já foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça. Inicialmente, a questão gerou enorme controvérsia quanto à utilização da ciência da decisão ou a juntada do mandado aos autos como termo inicial para o prazo recursal da Fazenda Pública. A juntada do mandado de intimação, nos termos do art. 241, II, do CPC, foi a posição assentada pela Corte Especial no ERESP 601.682/RJ, Relator Min. José Delgado, DJ 15.08.2005.<sup>21</sup>

18 BRASIL. Lei nº 9.028 de 12 de abril de 1995. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13.04.1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9028.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9028.htm). Acesso em: 15 mai. 2009.

19 CPC, op. cit.

20 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 226.

21 O Superior Tribunal de Justiça já enfrentou o tema, com a seguinte ementa: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CITAÇÃO POR OFICIAL DE JUSTIÇA. INTIMAÇÃO PESSOAL DA FAZENDA PÚBLICA. INÍCIO DO PRAZO PARA RESPOSTA. JUNTADA DO MANDADO

Ficou decidido, então, pela Corte Especial do STJ, que no caso da intimação pessoal da Fazenda Pública, o início do prazo opera-se da juntada do mandado aos autos – arquivamento do mandado.

Contudo, permanecia a dúvida na hipótese da interposição do recurso antes da juntada do mandado (equivalente à intimação decorrente da publicação no diário oficial). Em outras palavras, houve divergência na jurisprudência sobre a compatibilidade da tese da ciência ficta (decorrente do acesso às decisões pela internet) com a necessidade de publicar a decisão. A dúvida consistia em saber se o recurso interposto antes da juntada do mandado aos autos, ante a possibilidade de acesso à decisão pela internet, deveria ser considerado tempestivo.

Inicialmente, a posição firmada era pela intempestividade, pois, antes da publicação da decisão (juntada do mandado, para a Fazenda Pública) não teria início o decurso do prazo recursal. Nesse sentido são os seguintes precedentes: ERESP 428226/RS, Relator Min. Paulo Medina, DJ de 22.09.2003, AGRESP 438097/GO, Relator Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 20.10.200, AG 514518/RJ, Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 20.10.2003.

Adotando precedentes do STF, o Ministro Relator Gilson Dipp defendia que:

A simples notícia do julgamento não legitima a interposição de recurso. A existência jurídica e o conteúdo material do acórdão somente se configuram com a sua publicação, sendo certo que somente a partir desta – ou da ocorrência de ciência inequívoca – é que se pode ter conhecimento do inteiro teor do julgado.<sup>22</sup>

---

AOS AUTOS. ART. 241, II, DO CPC. PRECEDENTES. 1. Embargos de divergência ofertados contra acórdão segundo o qual, “*consante já se manifestou esta Corte, nos termos dos arts. 240 e 242 do Código de Processo Civil, intimada pessoalmente a União, o prazo para recorrer começa a contar a partir da cientificação, e não da juntada aos autos do mandado*”.

22 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp 492461 / MG, Relator Min. Gilson Dipp, Corte especial, Brasília, DF. J. em 17.11.2004. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, DJ 23.10.2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200301791246&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 05, mar. 2009>.

Naquele julgamento, no entanto, a Ministra Eliana Calmon abriu divergência. Em uma visão mais moderna do processo, entendeu que o STJ deveria mudar sua jurisprudência, afinal, hoje existe “a disponibilização do voto por meios eletrônicos”<sup>23</sup>. Naquela oportunidade, a Ministra consignou a modificação da publicidade concedida pela internet:

Modernamente, com a utilização da INTERNET na divulgação das decisões dos Tribunais e na divulgação de todo o andamento dos processos, possibilitando não só os advogados da causa, mas a todos os interessados acessarem os julgamentos do STJ, não mais se espera a publicação do Diário de Justiça para recorrer, na medida em que é ele muitíssimo mais lento que a informação eletrônica. O sistema vem sendo implantado e mantido com prioridade pelos tribunais, tendo o STJ, inclusive, inaugurado, neste ano, o sistema de publicação imediata, após o julgamento, por via eletrônica.

A atual fase de publicidade das decisões judiciais não mais se adequada à jurisprudência que, em razão disso, deve ser devidamente atualizada.

Ainda no mesmo julgamento, o Ministro Franciulli Netto, ao acompanhar a divergência, consignou que: “O pressuposto é que o recorrente tomou ciência da decisão, porque não sei como alguém recorreria sem conhecer o teor da sentença, do acórdão ou da decisão atacada.”<sup>24</sup> Em outras palavras, a ciência precisa ser presumida. O Ministro Francisco Peçanha ponderou que “Não podemos punir por intempestivo aquele que se antecipou.”<sup>25</sup>

Em suma, mudando sua posição jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça definiu novo entendimento no ERESP nº 492.461/MG para considerar tempestiva a interposição do recurso mesmo antes da intimação da parte. Em outras palavras, aceitou a tempestividade do apelo manejado antes da publicação formal da decisão, levando-se em conta a publicidade decorrente de outros meios como a internet.

---

23 op. cit.

24 op. cit.

25 op. cit.

O mesmo entendimento, apenas trocando a publicação pela juntada do mandado aos autos, foi adotado em benefício à Fazenda Pública. Adotou-se a tese de que é plenamente possível compatibilizar a juntada do mandado prevista no art. 241, II, do CPC, com a tese da ciência, conferindo-se, assim, a tempestividade do apelo.<sup>26</sup>

Logo, em se interpondo o recurso especial, antes mesmo da juntada do mandato de intimação (equivalente à publicação para o particular), entende-se que o recurso é tempestivo, afinal, o prazo se iniciou, nesta hipótese, da ciência, mesmo que ficta. Com esta postura, não se penaliza o Poder Público por sua cautela na avaliação e interposição o mais breve possível do recurso.

### 1.2.2 INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O STF mantém a sua posição consolidada quanto à intempestividade do recurso prematuro. Em suma, defende que a publicação no diário oficial da decisão ou acórdão é ato indispensável para o manejo de recurso.

26 [...] 2. É tempestivo o Recurso Especial interposto após a intimação pessoal da Procuradoria da Fazenda Nacional, ainda que antes da publicação do acórdão recorrido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp 934668/SP, Relator Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, Brasília, DF, J. em 28.08.2007. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, DJ 11.02.2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700567631&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 03, mar. 2009. No mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. APELO COM EFEITO APENAS DEVOLUTIVO. EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. NATUREZA DEFINITIVA. CONTRARIEDADE AO ART. 557 DO CPC. CONFIRMAÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA PELO ÓRGÃO COLEGIADO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO-DEMONSTRADO (ARTS. 541, DO CPC, E 255 DO RISTJ). RECURSO DESPROVIDO.

1. O termo inicial para interposição do recurso deve ser contado da data em que tomou ciência o Procurador da Fazenda Estadual acerca da decisão a ser impugnada.

2. A Corte Especial, na sessão do dia 17 de novembro de 2004, por ocasião do julgamento do AgRg nos EREsp 492.461/MG (Rel. p/ acórdão Min. Eliana Calmon), adotou o entendimento de que as decisões

judiciais, monocráticas ou colegiadas, depois de divulgadas oficialmente, por qualquer meio, podem ser alvo de recurso, independentemente de publicação no Diário da Justiça.

3. Agravo regimental desprovido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 613222 / RS, Relatora Min. Denise Arruda, Primeira Turma, Brasília, DF, J. em 06.02.2007. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, DJ 01.03.2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200302165029&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 03, mar. 2009.

Nasceu na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o chamado “recurso prematuro ou prepóster”. Em linhas gerais, tal posição jurisprudencial significa reputar intempestivo o recurso manejado antes da intimação que daria início ao prazo recursal.<sup>27</sup>

Para defender essa posição, em seus julgados, o STF entende que existem duas formas de intempestividade. A prematura e a tardia. No julgamento do AI nº 375.214, o Ministro Relator consignou que:

A intempestividade dos recursos tanto pode derivar de impugnações prematuras (que se antecipam à publicação dos acórdãos), quando decorrer de oposições tardias (que se registram após o decurso dos prazos recursais).

Em qualquer das situações – impugnação prematura ou oposição tardia –, a consequência de ordem processual é uma só: o não-conhecimento do recurso, por efeito de sua extemporânea interposição.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem advertido que a simples notícia do julgamento, além de não dar início a fluência do prazo, também não legitima a prematura interposição de recurso, por absoluta falta de objeto.

Em suma, a Corte Maior definiu que o seu julgamento não pode ser considerado como marco inicial para a contagem do prazo inicial para a interposição de recurso, mesmo que disponibilizado o teor da decisão nos meios eletrônicos. Ao contrário. Não importa quanto tempo demore para se efetivar a publicação da decisão, e assim a intimação da parte, o recurso anterior a tal ato administrativo é considerado intempestivo.

---

27 EMENTA: EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO QUE JULGOU OS EMBARGOS DECLARATÓRIOS OPOSTOS CONTRA O ARESTO IMPUGNADO. AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO DAS RESPECTIVAS RAZÕES NO PRAZO PARA RECORRER. Conforme entendimento predominante nesta colenda Corte, o prazo para recorrer só começa a fluir com a publicação da decisão no órgão oficial, sendo prematuro o recurso que a antecede. De mais a mais, a insurgência não se dirige contra decisão final da causa, apta a ensejar a abertura da via extraordinária, na forma do inciso III do art. 102 da Lei Maior. Agravo. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI-AgR 502004/MG, Relator Min. Carlos Britto, Pleno, Brasília, DF. J. em 19.04.2005. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, DJ 04.11.2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=502004&classe=AI&codigoClasse=0&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 06 mar. 2009.

Divergindo de tal posição, o Ministro Marco Aurélio entende que a juntada da decisão aos autos basta para reputar tempestivo o recurso. No julgamento da Petição nº 3087/DF, em que o Relator, Min. Ayres Britto, reputou intempestivos os embargos de declaração, pois foram opostos antes da publicação da decisão, o Min. Marco Aurélio abriu divergência para consignar que:

[...] se a parte interpôs os embargos declaratórios, ela o fez após leitura da decisão embargada, articulando, então, a omissão, a contradição ou a obscuridade. Não teria a premonição de imaginar – presumindo o excepcional, o extraordinário – o que viria ao processo um acórdão defeituoso, sob o ângulo do procedimento<sup>28</sup>.

Em suma, o Ministro entendeu que o vício processual sanável por embargos de declaração só seria passível de correção caso a parte tivesse ciência do teor da decisão. Apontou, ainda, naquele julgamento, a penalização causada aos diligentes procuradores, ao afirmar que “*Reclamamos muito que o brasileiro deixa tudo para o último dia. Quando ele se antecipa, glosa-se o procedimento?*”<sup>29</sup>.

Na discussão sobre o tema, o Ministro Celso de Mello contrargumentou em favor da intempestividade do recurso prepóster, afinal, em sua compreensão:

Os fundamentos que dão suporte a essa orientação jurisprudencial põem em evidência a circunstância de que a publicação do acórdão gera efeitos processuais específicos, pois, além de formalizar a integração dessa peça essencial ao processo, confere-lhe existência jurídica e fixa-lhe o próprio conteúdo material. É mediante a efetiva ocorrência dessa publicação formal que se viabiliza, processualmente, a intimação das partes, inclusive para efeito de interposição, “*opportuno tempore*”, dos recursos pertinentes.<sup>30</sup>

O Ministro enfatizou, ainda, que esta é a posição de Barbosa Moreira, em sua interpretação do art. 506, III, do CPC de que somente

28 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 3087 AgR-ED, Relator Min. Carlos Britto, Pleno, Brasília, DF. J. em 07.04.2005. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, DJ 02.12.2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3087&classe=Pet&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 06, mar. 2009.

29 op. cit.

30 op. cit.

após a publicação do acórdão é possível manejar recurso. Conforme consignado no julgamento do AI nº 375.124, “*Na pendência dessa publicação, qualquer recurso eventualmente interposto considerar-se-á intempestivo.*”<sup>31</sup>

No entanto, tais argumentos não convenceram o Ministro Marco Aurélio, cujo argumento defendido é o de que basta a juntada da decisão aos autos, o que por si garante a publicidade<sup>32</sup>. Naquela oportunidade o Ministro Marco Aurélio ressaltou o seu entendimento, para aceitar a tese da ciência ficta<sup>33</sup>.

## 2 A APLICAÇÃO DA POSIÇÃO DO STF À FAZENDA PÚBLICA, NA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Transportando esse entendimento do STF para a realidade da Fazenda Pública, o raciocínio será o seguinte: decidida a apelação pelo Tribunal Regional, mesmo em se disponibilizando a decisão pela internet, em não ocorrendo a juntada do mandato, antes da interposição do recurso, ou a ciência inequívoca nos autos, este apelo será intempestivo<sup>34</sup>. Em decisão paradigmática o STF consignou que:

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 375124 AgR-ED/MG, Relator Min. Cezar Peluso, Brasília, DF, J. em 28.05.2002. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, DJ 28.06.2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=375124&classe=AI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 06, mar. 2009.

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 27623 MC-AgR-AgR/DF, Relator Min. Cezar Peluso, Brasília, DF, J. em 04.02.2009. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, DJ 27.02.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=27623&classe=MS&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 09, mar. 2009.

33 op. cit.

34 Em suma, o relator consignou sobre a tempestividade que [...] Ademias, a intimação da decisão agravada foi juntada aos autos, tornando-se, como tal, ato processual existente e público, apenas no dia 06/05/2005 (fl. 144). Ora, o agravo de instrumento foi protocolado em 28/04/2005, antes, pois, que se fizesse conhecido o inteiro teor do ato processual agravado (fl.140), e sem cujo conhecimento não se entende pudesse ser objeto de recurso revestido de idoneidade jurídica. Trata-se, portanto, de recurso prematuro e intempestivo. É que, consoante velha e aturada jurisprudência da Corte, não serve como termo de início de contagem do prazo recursal, nem legitima prematura interposição de recurso, por falta de objeto, a mera notícia do julgamento, sem, pelo menos, juntada do acórdão aos autos: “A intempestividade dos recursos tanto pode derivar de impugnações prematuras (que se antecipam à publicação dos acórdãos), quanto decorrer de oposições tardias (que se registram após o decurso dos prazos recursais). Em qualquer das duas situações - impugnação prematura ou oposição tardia -, a consequência de ordem processual é uma só: o não-conhecimento do recurso, por efeito de sua extemporânea interposição. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem advertido que a simples notícia do julgamento, além de não dar início a fluência do prazo recursal, também não legitima a prematura interposição de recurso, por absoluta falta

[...] É verdade que sistemas de acompanhamento eletrônico podem dar a conhecer o estado do processo e, até, o teor do dispositivo de decisões, mas, neste caso, assim não há nenhuma prova de que estivera disponível tal informação, nem a partir de que data o estaria, como a não há tampouco de que, diversamente do que sucede de ordinário, eventual sistema tornasse disponível o inteiro teor do acórdão impugnado que fizessem públicas e conhecidas também as razões de decidir, sem cujo conhecimento não se concebe recurso com objeto definido. [...] <sup>35</sup>

Em outras palavras, a intimação pessoal – garantia conferida para proteger a Fazenda Pública – transformou-se em questão prejudicial ao Estado. Caso o cartório judicial demore a juntar o mandato – ou pior – nem mesmo o colacione aos autos – o recurso sempre será intempestivo a despeito do acesso permitido aos autos, ou até mesmo pela internet do conteúdo decisório.

Em caso paradigmático, o Relator consignou, para efeito da definição do início do prazo de que *“A ciência inequívoca, para efeito de definição do dies a quo do prazo recursal, não se presume, exigindo-se, ao contrário, comprovação incontestável de que ela efetivamente ocorreu.”*<sup>36</sup>

---

de objeto. Precedentes”. (AI nº 375.124-AgR-ED, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 28.06.2002. Idem, AI nº 381.102, Rel. Min. CELSO DE MELLO; Pet nº 1.320-AgRg-AgRg, Rel. Min. NELSON JOBIM; AI nº 502.204 AgR, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJ de 04.11.2005; AI nº 479.035 AgR, Rel. Min. EROS GRAU, DJ de 06.05.2005; AI nº 479.019 AgR, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 24.09.2004; RE nº 267.899 AgR-ED, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJ de 23.09.2005; RE nº 418.151 ED, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ de 21.05.2004; RE nº 278.975, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 10.06.2005). É verdade que sistemas de acompanhamento eletrônico podem dar a conhecer o estado do processo e, até, o teor do dispositivo de decisões, mas, neste caso, assim não há nenhuma prova de que estivera disponível tal informação, nem a partir de que data o estaria, como a não há tampouco de que, diversamente do que sucede de ordinário, eventual sistema tornasse disponível o inteiro teor do acórdão impugnado que fizessem públicas e conhecidas também as razões de decidir, sem cujo conhecimento não se concebe recurso com objeto definido. 3. Ante o exposto, nego seguimento ao agravo (art. 21, § 1º, do RISTF, art. 38 da Lei nº 8.038, de 28.05.90, e art. 557 do CPC). Publique-se. Int. Brasília, 16 de maio de 2006. Ministro CEZAR PELUSO Relator. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 576604 / SP Relator Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, Brasília, DF. J. em 15.09.1995. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, DJ 19.04.1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ciencia%20e%20prazo%20e%20fazenda&base=baseAcordaos>. Acesso em: 06, mar. 2009.

35 op. cit.

36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 132031 / SP, Relator Min. Celso de Mello, Brasília, DF. J. em 15.09.1995. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, DJ 19.04.1996. Disponível em:

Isso gera um enorme problema para quem atua na defesa do Poder Público. Quando for interpor recurso especial, perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), o representante do Estado deve iniciar a contagem do prazo da retirada dos autos, o que configura a sua ciência ficta. No entanto, se na mesma oportunidade, interpor recurso extraordinário, endereçado ao Supremo Tribunal Federal (STF), para garantir o conhecimento do apelo, precisará aguardar, por tempo incerto, a juntada do mandato. O mandato de intimação colacionado aos autos, que equivalente à publicação, é requisito imprescindível ao conhecimento do recurso. Por outro lado, poderia opor ciência nos autos, o que nem sempre é admitido pelos Tribunais Regionais.

### 3 MOTIVOS PARA UMA REVISÃO DE ENTENDIMENTO DA POSIÇÃO FORMALISTA DO STF

Levando-se em conta a finalidade do processo, merece revisão a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal. As razões para uma mudança de paradigma são muitas.

Em primeiro lugar, necessariamente deve-se apontar para as mudanças advindas da modernidade e os avanços provenientes da política da informação. Antes mesmo da publicação das decisões, o acesso ao seu conteúdo é viabilizado pelos sítios virtuais dos Tribunais Regionais. Logo, a realidade do STF, caso apenas disponibilize o conteúdo de seus decisórios após a publicação, não necessariamente é o modelo implementado em todos os tribunais. Carnelutti, em suas posições abertas ao futuro, já previa a possibilidade de mudanças no instituto da publicação decorrente da modernidade quando registra a seguinte opinião:

Na técnica moderna da publicidade prevalece o meio documental e, portanto, a publicação visível; não se exclui, sem embargo, que o progresso dos documentos (diretos) auditivos (disco ou cilindro fonográfico; película sonora) possa no futuro influenciar sobre o mecanismo jurídico processual<sup>37</sup>.

---

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ciência%20e%20prazo%20e%20fazenda&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 06, mar. 2009.

37 CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil. Sistema de direito processual civil*. Vol. III. Trad. por Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 331.

Em outras palavras, Cernelutti já previa a necessidade do sistema processual evoluir conjuntamente com a tecnologia. O processo foi modernizado, por diversas leis, contando com realidades como o envio do recurso por fax e os processos eletrônicos. No entanto, as evoluções não podem ser restritas às alterações legislativas. As novas tecnologias são importante instrumento para uma justiça mais célere e eficiente<sup>38</sup>, o que não deve ser desconsiderado pelo Poder Judiciário em função de mero formalismo.

Outro importante argumento favorável decorre do nexa entre a tempestividade e a finalidade do processo. Ora, o processo é um instrumento para a realização do direito material. Destarte, merece o tramite mais ágil e eficiente possível para que seja possível resolver o litígio. Prevê prazos judiciais para garantir o seu desenvolvimento, sob ônus da preclusão. Nas palavras de Carreira Alvim, a “*participação dos sujeitos processuais, na movimentação dessa relação jurídica processual no tempo, se faz através dos ônus processuais que, uma vez não cumpridos pelos interessados fazem nascer as respectivas preclusões.*”<sup>39</sup> Sendo assim, quando o sujeito dá andamento ao processo, manejando o recurso, não merece a imposição de ônus.

Cabe ainda registrar que o processo deve ser pautado pelo princípio de que “*havendo dúvida sobre a perda do prazo, deve-se entender que ele não se perdeu*”<sup>40</sup>. Como ressaltado por Humberto Theodoro Júnior, em matéria de prazos, a regra básica deve ser, sempre que possível, interpretada pela exegese mais liberal<sup>41</sup>. Ora, em cabendo uma interpretação mais liberal, e afeita à instrumentalidade do processo, merecia essa nova vertente acolhida no Supremo Tribunal Federal.

Convém também pontuar que a interposição de recurso, mesmo antes da publicação formal, ou da juntada do mandado, é ato que proporciona a celeridade no andamento do processo. Coaduna-

---

38 FRANCO, Adriana Pereira. Recurso interposto antes da publicação da decisão recorrida é intempestivo? *JUS Navigandi*. Teresina, ano 9, n.º 687, 23, mai, 2005 Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6761>>. Acesso em: 28 maio 2009.

39 ARRUDA, Alvim. *Manual de Direito Processual Civil*. vol. 1: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 426.

40 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Rio de Janeiro: forense, 2004, p. 228

41 THEODORO JÚNIOR, op. cit.

se, portanto, com o princípio constitucional, previsto no art. 5º, inc. LVXXIII, que contém o comando da razoável duração do processo. Logo, tal comando não pode ser interpretado como norma vazia, mas, sim como comando de efetividade para permitir a rapidez do trâmite.

A celeridade processual deve ser privilegiada nos julgamentos dos tribunais. Não cabe olvidar que a demora é um dos empecilhos à efetivação do processo e do seu fim de justiça. Sobre tal tema, Marinoni registra que “*no que diz respeito especificamente à celeridade dos procedimentos, não é preciso dizer que a demora do processo jurisdicional sempre foi um entrave para a efetividade do direito de acesso à justiça.*”<sup>42</sup>

Outro interessante fundamento é o de que a intimação é uma garantia da parte. Não pode ser utilizada contra o seu direito. Mesmo antes da intimação, nada impede que o interessado interponha o recurso. Para Bernardo Pimentel é a publicidade que “*marca a existência no mundo jurídico*”<sup>43</sup>. No entanto, tal publicidade pode decorrer do acesso ao conteúdo das decisões pela internet.

De fato, não se pretende defender aqui a impugnação da decisão antes da sua prolação. Como entende Nelson Nery, “*a tempestividade do recurso somente tem lugar a partir da impugnabilidade do ato judicial, isto é, a partir da prolatação do provimento jurisdicional*”.<sup>44</sup> Contudo, isso não descarta as outras formas de publicidade possíveis e a tempestividade de tais apelos.

Hugo de Brito, em estudo sobre o tema<sup>45</sup>, enumerou os seguintes motivos em favor da tempestividade do recurso prematuro:

- a) O termo inicial do prazo para a interposição do recurso é a intimação da parte, ou seja, o momento no qual a parte toma ciência da decisão recorrida, sendo que a intimação torna-se indubitosa no

---

42 MARINONI, Luiz Guilherme. O custo e o tempo do Processo Civil Brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 441, 21.set.2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5717>. Acesso em: 11 mar. 2009.

43 SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 70.

44 NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. São Paulo: revista dos tribunais, 2004, p. 343.

45 MACHADO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Recurso interposto antes de publicada a decisão recorrida: tempestividade*. v. 7. p.17-18.

momento em que é manejado o recurso. Afirma que a publicação é apenas uma forma de intimação, estabelecida para a segurança das partes e por isso não pode ser invocada em prejuízo das mesmas;

b) O prazo para recorrer não é de natureza *dilatória* (antes do qual não se pode praticar o ato), mas sim de natureza *aceleratória* (depois do qual não se pode praticar o ato). Assim, a parte não está obrigada a interpor recurso, no mínimo, com a publicação da decisão respectiva. Está obrigada, tão-somente, a interpor recurso no máximo em 15 dias contados da publicação (em se tratando de recurso extraordinário). Por conta disso, pode manejá-lo tão logo disponha dos elementos materiais para a elaboração do recurso, quais sejam: o conhecimento de que a decisão ocorreu e os termos dessa decisão.

c) Além de ser completamente irrazoável, considerar o recurso intempestivo em tais casos, implicaria impor às partes restrição ao seu direito de recorrer completamente inútil, desnecessária e desproporcional.

Registra, portanto, que se trata de tema indubitoso o conhecimento da decisão, afinal, sem tal ciência, não seria possível o manejo do recurso. Ademais, registra que a razão de existir dos prazos recursais é acelerar o trâmite do processo e não impor ainda maiores restrições ao direito de impugnar da parte. Fredie Didier Júnior, quando falar sobre tal tema aponta como “*esdrúxula a tese da intempestividade do recurso prematuro*”, considerando que, se o recurso foi interposto, o recorrente dera-se por intimado da decisão independentemente de publicação<sup>46</sup>.

Ao tratar sobre a norma processual e o tempo, Francesco Carnelutti explica que: “*o processo é uma série ou uma cadeia de atos realizados pela parte ou pelo juiz, coordenados todos em um momento dado pela legislação em uma relação de meio para fim, para conseguir o resultado último, que é o julgamento (il giudicato ou a satisfação do credor)*.”<sup>47</sup> Sobre os procedimentos definidos no processo, Cândido Dinamarco aduz que

46 DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 3. Salvador: JusPODIUM. 2006. p. 42-44.

47 CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. Sistema de direito processual civil. vol. I. Trad. por Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 168

“para assegurar a participação e conter a tendência ao abuso do poder, que os procedimentos são definidos em lei e exigidos nos casos concretos.”<sup>48</sup>

O recurso manejado antes da juntada do mandado não se configura abuso de poder, mas sim realização da função de dar andamento ao processo, o mais rápido possível, garantindo a celeridade e a solução mais ágil do litígio. Em suma, o ato de interpor o recurso guarda a coerência exigida entre a finalidade prática e o efeito jurídico do ato<sup>49</sup>. Em outras palavras, permite o desenvolvimento do processo, para realizar o seu objetivo material.

#### 4 CONCLUSÕES

Por todas essas razões, levando em conta a instrumentalidade do processo dirigida à efetivação do direito material, defendemos a revisão de uma visão desconectada com os avanços da modernidade. A informação e a publicidade são rápidas e não podem retroceder por questões meramente formais. O processo civil, inegavelmente, precisa acompanhar essas transformações.

A publicação e a juntada do mandado precisam ser lidas como garantias das partes, instituídas em sua proteção e não para o seu prejuízo. A justiça, para ser efetiva, não pode ser tardia. O processo, portanto, não pode esquecer de seu papel no desenvolvimento do feito e na realização do interesse público.

#### 5 REFERÊNCIAS

ARRUDA, Alvim. *Manual de Direito Processual Civil*. vol 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. vol. I. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. Sistema de direito processual civil. vol. II. Trad. por Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000.

<sup>48</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 88/89.

<sup>49</sup> CARNELUTTI, op cit., p. 110.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. 3. Trad. de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Processual Civil*. Buenos Aires, 1974.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: dialética, 2007.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 3. Salvador: JusPODIUM. 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros. 2008.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2002.

FRANCO, Adriana Pereira. Recurso interposto antes da publicação da decisão recorrida é intempestivo? *JUS Navigandi*. Teresina, ano 9, n.º 687, 23, mai, 2005 Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6761>>.

MACHADO, Hugo de Brito e MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Recurso interposto antes de publicada a decisão recorrida: tempestividade*, . v. 7.

MARINONI Luiz Guilherme. O custo e o tempo do Processo Civil Brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 441, 21.set.2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5717>>.

MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: revista dos tribunais, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. São Paulo: Saraiva, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

## JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ERESP 601.682/RJ, Relator Min. José Delgado, Corte especial, Brasília, DF. J. em 06.10.2004. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, DJ 15.08.2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200401021220&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 05, mar. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp 492461 / MG, Relator Min. Gilson Dipp, Corte especial, Brasília, DF. J. em 17.11.2004. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, DJ 23.10.2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200301791246&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 05, mar. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 613222 / RS, Relatora Min. Denise Arruda, Primeira Turma, Brasília, DF. J. em 06.02.2007. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, DJ 01.03.2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200302165029&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 03, mar. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI-AgR 502004/MG, Relator Min. Carlos Britto, Pleno, Brasília, DF. J. em 19.04.2005. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, DJ 04.11.2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=502004&classe=AI&codigoClasse=0&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 06, mar. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 3087 AgR-ED, Relator Min. Carlos Britto, Pleno, Brasília, DF. J. em 07.04.2005. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, DJ 02.12.2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3087&classe=Pet&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 06 mar. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 375124 AgR-ED/MG, Relator Min. Cezar Peluso, Brasília, DF. J. em 28.05.2002. *Diário de Justiça [da] República*

*Federativa do Brasil*, Brasília, DF, DJ 28.06.2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=375124&classe=AI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 06 mar. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 27623 MC-AgR-AgR/DF, Relator Min. Cezar Peluso, Brasília, DF. J. em 04.02.2009. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, DJ 27.02.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=27623&classe=MS&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 09 mar. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 576604 / SP Relator Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, Brasília, DF. J. em 15.09.1995. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, DJ 19.04.1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ciência%20e%20prazo%20e%20fazenda&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 06 mar. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 132031 / SP, Relator Min. Celso de Mello, Brasília, DF. J. em 15.09.1995. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, DJ 19.04.1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ciência%20e%20prazo%20e%20fazenda&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 06 mar. 2009.

## LEGISLAÇÃO

BRASIL. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11.01.1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm). Acesso em: 20 mai. 2009.

BRASIL. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11.01.1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm)>. Acesso em: 20 mai. 2009.

BRASIL. Lei nº 9.028 de 12 de abril de 1995. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13.04.1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9028.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9028.htm)>. Acesso em: 15 mai. 2009.

# DIREITO PENAL, SOCIEDADE DE RISCOS E TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

*Michel François Drizul Havrenne*  
*Procurador Federal - AGU*  
*Bacharel em Administração Pública pela EAESP/FGV*  
*e em Direito pela USP*  
*Mestre em Direito Penal pela USP*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Sociedade de riscos, globalização e criminalidade difusa; 3 Aspectos gerais da teoria da imputação objetiva; 4 Teoria da imputação objetiva na atualidade; 4.1 Breves considerações acerca da concepção de imputação objetiva de CLAUS ROXIN; 4.1.1 Considerações conclusivas sobre a concepção roxiniana; 4.2 Breves considerações acerca da concepção de imputação objetiva de GÜNTHER JAKOBS; 4.2.1 Considerações conclusivas sobre a concepção jakobsiana; 5 Conclusões; 6 Referências.

**RESUMO:** O presente estudo analisa a teoria da imputação objetiva sob a perspectiva da sociedade de riscos e suas implicações no direito penal. Há uma grande gama de aspectos que influenciam os crimes da moderna sociedade. Desta forma, há que se adotar uma nova concepção acerca da atribuição da responsabilidade penal, que se coadune com as modernas relações sociais. Neste contexto, tem-se o funcionalismo, que faz o elo entre a política criminal e o direito penal. O instrumento para a verificação da responsabilidade criminal é a teoria da imputação objetiva, que apresenta como importantes vertentes uma elaborada por Claus Roxin e outra formulada por Günther Jakobs. Enfim, o direito penal deve acompanhar e evoluir, compatibilizando-se com a sociedade de riscos. A teoria da imputação objetiva, bem como a concepção funcionalista do direito penal, é de fundamental importância para os advogados públicos federais que almejam atuar neste campo do saber, notadamente, após a autorização legal para a advocacia “pro bono” pela AGU (Portaria nº 758, de 09 de junho de 2009; Orientação Normativa nº 27, de 09 de abril de 2009 e Termo de Acordo de Cooperação nº 057/2009, documentos do ano de 2009 firmados pela AGU) .

**PALAVRAS-CHAVE:** Sociedade de riscos. Teoria da imputação objetiva. Funcionalismo. Direitos difusos. Responsabilidade penal.

**ABSTRACT:** The present study examines the theory of the objective imputation under the perspective of the risk society and its implications on penal law. There is a wide range of aspects that influence the crimes of the modern society. Therefore, it has to be adopted a new concept of penal responsibility attribution, which is consistent with the modern social relations. In this context, it is the functionalism that makes the link between criminal politics and the penal law. The instrument for the verification of criminal responsibility is the theory of objective imputation that has as its main conceptions one elaborated by Claus Roxin and another formulated by Günther Jakobs. So, the penal law should to accommodate and evolve, in conformance to risk society. The theory of objective imputation, as well as the functionalist conception of penal law, is of fundamental importance for the federal lawyers who aspire to act in this field of knowledge, especially after legal authorization for “pro bono” advocacy by AGU (Ordinance No.

758, 09 June 2009; Guidance Ruling No. 27 of 09 April 2009 and Term Cooperation Agreement No. 057/2009, documents of 2009 signed by AGU).

**KEYWORDS:** Risk society. Theory of objective imputation. Functionalism. Diffuse Law. Penal responsibility.

## 1 INTRODUÇÃO

Diante da recente orientação firmada pela Advocacia-Geral da União, que visa a possibilitar aos seus membros a atuação na advocacia “pro bono”, tem-se como imprescindível a disseminação do conhecimento da teoria da imputação objetiva, analisada sob a ótica funcionalista.

Assim, o presente artigo tem por objetivo o estudo da teoria da imputação objetiva e da criminalidade difusa. Propõe a modificação do prisma sob o qual se apura a responsabilidade penal, principalmente em se tratando de interesses metaindividuais.

O pano de fundo desta abordagem é a globalização e a sociedade de riscos. O padrão mundial de comércio, a disseminação das redes comunicação e o aumento no intercâmbio político-cultural geram reflexos na criminalidade.

O direito penal clássico não dispõe de instrumentos aptos a lidar com a nova realidade. Em decorrência disto, há a necessidade de uma evolução. O funcionalismo lidera uma vanguarda do pensamento penal ao atribuir importância à política criminal e aos fins do direito penal como elementos para a correta criminalização. No que tange à atribuição da responsabilidade penal, utiliza-se a teoria da imputação objetiva, que tem no risco um de seus elementos fulcrais.

A teoria da imputação objetiva é fruto de uma evolução do estudo do nexos de causalidade criminal. Encontra-se em consonância com a atual sociedade de riscos na medida em que incorpora o elemento risco na verificação da responsabilidade criminal.

Há diversas vertentes da imputação objetiva, destacando-se as concepções de Claus Roxin e Günther Jakobs. A primeira, em linhas

gerais, baseia-se na teoria do incremento do risco, enquanto a última fundamenta-se no dever de revalidação da norma pelo sistema.

A criminalidade moderna apresenta novas formas de atuação, colocando em risco bens jurídicos difusos, como os crimes contra a ordem econômica, ambientais, contra as relações de consumo, do colarinho branco, dentre outros.

A imputação objetiva é um instrumento de extrema relevância para a análise dos crimes difusos, uma vez que incorpora o elemento risco na verificação da responsabilidade penal.

## 2 SOCIEDADE DE RISCOS, GLOBALIZAÇÃO E CRIMINALIDADE DIFUSA

Uma nova realidade impera nos dias de hoje. Vive-se no contexto de globalização econômica, formação de cartéis, presença maciça de empresas multinacionais, desenvolvimento de pesquisas em tecnologia, rapidez nas comunicações, avanço na medicina, que reflete na formação de novos valores sócio-culturais.

Ulrich Beck<sup>1</sup> denomina a atual sociedade como de risco (*Risikogesellschaft*). O risco que merece atenção é o criado pelo homem. Os riscos gerados pela natureza sempre existiram. Há uma inter-relação cada vez maior entre os indivíduos. Decorre disto, a crescente dependência entre as pessoas. A criação de riscos por alguns interfere na esfera dos outros.

Os riscos não se limitam a lugares e grupos. Ultrapassam as barreiras nacionais, sendo produzidos e reproduzidos em âmbito mundial. Criam ameaças globais de efeitos imprevisíveis<sup>2</sup>.

A sociedade de riscos caracteriza-se, também, por ser uma sociedade do medo em contraposição à sociedade de classes que vigorava até o início do século XX. Nesta, o receio centrava-se na miséria. Hoje, as pessoas se unem pelo medo dos riscos globais<sup>3</sup>.

---

1 Cf. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo – Hacia una nueva modernidad*, tradução Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás, Barcelona: Paidós, 1998. p.14.

2 Cf. BECK, 1998, p. 19-34.

3 Cf. BECK, 1998, p. 55.

São três os aspectos da sociedade de riscos, no dizer de Mendoza Buergo<sup>4</sup>:

- a) mudança na intensidade dos perigos atuais, se comparados às outras épocas;
- b) complexidade organizacional com seus reflexos na atribuição de responsabilidade;
- c) sensação subjetiva de insegurança.

A força dos riscos contemporâneos não se assemelha aos existentes em períodos remotos, em função da artificialidade. São decorrentes de decisões humanas. Além disso, assumem dimensões mundiais e ameaçam a própria humanidade. Como exemplos, citem-se os riscos das atividades nucleares e os ecológicos. Os danos causados são globais<sup>5</sup>. Por outro lado, esses riscos relacionam-se à revolução tecnológica e ao progresso da humanidade. Muitas vezes, resultam de situações não previstas, de efeitos indesejáveis. Neste sentido, a questão fundamental está na possibilidade de controle deles pelo homem.

A complexidade das relações sociais se deve à substituição das ações individuais pelas coletivas. Novas relações afloram, caracterizando-se pela divisão de trabalho e atuação conjunta das pessoas, em processos que se mesclam. Nasce uma situação de irresponsabilidade organizacional<sup>6</sup>.

A última característica da sociedade de riscos, a sensação subjetiva de insegurança, é conseqüência dos fatores antes mencionados. Há aparentemente um contra-senso: vive-se numa sociedade teoricamente mais segura, mas as pessoas crêem viver em constante insegurança. Isto é fruto dos novos riscos e da complexidade das relações sociais, que não são totalmente conhecidos. O ser humano, ao se deparar com problemas antes nunca vistos, sente medo.

Diante desse contexto, geram-se técnicas originais, que influenciam a criminalidade atual. Há, por um lado, os benefícios sociais

---

4 Cf. MENDOZA BUERGO, Blanca, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid: Civitas, 2001, p. 24-34.

5 Cf. MENDOZA BUERGO, 2001, p. 25-27.

6 Cf. MENDOZA BUERGO, 2001, p. 28-30.

advindos da modernidade e, por outro, o aumento da criminalidade difusa.

Nos dias de hoje, os crimes de maior relevância não são os de cunho individualista, mas sim aqueles que atingem uma gama de pessoas. Exemplos: crimes contra a ordem econômica, crimes contra as relações de consumo, tráfico internacional de drogas, etc.

O crescente desenvolvimento da criminalidade difusa não encontra suficiente respaldo na legislação penal. A legislação não acompanha o ritmo da evolução social. Desta forma, mantém-se um arcabouço penal arcaico diante de um complexo quadro social. No mesmo diapasão, as concepções teóricas acerca da responsabilidade penal não se compatibilizam com as complexas relações sociais.

Em função disto, há a necessidade de uma evolução, principalmente, no campo da atribuição da responsabilidade penal. A teoria da imputação objetiva é uma das ferramentas necessárias ao estudo do direito penal na sociedade de riscos.

### 3 ASPECTOS GERAIS DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

A teoria da imputação objetiva nasce com o propósito de suprir as deficiências das teorias até então existentes, que não conseguem explicar apropriadamente a criminalidade numa sociedade em constante transformação. Enquanto as teorias penais restam imutáveis, concebidas em parâmetros fixos, as relações sociais tornam-se cada vez mais complexas.

Em decorrência, fica patente que a propugnada fórmula *sine qua non* pregada pelas teorias causais necessita de alguma complementação.

Com este espírito é que surge a teoria da imputação objetiva. Parte de uma crítica à teoria da equivalência das condições, com a verificação da sua inadequação ao contexto social.

O princípio fundamental sobre o qual recai a imputação objetiva foi formulado por Hegel no começo do século XIX. A imputação consiste em atribuir a alguém uma determinada conduta<sup>7</sup>. Somente é possível

---

7 Cf. REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1996. p. 49.

dizer que uma pessoa é responsável quando ela tiver o domínio da ação. Há a necessidade de se recorrer ao princípio da auto-responsabilidade.

A teoria da imputação objetiva<sup>8</sup> desponta como uma evolução das teorias causais. As primeiras discussões tratavam dos cursos causais inadequados. A teoria da equivalência dos antecedentes (teoria da *conditio sine qua non*)<sup>9</sup> não conseguiu responder corretamente a este problema. Como crítica a ela, nasceu a teoria da causalidade adequada. Somente é imputável a alguém uma conduta quando decorrente de um curso causal adequado<sup>10</sup>.

A causalidade adequada, entretanto, não logrou o êxito esperado, pois os seus critérios de aplicação não soavam claros. Eram exageradamente vagos.

Posteriormente, surgem as teorias individualizadoras, com o propósito específico de separar as causas das condições. Destaca-se a teoria da relevância. Também não obteve acolhida, pois não alcançou satisfatoriamente o seu intento.

O neokantismo teve o mérito de agregar ao estudo do crime os elementos valorativos. Permaneciam defeitos herdados da concepção causalista.

As teorias foram se sucedendo, tendo se implantado o finalismo e, posteriormente, as teorias sociais. Os problemas restavam ainda sem solução. É nesse momento que se revigoram as formulações da teoria da imputação objetiva.

Partindo-se da verificação de que a sociedade está numa transformação constante e da complexidade das relações sociais modernas, a teoria da imputação objetiva se propõe a analisar cada

---

8 As primeiras formulações acerca da teoria da imputação objetiva surgiram na primeira metade do século XX. KARL LARENZ foi quem traçou os princípios basilares da imputação objetiva no estudo do direito civil (1927). Posteriormente, RICHARD HONIG trasladou o estudo da imputação objetiva para o campo penal (1930).

9 A sua adoção (teoria da equivalência das condições ou teoria da equivalência dos antecedentes) pelo ordenamento brasileiro encontra-se no art. 13 do Código Penal vigente.

10 Cf. SANCINETTI, Marcelo A. Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva. Teorías Actuales en el derecho penal, Buenos Aires: Ad-hoc S.R.L., 1998. p. 185.

fato dentro do ambiente em que se insere. Isto permite apurar a responsabilidade de forma mais precisa.

Segundo a imputação objetiva, é inconcebível a aplicação sistemática e irracional de fórmulas fechadas para se averiguar responsabilidades, sem que se verifiquem as peculiaridades de cada uma destas relações.

É imprescindível o estudo da situação específica e do repertório valorativo das pessoas. Este reflete o modo de viver, a bagagem cultural, os aspectos privativos da formação educacional e social de um indivíduo.

As relações lineares nas quais se estabelece simplificada e causalmente causa e consequência não são capazes de explicar as relações humanas complexas. Não basta que haja um *input*, uma transformação deste e um *output* em matéria social.

A simplicidade da teoria da equivalência das condições pode gerar instabilidade no sistema penal. As garantias para fazer frente à intervenção punitiva estatal enfraquecem-se. Deixam as pessoas fragilizadas diante do poder punitivo<sup>11</sup>. A imputação objetiva, ao contrário, aumenta o rol de garantias postas à disposição dos homens na medida em que aprofunda a discussão acerca da atribuição da responsabilidade penal.

Há que se fazer uma análise desde o fim de proteção da norma, o bem jurídico, até a sua afronta em face de uma situação típica<sup>12</sup>. O fim da imputação objetiva está na forma de atribuição da responsabilidade penal, que incorpora aspectos normativos, além de levar em conta a verificação de um resultado penalmente relevante<sup>13</sup>.

A sociedade de riscos é o pano de fundo da mencionada teoria. Ao adicionar o fator risco no estudo da tipicidade penal, ela coaduna-se com o mundo atual. A reflexão da dogmática penal na modernidade

---

11 Cf. BUSTOS RAMIREZ, Juan. La imputación objetiva. *Teorías Actuales en el derecho penal*, Buenos Aires: Ad-hoc S.R.L., 1998. p. 217.

12 Cf. BUSTOS RAMIREZ, 1998, p. 212.

13 Cf. PESSOA, Nelson R. Imputación objetiva y el concepto de acción. *Teorías Actuales en el derecho penal*, Buenos Aires: Ad-hoc S.R.L., 1998. p. 200.

não é completa sem a análise do risco. Ele é imprescindível para a compreensão do direito penal.

#### 4 TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NA ATUALIDADE

A teoria da imputação objetiva não é una, nem mesmo acabada. Há diversos expoentes do direito penal que propugnam pela sua aplicação, mas sem unidade de pensamento. Dentre alguns dos principais doutrinadores, em termos mundiais, encontram-se Claus Roxin e Günther Jakobs. Há divergências quanto aos elementos componentes da imputação objetiva, justamente em virtude das diferentes concepções sobre a função do direito penal.

A moderna teoria da imputação objetiva ainda está em discussão<sup>14</sup>. Há autores que nem mesmo a consideram uma teoria, mas um corpo de proposições teóricas homogêneas<sup>15</sup>. Funda-se em parâmetros flexíveis, que possibilitam a análise das relações com base nos elementos concretos.

A teoria da imputação objetiva é uma ferramenta importante quando da análise da atribuição da responsabilidade penal, já que se baseia em conceitos abertos, que se compatibilizam com a realidade concreta dos fatos. Em que pese algumas críticas apontadas a ela, o debate penal em muito se aprofundou após sua formulação teórica. Em se tratando de bens jurídicos difusos e coletivos, a imputação objetiva mostra-se fundamental.

##### 4.1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA CONCEPÇÃO DE IMPUTAÇÃO OBJETIVA DE CLAUS ROXIN

A idéia central fundamenta-se na análise do risco. Este, por sua vez, vincula-se a uma atividade humana. A política criminal forma o sistema penal. Ela é o elo entre a teoria e a prática<sup>16</sup>. A imputação só se viabilizará na medida em que se puder atribuir a alguém o incremento do risco juridicamente desaprovado.

14 Cf. HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la teoría de la imputación objetiva. *RBCCRIM* 50, 2004.

15 Cf. STRUENSSE *apud* SANCINETTI, 1998, p. 182.

16 Cf. ROXIN, Claus. *Política criminal y estructura del delito – elementos del delito en base a la política criminal*, tradução: Juan Bustos Ramírez e Hérnan Hormazábal Malarée, Barcelona: PPU, 1992, p. 9.

Ademais, há a necessidade de domínio causal sobre a situação. O agente, para ser responsabilizado, deve ter meios de guiar a sua vontade para a concretização do resultado delituoso. Para Claus Roxin<sup>17</sup>, “a possibilidade objetiva de originar um processo causal danoso depende de a conduta do agente criar, ou não, um risco juridicamente relevante de lesão típica de um bem jurídico”.

O foco da teoria de Claus Roxin está no incremento do risco relevante não-permitido. Há algumas situações em que apesar de haver uma conduta delituosa, o agente não gera um risco proibido. Desta forma, não haveria porque responsabilizá-lo.

Dentre as hipóteses citadas por ele, têm-se as seguintes:

a) *diminuição do risco*

Parte-se de um exemplo para situar este item. Há um indivíduo que vê uma pedra ser atirada em direção à cabeça de outrem. Ele tenta desviar o curso desta, que acaba por atingir a pessoa, mas em outra parte de seu corpo<sup>18</sup>. Neste caso, o agente conseguiu diminuir o risco e não deve haver imputação do fato típico a ele. A vontade do agente não foi a de criar ou incrementar o risco da lesão. Pelo contrário, tinha por objetivo proteger a integridade corporal de outrem.

b) *criação ou não de um risco juridicamente relevante*

A atribuição de responsabilidade conforme a teoria da equivalência das condições é extremamente simplista e pobre, considerando o estágio atual da sociedade. Não consegue responder a inúmeras questões, sendo mais difícil o seu conserto do que os benefícios obtidos da sua simplicidade.

Um exemplo fornecido por Claus Roxin visando a explicar este item é o da tempestade. Suponha-se um indivíduo que pede a um inimigo que vá a uma floresta. O agente sabe, de antemão, que nesta floresta a quantidade de raios que caem

---

17 ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Lisboa: Veja, 1998, p. 148.

18 Cf. ROXIN, 1998, p. 149.

é elevada. O inimigo vai à floresta, é atingido por um raio e morre.

No caso, não houve incremento do risco por parte do agente. Não há impedimento algum em pedir a uma pessoa que vá até um determinado local. Não existe a possibilidade, ademais, de o agente guiar a sua vontade para a concretização do resultado homicídio. Assim, não há imputação que possa ser feita a ele. O resultado lesivo ocorreu por um mero acidente.

c) *o aumento do risco permitido*

Há um limite do tolerável em se tratando de riscos. Pode-se correr riscos até um determinado nível. A partir daí, passa-se para a esfera do proibido. Há certas atividades que por si sós já acarretam riscos. No entanto, somente há imputação caso se ultrapasse um determinado grau.

Neste contexto, insere-se o princípio do incremento do risco, idéia primordial dentro da teoria do professor Claus Roxin. O caso apresentado é o do pêlo de cabra. Um fabricante não observou os regulamentos sobre a desinfecção do material, tendo alguns de seus funcionários mortos, em virtude de doença causada por bacilos de carbúnculo. A imputação recai sobre o patrão, mesmo que a limpeza não gere a certeza de eliminação dos bacilos. O patrão deve ser punido, pois aumentou o risco relevante não-permitido ao negligenciar na limpeza dos pêlos de cabra. O legislador assume papel fundamental na prescrição do que está dentro do âmbito do permitido e do proibido. Somente poder-se-ia isentar de responsabilidade o patrão caso os desinfetantes não tivessem nenhum poder de limpeza. Em outras palavras, se os desinfetantes não atacassem os bacilos de carbúnculo. Neste caso, o patrão não teria meios de evitar a morte de seus funcionários. Caso se imputasse o resultado ao patrão na última hipótese, adotar-se-ia o *versari in re illicita*<sup>19</sup>.

---

19 Por este, as conseqüências secundárias de uma conduta são também puníveis, mesmo que indiretamente produzidas. É uma forma de responsabilização objetiva em direito penal. Exemplo: Pratica-se um furto e a pessoa morre de infarto após ter esta notícia.

d) *esfera de proteção da norma*

Deve-se tratar esta como o campo em que há previsão na norma penal para o resultado decorrente da conduta lesiva. A norma tem um escopo: é a proteção do bem jurídico penal. Se a conduta praticada atacar o bem protegido pela norma penal, inserir-se-á dentro deste espectro de proteção. Há, neste caso, subsunção e, portanto, existe o crime. Por outro lado, se a conduta não se inserir no campo de previsão da norma não haverá crime. Exemplo: médico faz todas as manobras necessárias durante uma cirurgia e, mesmo assim, o paciente morre. Não há que se falar em homicídio.

#### 4.1.1 CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS SOBRE A CONCEPÇÃO ROXINIANA

ROXIN estabeleceu critérios para a aplicação da imputação objetiva. Deve-se buscar no resultado a criação de um risco não-permitido guiado pela vontade humana. Assim, a relação fundamental a ser analisada é a de se o agente é capaz ou não de dirigir a sua vontade criando ou incrementando um risco não-permitido pelo sistema jurídico penal.

Deve-se aplicar a imputação objetiva nos casos em que: a) a pessoa age contrariamente ao risco permitido, não importando se houve acréscimo deste risco por parte de outrem; b) impossibilidade de alegação de que caso não tivesse causado o risco não permitido, outra pessoa teria criado.

Por outro lado, existem alguns casos em que não se poderá imputar objetivamente uma conduta a uma pessoa como:

- a) já está estabelecido o risco relevante e uma pessoa (que não foi responsável pela criação do risco relevante) modifica este risco diminuindo-o;
- b) inexistência de risco jurídico relevante criado pelo agente, tendo este se verificado *a posteriori* por fato não atribuível ao agente;

- c) produção de riscos permitidos, isto é, aqueles nos quais não há reprovação pelo nosso ordenamento jurídico;
- d) análise material do risco permitido a partir da norma jurídica, não se podendo imputar objetivamente nada se houver uma mera falta do dever de cuidado, desde que não extrapole o risco permitido.

Verifica-se que o risco permitido e o não-permitido são elementos essenciais para a aplicação da teoria da imputação objetiva. Além disso, é importante que o agente tenha a possibilidade de guiar a ação pela sua vontade para um resultado previsível, enfim, ter o domínio causal da ação. Deve haver tanto a imputação objetiva quanto a subjetiva para que se possa atribuir a responsabilidade penal a um determinado indivíduo.

Em suma, quando se puder verificar que um determinado resultado deveu-se a uma ação, que se conduziu segundo a previsibilidade e a possibilidade de domínio pelo autor, ocorrendo um risco não-permitido, estar-se-á defronte a uma situação condenável. Assim, um resultado poderá ser atribuível a alguém conforme este tenha ou não a possibilidade de guiá-lo para um fim previsto que contrarie norma do sistema jurídico.

A teoria da imputação objetiva não se contenta com a verificação donexo causal, havendo a necessidade de um *plus*, que é:

- a) a previsibilidade do resultado;
- b) a possibilidade de direção de uma ação pelo agente;
- c) a criação ou incremento de um risco não permitido; e
- d) a atuação da vítima.

#### 4.2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA CONCEPÇÃO DE IMPUTAÇÃO OBJETIVA DE GÜNTHER JAKOBS

Jakobs tem uma visão diferente acerca da função do direito penal. Para ele, mantém-se o ordenamento jurídico na medida em que haja punição das condutas criminosas. Só assim o sistema mostra-se vigente

e eficaz. A pena assume um caráter fundamental, já que sua aplicação revalida a própria norma.

O modelo elaborado por Jakobs baseia-se na teoria dos sistemas de Luhmann<sup>20</sup>. A compreensão do subsistema do direito penal leva em conta os aspectos gerais da sociologia e da inter-relação entre os diversos campos do saber.

A identidade social é estabelecida por meio do direito penal. Em primeiro, o delito deve ser entendido dentro de um contexto comunicativo. Em segundo, a falha na relação de comunicação gera o delito. Por fim, a pena é a responsável pela manutenção do sistema de identidade social<sup>21</sup>.

O cerne do direito penal calca-se no restabelecimento da norma desrespeitada. Isso se dá no plano da comunicação. A pena serve para comprovar a fragilidade do ordenamento<sup>22</sup>.

Jakobs elabora o conceito de culpabilidade material, que significa a falta de fidelidade perante normas legítimas. A liberdade de escolha de uma conduta faz parte da vida das pessoas. O cumprimento das normas insere-se neste rol de deveres que guia os cidadãos. A não-observância das normas gera a culpabilidade material<sup>23</sup>.

O direito penal tem por escopo a manutenção da vigência do ordenamento. Conceito fulcral é o da prevenção geral positiva.

A teoria da prevenção geral positiva possui uma feição não-intimidatória, sendo confirmada a existência do ordenamento pela aplicação de suas normas. A infidelidade ao ordenamento é a causa de aplicação da pena. São três as funções da pena: a) confirmar a confiança

---

20 Um estudo sobre o tema foi elaborado por POSSAS, Mariana Thorstensen, "O problema da inovação da teoria da prevenção geral positiva: uma comparação entre Jakobs e Luhmann". *RBCCRIM* 56, 2005. p. 267.

21 Cf. JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes, Barueri: Manole, 2003. p. 4.

22 Cf. JAKOBS, Günther. *Sociedade...*, 2003. p. 4-5.

23 Cf. JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*, tradução de André Luís Callegari, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 43.

na vigência das normas; b) buscar o exercício da finalidade do direito; c) fazer a conexão entre a conduta lesiva e a aplicação da sanção<sup>24</sup>.

Jakobs vê na sociedade atual hipóteses de congruência de riscos. Exemplos: tráfego viário, atividade médica, etc. Para se imputar objetivamente a responsabilidade a uma pessoa, é necessária a averiguação do comportamento da vítima, do agente e do contexto em que a conduta se insere.

A explicação para os danos deve partir da sua análise em conjunto com o elemento risco. Os desdobramentos causais de cursos acidentais não são relevantes. Só os comportamentos que geram riscos não-permitidos e que possam ter os seus resultados evitáveis de maneira previsível é que devem ser criminalizados.

Ademais, Jakobs fala em responsabilização penal em caso de violação de papéis. Papel especial é o que “determinada pessoa tem porque deve formar junto com outras pessoas um ente comum, mais ou menos completo; este é o caso, por exemplo, do papel de pai - os pais devem formar com os filhos uma comunidade; o papel do cônjuge - junto ao esposo ou à esposa se construirá um mundo conjugal comum [...]”<sup>25</sup>. Papel comum é aquele destinado a todas as pessoas para que possam conviver na sociedade. Deve-se respeitar os direitos de outrem para que se possa exercer os seus próprios. As regras a serem respeitadas por todas as pessoas vêm descritas em normas como “Não mates” ou “Não roubes”, etc.

Para se imputar objetivamente a alguém um crime, é necessário verificar se a conduta violou o que é socialmente adequado. Deve-se enquadrar a conduta de uma pessoa num contexto social.

A base da teoria da imputação objetiva está no estudo das regras de convivência social. Não basta considerar ilícita ou não uma conduta, levando em consideração um indivíduo ou norma isolados. Devem

---

<sup>24</sup> Cf. PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs*, tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, Barueri: Manole, 2003. p.3.

<sup>25</sup> JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*, tradução: André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 54.

ser estudadas as pessoas, bem como as regras específicas de uma sociedade<sup>26</sup>.

Quatro proposições estruturam a teoria da imputação objetiva no sistema jakobsiano: a) a igualdade entre as pessoas, que fundamenta o risco permitido; b) a existência de pessoas responsáveis, que se vincula ao princípio da confiança; c) a proibição de regresso; d) o campo de atuação da vítima<sup>27</sup>.

a) risco permitido

A lesão ao ordenamento ocorre no instante em que o agente ultrapassa o âmbito do permitido. Há possibilidade de traçar os limites do permitido com base na norma jurídica. JAKOBS dá importância excessiva a norma em si mesma e, a partir dela, é que se ilumina a fronteira entre o campo do permitido e o do proibido.

O risco não-permitido é o criado ou incrementado pelo agente, configurando uma infração ao dever de cuidado. Se, ao contrário, o risco se mantiver dentro do campo do permitido, terá ocorrido mero infortúnio<sup>28</sup>.

O autor cita como exemplo de conduta tolerável o pai que deixa seu filho menor de 16 anos ir à escola sozinho, já que há uma necessidade de se conferir liberdade a ele para um dia se tornar independente. Diferente seria a hipótese se o filho fosse de 6 anos<sup>29</sup>.

b) princípio da confiança

Este princípio baseia-se na presunção de que deve haver uma cooperação das pessoas para evitar cursos danosos. Os

---

26 Cf. JAKOBS, Günther. Imputación jurídica penal in *Problemas capitales del derecho penal moderno*, tradução: Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Buenos Aires: Hammurabi Editorial, 1997. p. 43-44.

27 Cf. JAKOBS, 2000, p. 43-44.

28 Cf. JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Tradução Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González, Manuel Cancio Meliá, Madrid: Civitas, 1997. p. 213.

29 Cf. JAKOBS. Günther, *Estudios...*, 1997, p. 213

exemplos mais corriqueiros são o do trânsito de automóveis e as cirurgias realizadas por equipes médicas.

Tome-se este último exemplo como paradigma. Há uma divisão de trabalho, com a competência de cada pessoa limitada ao seu âmbito de atuação. O médico espera que os seus auxiliares tenham feito a limpeza do bisturi. Da mesma forma, confia no trabalho do anestesista para que possa lograr êxito no seu intento de curar o paciente.

Jakobs<sup>30</sup> afirma: “O princípio da confiança possibilita a divisão de trabalho mediante a repartição de responsabilidades” (nossa tradução).

Por fim, há hipóteses em que o mencionado princípio resta afastado. São elas: a) a outra pessoa não tem capacidade, inviabilizando a atribuição de responsabilidade ou estando ela dispensada. Exemplo: não há possibilidade de aplicar o princípio da confiança, no trânsito de automóveis, quando crianças pequenas estiverem envolvidas; b) a atividade de uma pessoa pode consistir justamente em corrigir as falhas que as outras cometam, o que pode se dar de forma recíproca. Exemplo: um condutor esforçado pode cometer pequenas falhas, que têm de ser toleradas pelos demais. No entanto, não há como aplicar o princípio da confiança em casos de motoristas bastante embriagados, que não atuem dentro dos limites do esperado; c) cessa a confiança quando um dos participantes defrauda as expectativas. Exemplo: se um copiloto de avião está embriagado, o piloto deve retomar as atividades que delegou ao mesmo.

c) proibição de regresso

O problema se refere às situações em que diversas pessoas criam ou incrementam um risco comum. Os limites entre a participação e a proibição de regresso se dão na medida em que se verifica a atuação do agente dentro do socialmente tolerável.

---

30 Cf. JAKOBS, 1997, p. 220.

Aquele que pratica uma conduta de forma razoável, não extrapolando o que é adequado, não responde pelo comportamento lesivo do outro. Pode, em alguns casos, responder por omissão quando não preste socorro, como qualquer outra pessoa.

A proibição de regresso é a impossibilidade de estender a conduta lesiva de uma pessoa àquele que, sem vínculo nenhum com o criminoso, agiu primeiro. JAKOBS cita o exemplo de terroristas que ameaçam matar um ministro de Estado se se iniciar o processo penal contra alguns de seus correligionários. A mera vontade dos terroristas não muda a finalidade do processo<sup>31</sup>. Assim, não se pode imputar objetivamente a responsabilidade pela morte do ministro ao juiz que deu início ao trâmite legal.

d) campo de atuação da vítima

Um último elemento citado por JAKOBS no estudo da imputação objetiva é o âmbito de atuação da vítima. Há situações em que ela mesma se coloca numa posição de risco ou consente com ele. Dessa forma, é imprescindível investigar até que ponto a situação de risco foi gerada pela vítima.

#### 4.2.1 CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS SOBRE A CONCEPÇÃO JAKOBSIANA

O sistema penal tem na prevenção geral positiva um aspecto essencial. O ordenamento revalida-se na medida em que há o cumprimento das normas. Jakobs é adepto do funcionalismo “radical”.

A imputação objetiva é o instrumento para a verificação da responsabilidade penal. JAKOBS estuda ela sob a perspectiva de quatro diretrizes: a) risco permitido; b) princípio da confiança; c) proibição de regresso; d) campo de atuação da vítima.

Por fim, são quatro os elementos que excluem a imputação objetiva: a) a conduta mantém-se dentro do risco permitido; b) a ação é inofensiva e foi desviada por outra pessoa para a produção de um resultado lesivo; c) a conduta perigosa foi obra de terceiro; d) a

<sup>31</sup> Cf. JAKOBS, 1997, p. 216.

conseqüência danosa é fruto da própria ação da vítima que tem de arcar com ela<sup>32</sup>.

## 5 CONCLUSÕES

- 1 A sociedade de riscos caracteriza-se pelos seguintes aspectos: a) existência de novos riscos globais criados pelo homem; b) aumento da sensação subjetiva de insegurança; c) imprevisibilidade das conseqüências.
- 2 A globalização é um fenômeno econômico vinculado à sociedade de riscos. Os riscos ultrapassam as fronteiras do nacional gerando o medo.
- 3 Em virtude disto, os laços de solidariedade são reforçados.
- 4 A expansão dos mercados, a proliferação das transnacionais, a ruptura das fronteiras e o aumento da velocidade das comunicações criam uma nova realidade.
- 5 Influencia-se, assim, a criminalidade. O alvo de preocupação primordial não é mais o indivíduo, mas sim os interesses metaindividuais.
- 6 O ordenamento jurídico antiquado e as concepções arcaicas sobre a responsabilidade penal continuam imperando.
- 7 Não se acompanha o ritmo das transformações sócio-econômicas.
- 8 Mudanças na atribuição da responsabilidade penal são imprescindíveis. Deve-se levar em conta os fins do direito penal, bem como a política criminal.
- 9 O funcionalismo é a corrente mais condizente com esta diretriz.
- 10 A imputação objetiva, por sua vez, é o instrumento utilizado pela corrente funcionalista para a correta criminalização.

---

32 Cf. JAKOBS, 1997, p. 221-222.

- 11 No campo dos interesses metaindividuais, a preocupação excessiva do legislador em combater todas as práticas lesivas levou à criação de um sem-número de crimes de perigo.
- 12 Como resultado disto, há a falta de eficácia do direito penal. Ele é meramente simbólico.
- 13 A imputação objetiva é uma forma de atribuição da responsabilidade penal que se funda, conforme a corrente moderada roxiniana, nos seguintes pressupostos: a) criação ou incremento de um risco relevante não permitido; b) âmbito de proteção da norma e c) domínio causal.
- 14 Conforme corrente radical, baseada em JAKOBS, a imputação objetiva é um instrumento de análise da responsabilidade penal, que se fundamenta em quatro aspectos: a) risco permitido; b) princípio da confiança; c) proibição de regresso; d) campo de atuação da vítima.
- 15 Ainda, é importante verificar o caso concreto, a postura da vítima e a relação de comunicação. O dissenso gera a criminalização.
- 16 A expansão dos interesses metaindividuais, principalmente com o advento da sociedade de riscos, faz com que o elemento risco ganhe realce. Há que integrá-lo ao estudo da tipicidade.
- 17 O direito penal deve se ater às condutas mais prejudiciais à coletividade.
- 18 O campo propício para os casos menos repugnantes é o civil ou o administrativo.

## 6 REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo - Hacia una nueva modernidad*. Tradução Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás, Barcelona: Paidós, 1998.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. La imputación objetiva. *Teorías Actuales en el derecho penal*, Buenos Aires: Ad-hoc S.R.L., 1998.

HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la teoría de la imputación objetiva. *RBCCRIM 50*, 2004.

JAKOBS, Günther. Imputación jurídicopenal in *Problemas capitales del derecho penal moderno*. Tradução Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Buenos Aires: Hammurabi, 1997.

\_\_\_\_\_. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. *Estudios de derecho penal*. Tradução Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González, Manuel Cancio Meliá, Madrid: Civitas, 1997.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do direito penal*. Tradução de André Luís Callegari, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes, Barueri: Manole, 2003.

MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003.

PESSOA, Nelson R. Imputación objetiva y el concepto de acción. *Teorías Actuales en el derecho penal*, Buenos Aires: Ad-hoc S.R.L., 1998.

POSSAS, Mariana Thorstensen. O problema da inovação da teoria da prevenção geral positiva: uma comparação entre Jakobs e Luhmann. *RBCCRIM 56*, 2005.

PRADO, Luiz R.; CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da imputação objetiva do resultado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1996.

ROXIN, Claus, *Política criminal y estructura del delito - elementos del delito en base a la política criminal*. Tradução: Juan Bustos Ramírez e Hérrnan Hormazábal Malarée, Barcelona: PPU, 1992.

\_\_\_\_\_. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998.

SANCINETTI, Marcelo A. *Observaciones sobre la teoria de la imputación objetiva. Teorias Actuales en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-hoc S.R.L., 1998.

# A AUTORIDADE COATORA E A PESSOA JURÍDICA COMO PARTES NO POLO PASSIVO DO MANDADO DE SEGURANÇA APÓS A LEI Nº 12.016/09

*Ricardo Schneider Rodrigues  
Procurador Federal*

*Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Alagoas  
Especialista em Direito Tributário pela Universidade  
do Sul de Santa Catarina*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A doutrina e a jurisprudência anteriores; 3 As inovações legais e o entendimento doutrinário; 4 Uma proposta de interpretação da Lei nº 12.016/09; 4.1 Das partes na demanda e das partes no processo: aplicação dos conceitos ao mandado de segurança; 4.1.1 A autoridade coatora como parte no processo; 4.1.2 A pessoa jurídica como parte na demanda; 4.2 Do litisconsórcio facultativo entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica no mandado de segurança; 4.3 Da legitimidade recursal ampla da autoridade coatora; 5 Conclusões; 6 Referências.

**RESUMO:** Neste trabalho foram estudadas as inovações legais advindas a partir da vigência da Lei nº 12.016/09, que alterou substancialmente o procedimento do mandado de segurança.

O foco da análise recaiu especificamente na clássica questão da posição processual ocupada pela autoridade coatora e pela pessoa jurídica que esta integra no polo passivo do mandado de segurança. Devem ser consideradas partes ou terceiros? Há litisconsórcio ou integram a relação processual por alguma forma de intervenção de terceiros? Também se buscou os desdobramentos de eventual posição assumida, mormente no campo da legitimidade recursal da autoridade coatora, não aceita por grande parte da jurisprudência.

A doutrina e a jurisprudência anteriores à nova legislação foram o ponto de partida para a análise das mudanças ocorridas. Depois, elencaram-se as mudanças legais relacionadas ao tema e o entendimento doutrinário, ainda incipiente, conferido aos novos regramentos.

Ao final se apresentou uma proposta de interpretação da Lei nº 12.016/09 à luz dos conceitos jurídicos extraídos da ciência do Direito Processual Civil. Concluiu-se que a autoridade coatora sempre será parte no processo, integrando o polo passivo do mandado de segurança como substituta processual. A pessoa jurídica é sempre parte na demanda. Só haverá a integração da entidade no processo se houver manifestação de vontade. Nesse caso, ocupará, ao lado do coator, a posição de parte no processo, num litisconsórcio passivo facultativo. Por tais motivos, a autoridade coatora desfruta de legitimidade recursal ampla no processo do mandado de segurança.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mandado de Segurança. Lei nº 12.016/09. Autoridade Coatora. Pessoa Jurídica. Polo passivo. Parte. Litisconsórcio. Legitimidade recursal.

**ABSTRACT:** In this article were studied the legal innovations arising from the enactment of Law nº 12.016/09, which substantially modified the writ of mandamus process.

The analysis focuses specifically on the classic question of the

procedural position occupied by the wrongful authority and the legal entity that integrates in the writ of mandamus pole passive. Should be considered parties or third parties? There joint action or some form of intervention of third parties? It also sought the consequences of any position taken, especially about the wrongful authority legal capacity to be appellant, not accepted by much of the jurisprudence.

The doctrine and jurisprudence before the new legislation were the starting point for the analysis of changes. Then it listed the legal changes related to the subject and the doctrine understanding about the new rules of law.

Finally, was presented a proposal of Law nº 12.016/09 interpretation through the legal concepts derived from the science of Civil Procedure. It was concluded that the wrongful authority will always be party of the process, integrating the passive pole (party defendant) of the writ of mandamus as a procedural substitute. The legal entity is always party in demand. Only there will be the integration of the legal entity in the process if there is manifestation of intention. In this case, it would be party of the process at the side of wrongful authority (permissive joinder of passive parties). For these reasons, the wrongful authority enjoys wide legal capacity to be appellant in writ of mandamus process.

**KEYWORDS:** Writ of Mandamus. Law nº 12.016/09. Wrongful Authority. Legal Entity. Party Defendant. Party. Joint Action. Legal Capacity to be Appellant.

## 1 INTRODUÇÃO

Nas academias e nos tribunais muito se discutiu sobre a posição processual da autoridade coatora e da pessoa jurídica a que pertence no polo passivo no mandado de segurança, não existindo um consenso. Sempre houve divergência quanto ao enquadramento ou não delas como partes, e, em caso positivo, se seriam litisconsortes necessários.

Longe de ser questão meramente acadêmica, tinha repercussão prática importante, como, por exemplo, na legitimação de um ou de

outro, ou de ambos, para a apresentação de defesa e a interposição de recursos.

Embora não pacificada a questão, ao menos já se tinha, à luz da legislação revogada, um posicionamento firmado nas Cortes Superiores e na própria doutrina. Todavia, com a vigência da Lei n.º 12.016, de agosto de 2009, os fundamentos legais utilizados como lastro das interpretações efetivadas por todos os operadores do Direito sofreram grande mudança.

A alteração substancial na disciplina processual exige novas reflexões sobre o tema da qualidade das partes integrantes do polo passivo do mandado de segurança. Como sinal disso, é preciso considerar agora a necessidade de se indicar a pessoa jurídica na petição inicial do mandado de segurança, ao lado da autoridade coatora (art. 6º), a ciência da pessoa jurídica, pelo juízo, para, querendo, ingressar no feito (art. 7º, II), a notificação da liminar ao representante judicial da pessoa jurídica pela autoridade, não mais pelo juízo (art. 9º) e a legitimação expressa da autoridade coatora para recorrer da sentença denegatória ou concessiva da segurança (art. 14, § 2º).

A doutrina atual, apesar de ainda incipiente no trato dessa questão, já vem dando sinais de que não é possível manter as mesmas conclusões anteriormente defendidas.

Neste trabalho, será enfrentada a questão da qualificação processual da autoridade coatora e da respectiva pessoa jurídica no polo passivo no mandado de segurança, partindo dos conceitos já consolidados na doutrina e jurisprudência, para propor uma interpretação mais consentânea com o ordenamento jurídico vigente.

## **2 A DOCTRINA E A JURISPRUDÊNCIA ANTERIORES**

Antes da vigência da nova lei do mandado de segurança o tema sob exame gerou bastante discussão na doutrina e nos tribunais, para, com o tempo, ser pacificado nas Cortes Superiores. Havia aqueles que consideravam como parte apenas a autoridade coatora (impetrada) e, do lado oposto, os que viam somente na pessoa jurídica a possibilidade de integrar a relação processual com aquela qualidade. Também existiam defensores de que ambos eram litisconsortes necessários (partes).

Para bem demonstrar as posições discrepantes, passamos a analisar as manifestações doutrinárias anteriores à recente inovação legislativa, partindo do estudo da obra de Hely Lopes Meirelles, cujas reflexões se espalharam e influenciaram inúmeros juristas de sua geração.

O referido administrativista entendia que a autoridade coatora sempre era parte no mandado de segurança, devendo subscrever pessoalmente as informações, atender às requisições do juízo e cumprir as determinações da liminar ou sentença. A pessoa jurídica, apesar de suportar sempre os efeitos patrimoniais da decisão final, somente integrava o mandado, a qualquer tempo, como simples assistente do coator, recebendo a causa no estado em que se encontrava, ou, dentro do prazo para as informações, como litisconsorte do impetrado, nos termos do art. 19 da Lei nº 1.533/51.<sup>1</sup>

Mantendo a coerência em relação ao seu posicionamento, Meirelles admitia a interposição de recursos pela própria autoridade coatora, bem como pela entidade a que pertencia, por sempre suportar os encargos da condenação ou da suspensão do ato. Inclusive rechaçou decisão do STF no RE 97.282-9 PA, que negou a legitimidade recursal à autoridade coatora, aduzindo que “o impetrado, que integrou a lide desde as informações, não pode ser alijado do processo na fase do recurso. Poderá haver apelação conjunta ou separada, sem exclusão do impetrado [...]”.<sup>2</sup>

Usufruindo das lições de Meirelles, Carlos Alberto Menezes Direito perfilhava a tese de que somente a autoridade coatora tinha legitimidade passiva no mandado de segurança, bastando sua notificação para instaurar a lide. Essa notificação acarretava a citação do próprio ente público do qual fazia parte, sendo dispensável qualquer outro ato de ciência.<sup>3</sup>

Em relação à capacidade recursal da autoridade coatora, Menezes Direito, mesmo reconhecendo que a jurisprudência do STF somente aceitava a legitimidade recursal da pessoa jurídica e não da autoridade

1 MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 58-59.

2 MEIRELLES, op. cit., p. 108.

3 DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Manual do Mandado de Segurança*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 100-101.

coatora, noticia voto vencido de José Carlos Barbosa Moreira, admitindo a interposição de recurso de agravo pela autoridade apontada como coatora.

O argumento usado foi sobrepor ao prisma técnico da questão a conveniência de não ficar o ato sem controle recursal, por inexistir outra pessoa física ou jurídica interessada em impugná-lo. Menezes Direito cita, ainda, a manifestação do Desembargador Cláudio Vianna de Lima, que, subscrevendo o voto vencido, teria afirmado ser a autoridade coatora litisconsorte necessário do Estado, seu substituto processual, defendendo, em nome próprio, direito do Estado (RDTJERJ 13/87 e 92).<sup>4</sup>

Do outro lado, havia a posição divergente de Celso Agrícola Barbi,<sup>5</sup> compartilhando do entendimento de Seabra Fagundes, Temístocles Cavalcanti e Castro Nunes, para quem apenas a pessoa jurídica seria parte passiva no mandado de segurança. Essa posição decorre da constatação de que o ato atacado pela via mandamental é do próprio ente público e não apenas da autoridade, que o pratica no exercício de suas funções públicas, vinculando a pessoa jurídica. Por lei, só ela teria capacidade de ser parte. Os agentes seriam apenas órgãos da administração, ao contrário da entidade que representam, dotada de personalidade jurídica.

Ademais, além de o julgado regular a relação entre o impetrante e a pessoa jurídica, para o referido autor seria estranho o funcionário coator arcar com as despesas judiciais, caso fosse parte vencida. A questão da ausência de citação expressa da pessoa jurídica é vista pelo autor como técnica em favor do processo, sendo o coator citado em juízo como representante da pessoa jurídica, não como parte.

O equívoco decorre, para Barbi, da origem do mandado de segurança, no direito inglês, onde, tradicionalmente, as ações decorrentes de lesões causadas por ato de funcionário público são dirigidas contra o próprio e não contra o Estado. Na Inglaterra, a ideia abstrata de administração tal qual temos não existe, porquanto,

---

4 Ibid., p. 100-101.

5 BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 139-141.

para eles, a personalidade dos funcionários seriam as únicas realidades atuantes.<sup>6</sup>

Corroborando a constatação de se tratar de tema tormentoso o da qualificação da autoridade coatora e da pessoa jurídica no polo passivo do mandado de segurança, temos a virada de entendimento de Lúcia Valle Figueiredo, que, inicialmente, adotava o posicionamento de Hely Lopes Meirelles.

Em sua obra mais recente, a jurista afirma ser a pessoa jurídica parte, mas sem existir litisconsórcio necessário com o coator, a quem cumpre apenas o dever de informar. Não obstante, mesmo à luz da legislação revogada, já defendia a legitimidade recursal da autoridade coatora, em decorrência de seu interesse em defender o ato que praticou, como forma de se ver livre de eventual regresso por força do art. 37, § 6º, da Constituição da República. No entanto, diferentemente das informações, subscritas pela própria autoridade, para recorrer teria que se valer de advogado.<sup>7</sup>

Havia também aqueles defensores do litisconsórcio necessário, como Sebastião de Souza e Ari Florêncio Guimarães, provocando a conclusão de que ambos, autoridade e entidade, seriam partes, pois, conforme aviso de Barbi, litisconsorte necessário é parte e não terceiro.<sup>8</sup>

No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, a jurisprudência anterior à nova Lei já havia se consolidado para acolher a tese da pessoa jurídica como única parte legitimada passiva no mandado de segurança, afastando da autoridade coatora a legitimidade recursal.

Nesse sentido, há precedentes das duas Turmas do Supremo Tribunal Federal:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA.  
AUTORIDADE COATORA. ILEGITIMIDADE PARA  
INTERPOR RECURSO EXTRAORDINÁRIO. JUIZ AUDITOR

6 Barbi, op.cit., p. 139-140.

7 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de Segurança*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 54-57.

8 BARBI, op. cit., p. 137-139.

MILITAR. PROMOÇÃO PARA O TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DO TEMA CONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA À CARTA MAGNA.

*1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a pessoa jurídica de direito público a que pertence a autoridade ou o órgão tido como coator é o sujeito passivo do mandado de segurança, razão por que é ele o único legitimado para recorrer da decisão que defere a ordem.*

[...]

(RE 412430 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 13/12/2005, DJ 17-03-2006 PP-00040 EMENT VOL-02225-04 PP-00731). (Grifo nosso).

MANDADO DE SEGURANÇA - AUTORIDADE COATORA E PARTE PASSIVA - CONCESSÃO DA ORDEM - PUBLICAÇÃO. *Cumpra distinguir o autor do ato impugnado da pessoa jurídica que, concedida a ordem, suportaria as conseqüências do pronunciamento judicial e que, portanto, há de ter, na relação processual, a posição de parte passiva.* A publicação do acórdão deve fazer-se, como dispõe o artigo 236 do Código de Processo Civil, com alusão à pessoa jurídica responsável e o respectivo representante processual. RECURSO EXTRAORDINÁRIO - RAZÕES. As razões do extraordinário devem guardar sintonia com o acórdão atacado.

(AI 447041 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 21/09/2004, DJ 19-11-2004 PP-00029 EMENT VOL-02173-04 PP-00588). (Grifo nosso).

No Superior Tribunal de Justiça, também há precedentes de diversas Turmas. Observem-se, por todos, os seguintes trechos extraídos das respectivas ementas dos julgados:

*A legitimidade para interpor recurso contra decisão proferida em sede de mandado de segurança não pertence à autoridade impetrada, mas à pessoa jurídica de direito público interessada, que suportará o ônus da sentença. Precedentes do STJ.*

(AgRg no REsp 901.794/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2008, DJe 03/11/2008). (Grifo nosso).

No mandado de segurança, *a legitimação passiva é da pessoa jurídica de direito público* a que se vincula a autoridade apontada como coatora, já que os efeitos da sentença se operam em relação à pessoa jurídica de direito público, e não à autoridade.

(REsp 846.581/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/08/2008, DJe 11/09/2008). (Grifo nosso).

Nesse sentido, confirmam-se também o REsp 960.604/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 06/11/2007, DJ 22/11/2007 p. 208; o RMS 12.721/AL, Rel. Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 31/05/2005, DJ 01/08/2005 p. 552; o REsp 547.235/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 18/12/2003, DJ 22/03/2004 p. 237; o REsp 439.633/GO, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 22/10/2002, DJ 11/11/2002 p. 310; e o REsp 260.655/SE, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 14/05/2002, DJ 05/08/2002 p. 372.

Por fim, temos ainda o enunciado da Súmula nº 114 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que dispõe: “Legitimado passivo do mandado de segurança é o ente público a que está vinculada a autoridade coatora”.

Eram essas as posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre a qualidade do coator e da entidade jurídica no polo passivo do mandado de segurança, à luz da legislação revogada pela Lei nº 12.016/09. Contudo, apesar de válidos os ensinamentos, é preciso considerar na interpretação as mudanças inseridas no ordenamento jurídico, para, classificando corretamente dentre as categorias processuais existentes, aplicar o novo procedimento ao caso concreto.

### 3 AS INOVAÇÕES LEGAIS E O ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO

Apesar de a Lei nº 12.016/09, em sua maior parte, apenas consolidar a interpretação conferida em sede doutrinária e jurisprudencial ao mandado de segurança, houve mudanças significativas. Em relação

especificamente à posição da autoridade coatora e da pessoa jurídica interessada no processo, as inovações foram até contrárias àquilo que os tribunais vinham entendendo, chegando a atribuir-se legitimidade recursal ao coator.

Seguindo a ordem disposta na própria Lei, temos como primeira modificação relevante a necessidade de se indicar, juntamente com a autoridade coatora, a pessoa jurídica interessada. Observe-se:

Art. 6º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e *indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.* (Grifo nosso).

Anteriormente, o art. 6º da Lei nº 1.533/1951 estabelecia apenas a necessidade de se atender ao disposto nos arts. 158 e 159 do Código de Processo Civil de 1939, relativos aos arts. 282 e 283 do Código vigente.

Essa novidade tem importância por ser um indicativo do acolhimento por Lei da tese de que a pessoa jurídica integra o polo passivo do mandado de segurança. Até então, o impetrante tinha o dever de indicar na exordial apenas a autoridade coatora. Todavia, consoante demonstrado, isso nunca foi empecilho para a existência de defensores da qualidade de parte da pessoa jurídica no processo. Apenas parece ter a lei tornado tal posição expressa.

Outra mudança importante foi a disposição do art. 7º, inciso II, da novel Lei, prevendo a ciência da pessoa jurídica por determinação judicial, em relação ao feito, para, caso queira, nele ingressar. A disposição legal, em sua literalidade, é:

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

I - que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações;

II - *que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;*

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica. (Grifo nosso).

Aqui a mudança também é deveras significativa. A disciplina legal revogada (art. 7º da Lei nº 1.533/1951) previa apenas a notificação da autoridade coatora para prestar as informações, no prazo de dez dias, tal como consta no inciso I acima transcrito. Essa alteração traz semelhança com a antiga redação do Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939), o qual previa, em seu art. 322, inciso II, a *citação* da pessoa jurídica.<sup>9</sup>

A diferença, evidenciada pela própria redação dos dispositivos, é que a regra atual não menciona o ato de citação expressamente, bem como parece apenas facultar o ingresso da pessoa jurídica no feito, em vez de determiná-lo. Como se verá adiante, essa falta de clareza já está gerando interpretações discrepantes.

No art. 9º da atual Lei do Mandado de Segurança temos outra novidade, não tão expressiva quanto as anteriores, mas que merece certo destaque. Trata-se da mudança na forma de intimação do representante judicial da pessoa jurídica sobre eventual liminar deferida. Voltando ao regime antigo, não se efetivará mais a intimação pelo juízo, como estabelecia o art. 3º da Lei nº 4.348/1964, com a redação dada pela Lei nº 10.910/2004. Esse ato voltou a ficar cargo da própria autoridade, como previa a redação original da Lei nº 4.348/1964. Este o texto legal vigente:

---

9 Art. 322. Despachando a petição inicial, o juiz mandará:

I – notificar o coator, mediante ofício entregue por oficial de justiça e acompanhado da 3ª via da petição inicial, instruída com as cópias dos documentos, afim de prestar informações no prazo de dez (10) dias;

II – *citar* o representante judicial, ou, à falta, o representante legal da pessoa jurídica de direito público interessada na ação. (Grifo nosso).

Art. 9º As *autoridades administrativas*, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas da notificação da medida *liminar*, remeterão ao Ministério ou órgão a que se acham subordinadas e ao Advogado-Geral da União ou a quem tiver a representação judicial da União, do Estado, do Município ou da entidade apontada como coatora cópia autenticada do mandado notificatório, assim como indicações e elementos outros necessários às providências a serem tomadas para a eventual suspensão da medida e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder. (Grifo nosso).

Conforme observado, a despeito de ser dada ciência da demanda à pessoa jurídica por ato judicial, ela não será intimada pelo juízo quanto à liminar. A autoridade coatora, sim, deverá ser intimada. A pessoa jurídica, porém, será apenas comunicada administrativamente pela própria autoridade.

Tal previsão levanta dúvidas sobre a qualidade de litisconsorte *necessário* da pessoa jurídica, ao lado da autoridade coatora. Se ambas tivessem *sempre* a mesma posição no processo – de parte – não seria natural a sua intimação sobre a liminar da mesma forma que ocorre com a outra parte? A seguir aprofundaremos esse exame.

Por fim, a alteração mais significativa, dentre aquelas importantes para o presente estudo, é, sem dúvida, a previsão de legitimidade recursal para a autoridade coatora interpor recurso de apelação. Esse tema estava praticamente pacificado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, conforme mencionamos antes. Não obstante, a Lei estabelece previsão diametralmente oposta ao entendimento até então dominante:

Art. 14. Da *sentença*, denegando ou concedendo o mandado, cabe *apelação*.

[...]

§ 2º *Estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer.*

[...] (grifo nosso).

Talvez seja esse o dispositivo que torne mais necessária a mudança na interpretação da qualidade da autoridade coatora e da pessoa jurídica

no polo passivo do mandado de segurança. Os outros dispositivos mencionados até que permitiriam a manutenção dos entendimentos anteriores. O § 2º do art. 14, a nosso aviso, não. É o marco mais significativo da intenção de o legislador destacar a atuação processual dos referidos personagens públicos no mandado de segurança.

Poucos doutrinadores já se manifestaram quanto às mudanças aqui apresentadas. Contudo, isso não impediu que, desde cedo, já despontassem interpretações antagônicas.

Cassio Scarpinella Bueno defende que se optou por voltar à disciplina da década de 1930 (art. 8º, § 1º, da Lei nº 191/1936 e o art. 322 do Código de Processo Civil de 1939), estabelecendo-se, por força de lei, um *litisconsórcio necessário passivo* entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica a que pertence, entendendo a notificação do inciso I e a ciência prevista no inciso II, ambos do art. 7º, como *dupla citação*.<sup>10</sup>

De modo contrário, José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo mantêm o antigo entendimento quanto à legitimidade passiva se restringir à figura da pessoa jurídica. Invocando a lição de Pontes de Miranda, de que a autoridade coatora é órgão e *presenta* a pessoa jurídica, afastam a possibilidade de ela ser parte.<sup>11</sup> Esse também é o entendimento de Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, decorrente do fato de a atuação da autoridade coatora se dar em nome da atribuição ou cargo que exerce, não em nome próprio.<sup>12</sup>

Uma terceira via interpretativa afasta a existência do litisconsórcio necessário, mas não chega a atribuir apenas à pessoa jurídica a legitimidade passiva. Luís Otávio Sequeira de Cerqueira, considerando a facultatividade da atuação da pessoa jurídica, afirma que, caso ingresse em juízo, o fará na qualidade de *assistente litisconsorcial*. Como reforço de seu entendimento, aponta o disposto no art. 14, § 2º, da Lei vigente, “pelo qual ‘estende-se à autoridade coatora o direito de

10 BUENO, Cassio Scarpinella Bueno. *A Nova Lei do Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 25-26.

11 MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de Segurança Individual e Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 46-47.

12 JUNIOR, Luiz Manoel Gomes et al. *Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 31-32.

recorrer', previsão esta que seria totalmente despcienda se a hipótese de fosse de litisconsórcio necessário".<sup>13</sup>

Nem mesmo a legitimação recursal conferida pela nova Lei, em seu art. 14, §2º, alterou significativamente o tratamento da questão para Medina e Araújo, que afirmam poder a autoridade coatora recorrer apenas na condição de *terceiro prejudicado*, para evitar potenciais efeitos danosos da decisão de concessão da segurança, em relação à eventual ação regressiva. Ela seria mera *assistente* da pessoa jurídica, com faculdade de recorrer como terceiro prejudicado, devendo demonstrar existência de interesse jurídico na modificação da sentença ou da decisão interlocutória prolatada.<sup>14</sup>

Sem se filiar expressamente ao entendimento de Medina e Araújo (recurso na qualidade de terceiro prejudicado), Luiz Manoel Gomes Junior defende a indispensabilidade da demonstração da existência de interesse recursal por parte da autoridade coatora, presente somente quando atingida a sua esfera jurídica, não sendo suficiente o simples prejuízo causado à pessoa jurídica. Ressalta ainda a impossibilidade de a autoridade recorrer da sentença denegatória da ordem, bem como a não extensão a ela do benefício da isenção do preparo recursal, previsto em favor apenas da entidade pública.<sup>15</sup>

Paradoxalmente, Medina e Araújo, mesmo sem reconhecerem a autoridade coatora como sendo parte na relação processual, admitem a extinção do processo, sem a resolução do mérito, por ilegitimidade passiva, quando ela for erroneamente indicada na exordial, se não for caso acobertado pela teoria da encampação.<sup>16</sup>

Partindo de outro ponto de vista, Bueno vê na legitimidade recursal da autoridade coatora a extensão de sua legitimidade passiva para atuar no mandado de segurança, "ampla o suficiente para albergar a possibilidade de contrastar qualquer decisão pelos recursos cabíveis".<sup>17</sup>

---

13 JUNIOR, op. cit., p. 86.

14 MEDINA, op. cit., p. 47 e 170.

15 JUNIOR, op. cit., p. 124-125.

16 MEDINA, op. cit., p. 47-48.

17 BUENO, op. cit., p. 81.

Essa amplitude, a permitir o manejo de quaisquer recursos, também é defendida por Pedro Roberto Decomain, por diversas razões: a notificação do impetrado equivaleria à citação, as informações se prestam como meio de defesa e a intervenção da pessoa jurídica é facultativa, mas não obrigatória.<sup>18</sup>

Em relação à previsão do art. 9º, tanto Bueno<sup>19</sup> como Medina e Araújo<sup>20</sup> acham o dispositivo dispensável diante da previsão do art. 7º, inciso II, a exigir a ciência da demanda pelo juízo à pessoa jurídica.

Bastante controvertida, portanto, a interpretação da Lei nº 12.016/09, gerando, em pouco tempo de vigência, logo nas primeiras obras sobre suas inovações, ao menos três correntes sobre a qualidade da autoridade coatora e da pessoa jurídica no polo passivo do mandado de segurança. Seriam litisconsortes necessários passivos e, portanto, partes? Seria apenas a pessoa jurídica parte e a autoridade mera assistente, que só recorre como terceiro prejudicado, mesmo com a legitimidade recursal que lhe fora expressamente atribuída? Seria a pessoa jurídica assistente litisconsorcial? É mister responder a essas perguntas.

#### 4 UMA PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO DA LEI Nº 12.016/09

Muito embora não seja objeto do trabalho exaurir o estudo do Direito Processual Civil no tocante às partes integrantes da relação processual, o tema sob análise impõe, ao menos, a apresentação de alguns conceitos processuais, imprescindíveis para a melhor compreensão da Lei nº 12.016/09.

Isso porque, como visto, já há interpretações divergentes que ora atribuem a qualidade de parte apenas à pessoa jurídica, ora estendendo-a também à autoridade coatora, num litisconsórcio necessário. Há também quem veja a entidade apenas como assistente litisconsorcial. Daí a necessidade de estudar esses conceitos.

##### 4.1 DAS PARTES NA DEMANDA E DAS PARTES NO PROCESSO: APLICAÇÃO DOS CONCEITOS AO MANDADO DE SEGURANÇA

18 DECOMAIN, Pedro Roberto. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Dialética, 2009, p. 383-384.

19 BUENO, op. cit., p. 61.

20 MEDINA, op. cit., p. 137.

Classicamente, parte processual é definida por Giuseppe Chiovenda como “aquele que pede, aquele em cujo nome se pede e aquele em face do qual se pede a atuação da vontade concreta da lei”.<sup>21</sup> Em essência, para essa visão, é a existência de um pedido formulado ou contraposto que qualificará a posição processual de alguém como sendo parte no processo.

Seguindo a lição de Liebman, para quem partes são “os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz”, sujeitos interessados na relação processual, Cândido Rangel Dinamarco critica a noção de Chiovenda, por retratar apenas as *partes na demanda*, pecando também por ser inadequada conceitualmente e, principalmente, por não estar associada à ideia fundamental de contraditório, inerente ao conceito de processo.<sup>22</sup>

Dinamarco defende uma *noção puramente processual* de parte, que nos parece ser a mais correta, por abranger todas as minúcias existentes, cuja análise é essencial para a aplicação da teoria na prática, especialmente no trato da nova disciplina do mandado de segurança.

O referido processualista distingue a qualidade de *parte na demanda e de parte no processo*. A noção chiovendiana se restringe ao primeiro conceito. A parte no processo é mais ampla, abrangendo outros sujeitos, como o assistente, que ingressa na relação processual sem nada demandar (o oponente, o litisdenunciado e o chamado ao processo, por demandarem ou serem demandados, se enquadram, também, como partes na demanda).

São partes no processo todos os titulares de situações jurídicas ativas e passivas que compõem a relação processual (faculdades, poderes, deveres, ônus, sujeição). Por meio da propositura da demanda, pela citação ou pela intervenção voluntária se adquire a qualidade de parte no processo, podendo esse sujeito ser ou não parte na demanda. Tanto é assim que, para Liebman, “a chamada parte em sentido substancial, quando não coincide com parte em sentido processual, é apenas *um terceiro*”.<sup>23</sup>

---

21 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de Terceiros*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 17.

22 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 21-23.

23 DINAMARCO, 2009, p. 24-26.

As partes no processo nem sempre coincidem com as partes na demanda. Via de regra, o titular do interesse levado a juízo é quem tem legitimação para atuar, sendo denominado de *legitimado ordinário*. Todavia, há casos de *legitimação extraordinária*, conforme o ensinamento de Câmara:

Em outros termos, poderá uma norma jurídica autorizar que alguém vá a juízo, em nome próprio, na defesa de interesse alheio, o que significa afirmar que em algumas situações, expressamente previstas em lei, terá legitimidade de parte alguém que não é apresentado em juízo como titular da relação jurídica deduzida no processo. Fala-se, nessa hipótese, em legitimidade extraordinária.<sup>24</sup>

As noções de parte na demanda e no processo são estudadas na teoria do processo, diferentemente dos conceitos de *parte legítima* e de *parte de direito material*. Essa última é uma situação de direito material. A legitimidade da parte, oriunda da teoria da ação, traduz ponto de contato entre o direito processual e o direito substancial, havendo estreita conexão entre tais conceitos. São partes legítimas os titulares da relação jurídica substancial levada a juízo, no plano do dever-ser e não do ser, ressalvado os casos excepcionais de legitimidade extraordinária ou substituição processual.<sup>25</sup>

Para fins de legitimidade, considera-se a relação jurídica tal como apresentada em juízo. Não interessa para determinar a legitimidade *ad causam* se efetivamente se é parte de direito material. Essa questão se refere ao direito substancial, ao ser.<sup>26</sup>

Compartilhando do entendimento de Dinamarco, ensina Alexandre Freitas Câmara<sup>27</sup> não ser o conceito clássico de parte suficiente para explicar todos os fenômenos processuais relevantes, sendo correto para designar apenas as partes da demanda. No entanto,

---

24 CÂMARA, op. cit., p. 116.

25 Ibid., p. 27-28.

26 Ao afirmar em juízo a existência de uma relação jurídica, o autor deverá, obviamente, indicar os sujeitos da mesma. Esses sujeitos da relação jurídica deduzida no processo é que terão legitimidade para estar em juízo. In CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 116.

27 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 142-143.

ressalva haver o conceito mais amplo de partes do processo, que são todos aqueles que participam do procedimento em contraditório, ao lado do autor e réu, partes na demanda e no processo, como no caso da assistência ou da intervenção do Ministério Público como *custos legis*.

Prosseguindo, o referido autor afirma que a qualidade de parte pode ser adquirida pela demanda, pela citação, pela sucessão e pela intervenção voluntária. Pelo ajuizamento, o autor e o réu já são considerados partes na demanda. Além disso, a partir daquele momento o autor também já é parte no processo, qualidade que o réu, assim como os terceiros intervenientes (nos casos de intervenção forçada), só adquire a partir da citação. A partir da intervenção espontânea, o terceiro interveniente, nos casos de assistência e do recurso de terceiro, passa a ser parte no processo.

#### 4.1.1 A AUTORIDADE COATORA COMO PARTE NO PROCESSO

Trazendo os ensinamentos acima expostos para o mandado de segurança, temos a seguinte situação. O impetrante demanda em juízo aduzindo a existência ou iminência da prática de ato ilegal ou abusivo a violar ou ameaçar direito líquido e certo seu, praticado ou a ser praticado por determinada autoridade.

Temos como *partes na demanda*, a partir da *noção chiovendiana*, o impetrante, porque é quem pede, em juízo, a atuação da vontade concreta da lei. E contra quem se pede? Contra a autoridade coatora? Não. A relação jurídica deduzida em juízo tem no polo passivo a pessoa jurídica que a autoridade integra. Essa entidade é a parte na demanda.

A autoridade coatora apenas age em nome próprio, defendendo o direito da entidade que esta integra. Daí porque são partes na demanda o impetrante e a pessoa jurídica. A autoridade não, nada é pedido contra ela em seu próprio nome, mas na qualidade de representante da entidade. Sua atuação se dá apenas como parte no processo.

Não obstante, impetrante e pessoa jurídica, além de partes na demanda, serão partes no processo. O impetrante a partir da impetração. A pessoa jurídica a partir do momento em que manifestar sua vontade de integrar o feito. A autoridade coatora, por sua vez, nunca será parte na demanda, mas no processo sempre será, a partir da notificação.

Considerar o coator como parte processual não significa discordar da alegação de que a pessoa jurídica efetivamente suportará o ônus de eventual concessão da segurança, conforme já ensinava Meirelles.<sup>28</sup> Nem que a atuação da autoridade coatora se dá no exercício de atribuição pública e não em nome próprio, lição de Pontes de Miranda.<sup>29</sup> Apesar de tudo isso, por ter o mandado de segurança um procedimento próprio, a autoridade acaba por ocupar a posição processual de parte no processo por força de Lei, muito embora não se enquadre no conceito clássico de Chiovenda.

Não se discorda, portanto, das premissas utilizadas por aqueles que afastam da autoridade coatora a qualidade de parte. Não se acolhe apenas a conclusão. Isso porque a qualidade de parte da autoridade coatora decorre expressamente da Lei, por prever sua indicação na petição inicial, sua notificação, a prestação de informações, a legitimidade para recorrer e a preponderância de sua participação no processo, sendo sempre intimada pelo juízo quanto aos atos praticados, ao contrário da própria pessoa jurídica. Ainda que não sofra em nome próprio os efeitos da coisa julgada, mas apenas na qualidade de agente público que tem o dever de atender à decisão judicial, figurará no polo passivo do processo. Todos esses elementos, somados à *faculdade* do ingresso da pessoa jurídica no feito, apontam para a conclusão da autoridade como sendo parte processual.

A dificuldade em aceitar tal posicionamento decorre da impossibilidade de se enquadrar a autoridade no conceito clássico de parte. Todavia, como visto, tal conceito não é livre de críticas. E mais uma é não abranger a situação ora tratada, quando a integração no processo como parte decorre da Lei e não da relação jurídica deduzida em juízo, entre o demandante e o demandado.

Tal previsão está longe de ser uma novidade no processo civil. Na ação de usucapião, por exemplo, a parte, pelo conceito clássico de Chiovenda, seria apenas aquele em cujo nome está registrado o imóvel que se pretende usucapir. Não obstante, por outras razões relevantes, o legislador optou por exigir a presença de outras *partes* no polo passivo do processo, os confrontantes da propriedade.

---

<sup>28</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 59.

<sup>29</sup> MEDINA, op. cit., p. 46-47.

A faculdade de a pessoa jurídica ingressar ou não da lide, para defender ato praticado por seu representante, em nome da entidade, e que seja objeto de impugnação, também não é nova e tem previsão parecida no art. 6º, § 3º, da Lei nº 4.717/65.

No caso do mandado de segurança há dois fundamentos relevantes para a autoridade coatora ter sido eleita por Lei para figurar como parte. O primeiro é porque, em razão de sua proximidade com a relação jurídica estabelecida entre o impetrante e a pessoa jurídica, terá meios de ofertar grande contribuição na defesa do ato, fornecendo ao juízo a sua motivação. Aqui se atua claramente como *substituto processual*, defendendo direito alheio em nome próprio. Não obstante, também há interesse próprio em defender o ato praticado, mesmo que tal ato tenha sido ultimado em nome da pessoa jurídica.

Como visto anteriormente, Lúcia Valle Figueiredo alerta para a possibilidade de a autoridade ser responsabilizada, em nome próprio, caso o ato praticado seja anulado judicialmente e cause prejuízos à pessoa jurídica, por meio de ação regressiva, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República.

Ademais, não se pode olvidar a possibilidade de vir a responder administrativamente, por prever a Lei nº 8.112/90, em seu art. 132, inciso X, a pena de demissão em caso de lesão aos cofres públicos.

Outro fundamento a justificar a defesa do ato pela autoridade, inclusive legitimando-a a recorrer, é o justificado temor em ser enquadrada nas disposições da Lei nº 8.429/92 (improbidade administrativa), que enseja severas punições.

Não há dúvida, portanto, que, a par do interesse da própria entidade interessada, a autoridade tem interesse em defender o ato atacado pela via do mandado de segurança. Suas informações e recursos poderão afastar do ato a pecha de ilegalidade e abusividade. É legítima a opção do legislador em lhe atribuir a qualidade de parte no processo, embora, de fato, não possa ser qualificada como parte no sentido que Chiovenda confere ao termo.

Temos que a autoridade coatora, apesar de não ser parte na demanda, será parte no processo obrigatoriamente, participando no procedimento em contraditório, como sujeito passivo na relação

processual, detentora de faculdades, poderes, deveres, ônus, sujeição. A pessoa jurídica, parte na demanda, somente será parte no processo se assim manifestar interesse. Até porque não haveria sentido em não existir parte no processo até o ingresso do litisconsorte facultativo, fato que poderá não ocorrer, caso a pessoa jurídica não tenha interesse em ingressar no feito, quicá por já estar sendo bem defendido o ato.

Esse entendimento justifica a extinção do processo, sem a apreciação do mérito, naqueles casos de indicação equivocada da autoridade coatora, quando não se tratar de aplicação da teoria da encampação. Ela é parte no processo, dotada de legitimação extraordinária. Sua legitimidade decorre do reconhecimento, por Lei, da sua relação com a pessoa jurídica interessada, de sua responsabilidade pela prática do ato impugnado pelo mandado e de seu interesse pessoal em afastar do ato qualquer alegação de ilegalidade ou abusividade.

#### 4.1.2 A PESSOA JURÍDICA COMO PARTE NA DEMANDA

A interpretação sistemática da novel Lei do mandado de segurança, especialmente dos artigos examinados anteriormente, leva à conclusão de que a presença da pessoa jurídica no polo passivo não é uma situação constante. A começar pela própria redação do dispositivo que prevê a ciência – e não a citação – da pessoa jurídica, percebe-se a existência de uma faculdade conferida pelo legislador à pessoa jurídica.

Não parece que a atual sistemática tenha se valido de regra assemelhada à do Código de 1939. Lá se mencionava a necessidade de citação e de contestação da pessoa jurídica. Aqui temos a *ciência* da pessoa jurídica para, *querendo*, ingressar no feito. As disposições são diferentes. A intenção do legislador foi a de permitir o ingresso da pessoa jurídica, caso queira, dado que, possuindo a autoridade coatora legitimidade recursal expressa, talvez não haja interesse (necessidade) de a pessoa jurídica ingressar no feito, nem mesmo para apresentar defesa. Se as informações bastarem e, quando necessário, o recurso for adequadamente manejado, despicienda a atuação da pessoa jurídica.

Tal entendimento dá sentido às regras extraídas dos arts. 9º e 13 da Lei nº 12.016/09, as quais preveem a necessidade de a autoridade administrativa informar a pessoa jurídica sobre a liminar, bem como de o juízo intimá-la da sentença. Caso sua presença como parte se desse desde a ciência, independentemente de manifestação de interesse em

ingressar na lide, não haveria a necessidade de tais mandamentos. As intimações seriam decorrência lógica da condição de parte processual da pessoa jurídica, pois, como é cediço, todas elas devem ser intimadas pelo juízo dos atos praticados no processo.

Reforçando essa leitura, a exposição de motivos subscrita pelo então Advogado-Geral da União, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, e por José Gregori, à época Ministro da Justiça, acentua a facultatividade do ingresso da pessoa jurídica no feito, para apresentar defesa. Confira-se:

9. Para que a pessoa jurídica de direito público interessada *possa apresentar a defesa* de seu ato, o projeto determina que esta receba cópia da petição inicial, extraída dos autos pelo cartório, sem documentos, *sendo-lhe facultado o ingresso no feito*. Tal medida já é utilizada em alguns Estados e se justifica em virtude das determinações da Constituição vigente, que separaram as funções do Ministério Público e da Advocacia-Geral da União. (grifo nosso).

Destarte, a pessoa jurídica nem sempre será parte na relação processual porque a legislação processual específica do mandado de segurança *lhe faculta* o ingresso na lide em nome próprio, que seria peremptório caso fosse citada. A mera ciência não se equivale à citação. Até o seu ingresso apenas a autoridade coatora defende o ato e, por consequência, o direito da própria entidade.

A entidade interessada poderá apresentar defesa, sem prejuízo das informações prestadas pela autoridade coatora. A diferença é que as informações consistem na apresentação da motivação do ato praticado pelo próprio agente, que as subscrive. A defesa da pessoa jurídica é técnica e deverá abranger todos os aspectos, não só da motivação do ato, mas também processuais, sendo subscrita por representante judicial dotado de capacidade postulatória. Ou seja, deverá ser mais ampla, o que não impede a autoridade coatora de apresentar as informações nos moldes de uma defesa técnica.

Em síntese: a pessoa jurídica será sempre parte na demanda e, se quiser, será parte no processo. A autoridade coatora será sempre parte no processo, jamais na demanda.

Há, portanto, um caso de *legitimação concorrente* entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica, porquanto embora a autoridade sempre figure na relação processual (legitimada extraordinária), a pessoa jurídica (legitimada ordinária) também poderá ir a juízo para integrar a relação processual, caso queira.

#### 4.2 DO LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO ENTRE A AUTORIDADE COATORA E A PESSOA JURÍDICA NO MANDADO DE SEGURANÇA

No tocante ao litisconsórcio, “caracterizado pela coexistência de duas ou mais pessoas no lado ativo ou passivo da relação processual”<sup>30</sup>, também merecedor de reflexão no presente estudo, temos como ponto de partida obrigatório o exame do Código de Processo Civil. A Lei nº 12.016/09 estabeleceu expressamente, em seu art. 24, a aplicação ao mandado de segurança dos artigos 46 a 49 do referido diploma, os quais tratam do litisconsórcio.

Especificamente em relação ao litisconsórcio necessário, o Código de Processo Civil traz disposição específica, nestes termos:

Art. 47. Há litisconsórcio *necessário*, quando, por disposição de *lei* ou pela *natureza da relação jurídica*, o juiz tiver de *decidir* a lide de *modo uniforme* para todas as *partes*; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo. (grifo nosso).

Da literalidade do dispositivo, é possível extrair a existência do litisconsórcio necessário por duas razões: lei ou natureza da relação jurídica. Somado a isso, está a imperiosidade de a decisão da lide ocorrer de modo uniforme para todas as partes. Ademais, tal decisão, para produzir seus efeitos em relação aos litisconsortes necessários, exige a citação de todos.

Importante destacar, porém, que nem sempre o litisconsórcio necessário ensejará uma decisão uniforme para todos os integrantes da relação processual. A redação do dispositivo legal permite a confusão entre o litisconsórcio necessário, existente quando é imperiosa a participação de mais de uma pessoa num dos polos da relação processual, e o litisconsórcio unitário, caracterizado pela necessidade de a decisão judicial ser necessariamente uniforme para todos os litisconsortes.

30 DINAMARCO, 2009, p. 363-364.

É possível a existência de litisconsortes necessários simples ( $\neq$  unitário), quando, a despeito da obrigatoriedade da formação do litisconsórcio, houver a possibilidade de a sentença ser proferida de modo distinto para cada um de seus integrantes.

Esse alerta é manifestado na doutrina com diversos exemplos, como no caso do art. 6º da Lei nº 4.717/65 (Ação Popular), o qual exige a citação de todos aqueles que direta ou indiretamente tenham contribuído, omissiva ou comissivamente, para a prática do ato tido por ilegal, e dos beneficiários diretos, sem que isso signifique, por certo, a prolação de sentença decidindo a causa de modo uniforme para todos os envolvidos.<sup>31</sup>

A classificação do litisconsórcio como necessário se contrapõe à existência do litisconsórcio facultativo. A diferença entre ambos é a obrigatoriedade ou não de sua formação. A relevância dessa distinção diz respeito às consequências advindas da não formação do litisconsórcio quando a lei ou a relação jurídica o torna necessário.

Sem pretender esgotar o tratamento da questão, nos parece mais adequado o entendimento de que a sentença proferida sem a presença de litisconsórcio necessário no polo passivo da demanda é ineficaz, ou, utilizando expressão de Chiovenda, *inutiliter data*. Como ensina Alexandre Freitas Câmara, a ineficácia é absoluta, tanto em relação a quem participou do processo quanto a quem ficou de fora.<sup>32</sup>

*In casu*, estamos diante de um *litisconsórcio passivo facultativo*, onde a autoridade coatora é parte por força da Lei e a pessoa jurídica poderá integrar a demanda como parte logo após ser cientificada pelo juízo sobre a existência da demanda. Até o seu ingresso, estará representada pela autoridade. Caso entenda ser suficiente a atuação dela, poderá optar por não integrar o feito.

Não significa que a pessoa jurídica não é parte. Sempre será parte na demanda, mas para ser parte no processo dependerá da manifestação de sua vontade. Isso explica porque ela poderá sofrer os efeitos da sentença sem ser parte processual. É que sendo parte na demanda, sua

---

31 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 171.

32 CÂMARA, op. cit., p. 153.

representação se operará por meio da autoridade coatora (legitimada extraordinária), que a defenderá em nome próprio.

A pessoa jurídica é sempre parte na demanda, representada pela autoridade coatora, parte no processo. Isso não impede o ingresso facultativo da pessoa jurídica como parte processual, ao lado da autoridade, como litisconsorte.

Não nos parece adequada a solução do ingresso da pessoa jurídica na qualidade de assistente litisconsorcial, porquanto, como visto, ela é parte na demanda, sendo diretamente vinculada ao desfecho do processo.

Essa característica da entidade interessada não se coaduna com a melhor interpretação dessa modalidade de intervenção de terceiro, pois, conforme alerta Câmara, o assistente litisconsorcial não é litisconsorte, mas é tratado como se fosse, sendo-lhe atribuído o mesmo tratamento formal, embora não assuma esta posição.<sup>33</sup> Dinamarco, com a mesma visão, esclarece ainda que o assistente qualificado “litisconsorte poderia ser, se tivesse *legitimatío* para demandar ou ser demandado por aquele específico e estrito objeto litigioso contido no processo, nele introduzido por meio da demanda ajuizada”.<sup>34</sup> Não parece, pois, ser o caso da pessoa jurídica.

Outra questão que merece resposta é a relativa ao prazo para a pessoa jurídica manifestar interesse em integrar o polo passivo do processo. Não havendo disposição legal expressa e considerando a especificidade de ser parte na demanda, maior interessada no desfecho da causa, a melhor solução parece ser permitir seu ingresso no feito a qualquer tempo.

Todavia, em relação à defesa, por analogia deve-se adotar o mesmo prazo conferido para a autoridade prestar informações. Nesse período, a pessoa jurídica deverá manifestar seu desejo em integrar o feito e, se quiser, apresentar defesa. Passado esse prazo, sua integração se dará na qualidade de litisconsorte, ao lado da autoridade, mas recebendo o processo no estado em que se encontra, porquanto até então seu representante estava atuando na defesa de seu direito.

<sup>33</sup> CÂMARA, op. cit., p. 186-187.

<sup>34</sup> DINAMARCO, 2009, p. 55-56.

Como consectário da especificidade do rito mandado de segurança, apesar de ser parte processual, a autoridade coatora não é parte na demanda, atuando em nome próprio no interesse da pessoa jurídica. Por tal motivo, as custas do processo não devem recair sobre ela, mas em desfavor apenas da pessoa jurídica, que, via de regra, estará isenta.

#### 4.3 DA LEGITIMIDADE RECURSAL AMPLA DA AUTORIDADE COATORA

Em relação à legitimidade recursal, não há como concordar com a equiparação da autoridade coatora a terceiro prejudicado. A primeira razão é a impossibilidade de se enquadrá-la no conceito de terceiro,<sup>35</sup> quando efetivamente é parte no processo.

Outro motivo é que essa interpretação tornaria inútil a disposição do art. 14, § 2º, da nova Lei. Não parece razoável ter se legislado para simplesmente conferir ao agente público algo que já lhe seria possível atribuir a partir do art. 499, § 1º, do CPC, caso se entenda que a autoridade seja terceiro.

Tampouco se pode exigir a demonstração do nexo entre seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial, quando tal restrição não consta do novel dispositivo. Caso a intenção fosse assegurar apenas o direito de recorrer como terceiro prejudicado, não era necessária a Lei, que, repita-se, não exige tal comprovação.

O Superior Tribunal de Justiça sumulou o entendimento quanto à possibilidade de o mandado de segurança ser interposto por terceiro prejudicado.<sup>36</sup> Por analogia, não havia antes motivo para deixar de permitir a interposição de recurso pelo terceiro prejudicado na ação impetrada por outrem. Por essa razão, soa mais plausível ter o legislador conferido à autoridade a legitimidade para recorrer como parte.

Legitimidade essa que é ampla, seja porque age na defesa da pessoa jurídica, seja pelo seu próprio interesse, acima mencionado, em

---

35 Dinamarco defende “um conceito negativo e puramente processual de terceiro, em simétrica oposição ao de parte”. É o conceito não menos clássico de Enrico Tullio Liebman: “todos aqueles que não são partes consideram-se, em relação àquele processo, terceiros” (DINAMARCO, 2002, p. 17-18).

36 Súmula 202 do STJ: a impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona a interposição de recurso.

defender o ato praticado. Logo, quanto ao recurso de agravo contra a liminar, não vejo como se negar à autoridade a possibilidade de utilizá-lo, ainda que a Lei não seja expressa e pareça querer restringir seu uso à apelação.

Não faz sentido entender que a autoridade possa recorrer do ato final (sentença), mas não possa fazê-lo do ato precário (liminar). Não se vislumbra motivo para tal diferenciação. Isso também se dá em relação aos demais recursos. Tendo em vista a possibilidade de se recorrer da sentença, é de se concluir pela possibilidade de recorrer de todas as decisões ou acórdãos que venham a reformá-la, cassá-la ou substituí-la. Nesse ponto a Lei merece uma interpretação mais ampliada.

Por fim, merece atenção a questão da interposição do recurso pela autoridade. Apesar de fazê-lo em nome próprio, não é possível adotar a mesma sistemática das informações, cuja subscrição pela própria é aceita. No caso dos recursos, ante a ausência de disposição específica e de motivos que ensejem tratamento especial, é de se observar as normas processuais gerais, inclusive em relação à necessidade de a peça estar subscrita por procurador dotado de capacidade postulatória.

A diferença de tratamento em relação às informações é porque essas não se confundem com a contestação, apesar de ter inegável vocação para a defesa do ato atacado. As informações correspondem meramente à exposição dos motivos da prática do referido ato pela autoridade.

Em relação ao preparo do recurso, por estar a autoridade agindo em nome próprio, mas na defesa de direito da pessoa jurídica, deve-se adotar aquele entendimento exposto em relação a eventual condenação nas custas processuais. É dizer, o preparo recursal somente será exigível caso o fosse também em recurso da própria pessoa jurídica. Não há porque conferir tratamento diferente daquele que seria exigido da própria entidade, se a autoridade está em juízo lhe representando.

## **5 CONCLUSÕES**

As mudanças operadas por meio da Lei nº 12.016/09 no procedimento do mandado de segurança foram substanciais e ensejam um reexame da interpretação da posição processual ocupada pela autoridade coatora e pela pessoa jurídica que esta integra.

À luz dos conceitos oriundos da ciência do Direito Processual Civil, pode-se atribuir à autoridade coatora a qualidade de *parte no processo*, adquirida a partir de sua notificação, pois efetivamente é titular de uma situação jurídica passiva na relação processual do mandado de segurança.

O fato de não atuar em nome próprio ao editar o ato objeto do mandado de segurança, não impede que atue em juízo em nome próprio, na defesa de direito alheio (da pessoa jurídica). Age como *substituta processual*, portanto. Essa é uma opção legal decorrente de sua relação com a entidade interessada, de sua capacidade de fornecer importantes elementos para a defesa do ato e ter interesse próprio em não ver o ato maculado com a pecha de ilegal ou abusivo, por poder lhe trazer consequências negativas na esfera civil e administrativa.

Já a pessoa jurídica desfruta da qualidade de *parte na demanda*, pois a relação jurídica deduzida em juízo é estabelecida entre ela e o impetrante. No processo será representada pela autoridade. Sem embargo, a Lei lhe confere a possibilidade de ingressar no polo passivo do feito, ao lado da autoridade. Tal *faculdade* dependerá de manifestação de vontade. Caso seja exercida, atuará também na qualidade de *parte no processo*, a partir do momento em que tomar essa iniciativa. A atuação da autoridade e da pessoa jurídica a que esta integra na mesma relação processual configurará a existência de um *litisconsórcio passivo facultativo*.

Por analogia, a defesa da pessoa jurídica deverá ser apresentada no mesmo prazo conferido à autoridade coatora, ocasião em que poderá manifestar seu interesse em integrar efetivamente a lide. Caso não o faça, é possível vir a integrá-la em qualquer momento posterior, porém recebendo o processo no estado em que se encontrar.

A *legitimidade recursal* da autoridade coatora é *ampla*, abrangendo desde a interposição do agravo contra a liminar até as demais decisões judiciais que acarretem a concessão da segurança. No entanto, fica sujeita às regras gerais dos recursos, como a necessidade de se valer de procurador dotado de capacidade postulatória. Por estar em juízo na defesa de interesse da pessoa jurídica, o preparo deve seguir a mesma sistemática que a ela seria aplicada, assim como em relação à eventual condenação em custas processuais.

Estas, pois, as considerações extraídas da redação dos novos dispositivos legais inseridos na nova Lei do mandado de segurança, a partir dos ensinamentos da doutrina processual civil.

## 6 REFERÊNCIAS

- BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008
- BUENO, Cassio Scarpinella Bueno. *A Nova Lei do Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Dialética, 2009
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de Terceiros*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2009
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Manual do Mandado de Segurança*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de Segurança*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009
- JUNIOR, Luiz Manoel Gomes et al. *Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009
- MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007
- MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de Segurança Individual e Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2004



# PROPORCIONALIDADE. UMA CLARIFICAÇÃO DO CONCEITO

*Roberta Pereira Negrão Costa  
Procuradora Federal. Especialista  
em Direito Público e  
mestranda em Direito e Políticas Públicas*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Princípios e Regras; 2.1 Ronald Dworkin e Robert Alexy: distinção qualitativa entre princípios e regras; 2.2 Distinção entre princípios e regras no direito brasileiro; 3 Proporcionalidade como método de solução para a colisão entre direitos fundamentais; 4 Natureza do dever de proporcionalidade: princípio ou regra?; 5 Proporcionalidade versus Razoabilidade; 5.1 Razoabilidade; 5.2 Proporcionalidade; 6 A proporcionalidade e seus elementos; 6.1. Adequação; 6.2 Necessidade; 6.3 Proporcionalidade em sentido estrito; 7 Conclusão; 8 Referência.

**RESUMO:** A proporcionalidade se apresenta com um apresenta como um método racional, aplicável em uma análise concreta de uma relação meio-fim, que estrutura o procedimento de determinar a prevalência de um direito ou bem jurídico em detrimento de outro, solucionando o conflito, de modo a impor ao Estado uma atuação proporcional nos casos de restrição a direitos fundamentais. Verifica-se que não há consenso doutrinário sobre sua natureza jurídica (se se trata de um princípio, uma regra ou um postulado), se há identidade ou distinção entre os conceitos de proporcionalidade e razoabilidade, se os elementos constitutivos da proporcionalidade são dois (adequação e necessidade), três (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) ou quatro (pressuposto teleológico de legitimidade dos fins perseguidos, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). A clarificação de definições das categorias utilizadas na interpretação e na aplicação do Direito promove certeza e segurança jurídica. Um sistema jurídico é mais coerente quando as conexões entre os seus elementos são mais específicas. E foi nesse sentido, de buscar melhor esclarecer o conteúdo da proporcionalidade, sem ter, contudo, a pretensão de exauri-lo, que foi desenvolvido este trabalho.

**PALAVRAS-CHAVE:** Critérios distintivos entre princípios e regras. Proporcionalidade. Razoabilidade.

**ABSTRACT:** Proportionality or Judicial balancing is often used as shorthand for neutral, rational decision-making, a concept of adjudication which makes possible to compare and evaluate interests and ideas, values and facts that are radically different in a way that is both rational and fair. The constitutionally protected values and fundamental rights are asserted against the exercise of valid governmental powers and that perforce requires an appropriate weighting of the respective interests involved. A balance must be sought between the exercise by the press of the right guaranteed to it and the necessity to impose a restriction on the exercise of the right. There is no agreement among the Brazilian's scholars if the proportionality is a principle or a rule, if there is identity between proportionality and judicial balancing and how it is structured. It was identified the necessity of make the definitions clearer than it is shown in legal Brazilian's discourse. The article intends to show the differences to make it clear.

**KEYWORDS:** Principles and rules. Distinctive criteria. Proportionality. Judicial balancing.

## 1 INTRODUÇÃO

A proporcionalidade vem despertando, nos últimos tempos, o interesse da doutrina nacional. Isso porque se apresenta como é um método racional para solucionar conflitos entre direitos fundamentais.

Contudo, verifica-se que não há consenso sobre vários temas afetos à proporcionalidade, como por exemplo, acerca de sua natureza jurídica (se se trata de um princípio, uma regra ou um postulado), se proporcionalidade e razoabilidade são conceitos juridicamente iguais ou distintos, se os elementos constitutivos da proporcionalidade são dois (adequação e necessidade), três (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) ou quatro (pressuposto teleológico de legitimidade dos fins perseguidos, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Na busca de respostas e esclarecimentos a algumas dessas divergências, este trabalho será desenvolvido da seguinte maneira. Primeiramente, será abordada a diferença entre regras e princípios. Nesse ponto, busca-se indicar critérios diferentes para pensar o assunto. Apresenta-se, primeiramente, a distinção feita por Dworkin e por Alexy, que adotam um critério diferenciador que tem por base a estrutura de aplicação de tais normas, sem analisar, contudo, a sua importância no ordenamento, o seu caráter fundamental. Depois disso, aponta-se o critério utilizado majoritariamente pela doutrina pátria para diferenciar regras e princípios.

Um grande número de doutrinadores nacionais adota um critério que tem por base o grau de abstração e de fundamentalidade das normas jurídicas. Tal análise é importante, pois o enquadramento da natureza jurídica da proporcionalidade só é possível partir da adoção de um determinado critério diferenciador de normas jurídicas. A depender do critério adotado, pode-se classificar a proporcionalidade em regra ou princípio. Não se pretende, neste trabalho, exaurir essa questão, mas apenas apresentar o panorama atual e advertir sobre os riscos do sincretismo metodológico para a realização de um trabalho sério sobre o tema.

Aborda-se, em seguida, a diferença entre razoabilidade e proporcionalidade. Muito embora haja entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que seriam conceitos idênticos, busca-se demonstrar

que são conceitos jurídicos diferentes. Além de terem origem histórica distinta (atribui-se à razoabilidade origem anglo-saxônica, inicialmente ligada à noção de irrazoabilidade, e à proporcionalidade origem desenvolvimento analítico e ordenado do direito alemão e da jurisprudência do tribunal constitucional deste país), verifica-se que possuem estruturas diferentes.

A razoabilidade refere-se a uma relação entre a medida adotada e o critério da norma, possuindo uma forma de aplicação muito mais flexível se comparada à proporcionalidade. Atua na interpretação das normas gerais como decorrência a justiça, ao estabelecer a observância a limites aceitáveis, dentro de *standards* de aceitabilidade. Exige congruência lógica entre as situações postas e as decisões ou ações.

Diferentemente, a proporcionalidade possui uma estrutura rígida de aplicação, que exige a observância obrigatória à ordem de submissão aos seus elementos. Nela faz-se uma análise quanto à adequação da medida (se é apta a promover ou fomentar minimamente o fim pretendido), à sua necessidade (se dentre as medidas adequadas é o meio menos gravoso para atingir o fim) e à proporcionalidade em sentido estrito (na qual se faz a ponderação entre a intensidade da restrição promovida com o meio e a importância do atingimento do fim).

## 2 PRINCÍPIOS E REGRAS

Hodiernamente, aceita-se de maneira majoritária no direito brasileiro a norma jurídica como gênero do qual regras e princípios são espécies. Contudo, é possível verificar que não há consenso sobre critérios adotados para a conceituação dessas espécies normativas.

### 2.1 RONALD DWORKIN E ROBERT ALEXYS: DISTINÇÃO QUALITATIVA ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

Ronald Dworkin, em sua crítica ao positivismo jurídico de Hart, defende que o Direito não é apenas um conjunto de regras primárias e secundárias.<sup>1</sup> Entende que é um sistema constituído por normas jurídicas, que podem ser divididas, sob um aspecto lógico, em regras,

---

1 Para Dworkin, o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras, que tem como noção central um teste fundamental para o direito (teste de pedigree) que forçosamente ignora importantes papéis desempenhados por padrões que não são regras. Para mais ver DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 28.

princípios e políticas. Para o autor, princípios e regras diferenciam-se em razão de sua estrutura e aplicação.

Como esclarece Guerra Filho, as regras possuem estrutura lógica que tradicionalmente se atribui às normas de direito, com a descrição (tipificação) de um fato, ao que se acresce sua qualificação prescritiva, amparada por uma sanção ou sem esta nos casos de qualificação de um fato permitido pelo direito.<sup>2</sup> Seria possível, ao menos em tese, a enumeração de todas as hipóteses de exceção à aplicação do comando previsto em uma regra.

Segundo Dworkin, as regras são aplicadas pelo método do “tudo ou nada” (*all or nothing*), no sentido de que uma vez dados os fatos que a regra estipula, ou seja, uma vez preenchida a sua hipótese de incidência, ou a regra é válida, e nesse caso a resposta que ela fornece deve ser considerada e a consequência normativa nela prevista deve ser aceita, ou a regra é inválida, e em nada contribuirá para a decisão<sup>3</sup>. Utiliza-se, de modo típico, o método de subsunção. Verifica-se, portanto, que as regras possuem uma dimensão de validade. Se *valem* devem ser aplicadas em sua inteireza e se não *valem* não devem ser aplicadas.<sup>4</sup>

No caso de conflito entre regras, caracterizado pelas consequências contraditórias quando de sua aplicação ao caso concreto, a superação pode se dar ou introduzindo uma cláusula de exceção em uma das regras, ou reconhecendo a necessária invalidade de, ao menos, uma delas. Isso decorre do fato de que as regras prescrevem imperativamente uma exigência, e no caso de haver uma antinomia, impõem-se um juízo de (in)validez.<sup>5</sup>

Já os princípios, possuem estrutura diferente, pois são dotados de uma dimensão não presente nas regras: a dimensão do peso ou importância. Isso decorre do fato de que os princípios não determinam

2 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito aplicada ao direito processual e à teoria da constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p.74.

3 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

4 SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: *Revista latino-americana de estudos constitucionais*. Coord.: Paulo Bonavides, n. 1, Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 610.

5 STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 125.

vinculativamente uma decisão, como as regras, contendo, somente, os fundamentos, que devem ser conjugados com outros fundamentos de princípios incidentes na questão. No caso dos princípios, não é cabível questionamento acerca de sua validade, mas sim de seu peso (dimensão de peso). Neste sentido, a diferenciação elaborada por Dworkin não consiste em uma diferenciação de grau, mas numa diferenciação quanto à estrutura lógica, baseada em critérios classificatórios, ao invés de critérios de abstração e generalidade.<sup>6</sup>

No caso de colisão entre princípios<sup>7</sup>, terá prevalência aquele que tiver, para a solução do caso concreto, o maior peso, sem, contudo, excluir o outro completamente. Como salienta Dworkin, quando princípios se inter cruzam, deve-se levar em conta, no momento da decisão, a força relativa de cada um<sup>8</sup> e a sua importância naquela questão. Isso significa que prevalecerá o princípio de maior importância ou peso para a solução do conflito, mas que o princípio que não tiver prevalência não deixa de valer ou de perder seu valor ou, ainda, de pertencer do ordenamento jurídico. Ele apenas não terá tido peso suficiente para ser decisivo no caso concreto analisado, mas poderá ser relevante para a solução de outros casos.<sup>9</sup>

---

6 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: 10 jan. 2009.

7 Saliente-se discussão entre Virgílio Afonso da Silva e Humberto Ávila sobre a ocorrência ou não de colisão entre princípios. Para o Ávila não há, de fato, colisão entre princípios, mas apenas uma colisão aparente, pois os não possuem uma hipótese e uma consequência abstratamente determinadas, não há como haver colisão. Na verdade, essa aparente colisão é superada diante do sopesamento realizado no caso concreto com a verificação de qual princípio será aplicado e qual a relação que os princípios mantêm entre si. Virgílio Afonso da Silva critica esse posicionamento considerando que a premissa de que os princípios não possuem consequências abstratamente determinadas é falso. Para o autor, um princípio deve ser realizado na maior medida possível, segundo as condições fáticas e jurídicas presentes no caso. A otimização de um princípio pode sim colidir com a otimização de outro (como exemplo clássico, temos a liberdade versus o direito à privacidade). Considera que se fosse levado a cabo esse raciocínio a todas as colisões, todas seriam aparentes, salvo aquelas irresolúveis. Para mais ver: 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: 10jan.2009 e SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: *Revista latino-americana de estudos constitucionais*. Coord.: Paulo Bonavides, n. 1, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 618.

8 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 42- 43.

9 SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: *Revista latino-americana de estudos constitucionais*. Coord.: Paulo Bonavides, n. 1, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 610.

Partindo de um pressuposto semelhante ao de Ronald Dworkin, Robert Alexy também entende que há uma distinção qualitativa entre princípios e regras e não uma diferença de grau de abstração e generalidade dos comandos jurídicos.<sup>10</sup> Para Alexy, o ponto decisivo para a diferenciação entre princípios e regras é que enquanto estas são normas que só podem ser cumpridas ou não, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.<sup>11</sup>

São comandos de otimização, que podem ser realizados em diferentes graus segundo as possibilidades normativas, pois sua aplicação depende de princípios e regras que a ele se contrapõem, e possibilidade fática, porque o seu conteúdo só pode ser determinado diante do caso concreto.<sup>12</sup> Os princípios, como espécie de norma jurídica, não determinam as consequências normativas de forma direta, ao contrário das regras. São proposições que podem ser aplicados sem acréscimo de outras premissas normativas e estão, normalmente, sujeitos às limitações em razão do conteúdo de outros princípios.<sup>13</sup>

O fato de que a realização dos princípios depende das possibilidades fático-normativas implica que os princípios não só são suscetíveis, mas necessitam de ponderação. Diante de uma colisão, é necessário o juízo de peso, realizado através da ponderação ou do sopesamento de direitos ou

10 Para Josef Esser a distinção entre princípios e regras decorre do grau de abstração e generalidade da prescrição normativa relativamente aos casos aos quais ela deva ser aplicada. Os princípios não contêm diretamente ordens, mas apenas fundamentos, critérios para justificação de uma ordem, diferentemente das regras. Ver 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 10 jan.2009.

Para Larenz os princípios são normas de grande importância no ordenamento jurídico, são pontos de partida ou pensamentos diretores que sinalizam para a norma, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento. Ver LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego, 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 727.

11 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 86- 87.

12 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 10 jan. 2009.

13 GUERRA, Sérgio. O princípio da proporcionalidade na pós-modernidade. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível em:< <http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 10 jan.2009.

bens jurídicos constitucionalmente previstos, para que se possa chegar a um resultado ótimo. Essa ponderação é realizada mediante a máxima da proporcionalidade e seus elementos parciais, a serem explicitadas mais adiante.

## 2.2 DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS NO DIREITO BRASILEIRO

No direito brasileiro, não há consenso quanto à distinção adotada para diferenciar princípios e regras. Mas é possível verificar que predomina a idéia de que princípios são mandamentos nucleares ou disposições fundamentais<sup>14</sup>, postulados ou diretrizes fundamentais<sup>15</sup>, ou ainda como as verdades primeiras, premissas de todo um sistema.<sup>16</sup> Apesar da diferente nomenclatura, como salienta Virgílio Afonso da Silva, a idéia normalmente é a de que os princípios são as normas mais fundamentais do sistema, enquanto as regras são uma concretização dos princípios e tem, portanto, caráter mais instrumental e menos fundamental.<sup>17</sup>

É facilmente percebida a diferença adotada entre o critério diferenciador de princípios e regras proposto por Dworkin e Alexy, brevemente explicitado no tópico anterior, e o critério utilizado por vários doutrinadores nacionais. Os primeiros baseiam a diferenciação em razão da estrutura normativa presente em regras e princípios, sem nada se referir à fundamentalidade da norma. Consequentemente, é possível admitir que um princípio pode ser ou não um mandamento nuclear do sistema jurídico. Da mesma forma, uma regra pode ter ou não esse caráter fundamental. O conceito de princípio na teoria de

---

14 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 408. Define este autor princípio como "o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico".

15 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 15-16.

16 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 258.

17 SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: *Revista latino-americana de estudos constitucionais*. Coord.: Paulo Bonavides, n. 1, Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 612.

Alexy é um conceito axiologicamente neutro.<sup>18</sup> Já para os últimos, o critério distintivo entre regras e princípios é o grau de abstração, maior nos princípios e menor nas regras, e o grau de fundamentalidade, tendo os princípios o papel fundamental em razão de sua posição hierárquica no sistema das fontes do direito e a sua importância estruturante do sistema jurídico.<sup>19</sup>

Verifica-se haver, portanto, diferentes formas coerentes para diferenciar regras e princípios. Isso não quer dizer que uma maneira seja melhor ou pior do que a outra, mais moderna ou mais atrasada. Significa que deve-se esclarecer qual o critério adotado antes de utilizar os conceitos de regras e princípios. Embora muitas vezes passe despercebida, essa diferença entre conceitos tem relevantes consequências relativamente à matéria estudada.

### 3 PROPORCIONALIDADE COMO MÉTODO DE SOLUÇÃO PARA A COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais não são absolutos e ilimitados. Seus limites decorrem, inclusive, da própria socialibilidade humana. Embora tenham sido inicialmente, no plano filosófico, pensados como naturais, esses direitos, por mais fundamentais que sejam, são produto de um desenvolvimento histórico, caracterizados por lutas e conquistas graduais de novas liberdades em face de velhos poderes.<sup>20</sup> Mas não só desse ponto de vista os direitos fundamentais são limitados. Sua limitação decorre também do plano dogmático-constitucional, em razão de, atualmente, serem direitos positivados na constituição. As liberdades jurídico-fundamentais são liberdades jurídicas, e, por isso, são limitadas

18 SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: *Revista latino-americana de estudos constitucionais*. Coord.: Paulo Bonavides, n. 1, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 615. O mesmo autor cita em seu texto a existência de posicionamento contrário defendido por Gilberto Bercovici no texto “O princípio da unidade da constituição”.

19 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1034- 1035. Além dos critérios mencionados, o autor cita ainda como critérios de distinção entre regras e princípios: i) grau de determinabilidade, sendo os princípios vagos e indeterminados cuja aplicação carece de medidas concretizadoras e as regras não, sendo suscetíveis de aplicação direta, sem qualquer mediação; ii) proximidade da idéia de direito, sendo os princípios expressão de exigências de justiça e as regras, normas de conteúdo meramente funcional; iii) natureza normogénica, sendo os princípios fundamentos de regras, constituem a ratio de regras jurídicas.

20 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5.

com a sua determinação material.<sup>21</sup> Além disso, a limitação dos direitos fundamentais decorre também da conjugação destes entre si e destes com valores constitucionais, tidos como o conjunto de valores, objetivos, institutos, interesses positivados de uma determinada sociedade.<sup>22</sup>

São várias as situações de conflito de direitos fundamentais. Pode-se distinguir três tipos de situações: a concorrência de direitos fundamentais, a colisão entre tais direitos e o conflito entre direitos fundamentais e um bem jurídico constitucional.<sup>23</sup> A concorrência é a situação na qual um comportamento do titular preenche os pressupostos de fato de vários direitos fundamentais, podendo ser hipótese de cruzamento<sup>24</sup>, quando o comportamento do mesmo titular é incluído no âmbito de proteção de vários direitos, liberdades e garantias, ou acumulação<sup>25</sup>, quando um determinado bem jurídico leva à acumulação de direitos na pessoa de seu titular<sup>26</sup>. Verifica-se que no caso de concorrência de direitos fundamentais não há oposição de pretensões jurídicas. Há apenas um titular e dois ou mais direitos fundamentais que concorrem para a conduta realizada.

No caso de conflito entre direitos fundamentais e um bem jurídico constitucional, o exercício de direito fundamental implica uma contradição, um prejuízo ou um dano a um bem jurídico protegido pelo texto constitucional. Já a colisão se dá quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular impede ou prejudica o exercício de um direito fundamental por outro titular. Tanto os casos de conflito,

---

21 HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1998. p. 250.

22 Sobre a dupla dimensão dos direitos fundamentais, ver HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1998, p. 228 a 244 e PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999. p. 19- 29.

23 STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 64-65.

24 Canotilho cita como exemplo direito à expressão e informação e o direito à liberdade de imprensa, de reunião e manifestação.

25 O mesmo autor cita também como exemplo de acumulação o caso do direito à participação na vida pública, que agrupa direitos como o do sufrágio, liberdade partidária, de petição, de reunião e manifestação.

26 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1035-1036.

como os casos de colisão podem ser genericamente chamados de colisão *lato sensu*.<sup>27</sup>

Diante de uma colisão *in concreto* de direitos fundamentais, pode-se vislumbrar como possíveis instrumentos de solução do conflito a interpretação constitucional e o uso da ponderação de bens ou direitos, consubstanciada no dever da proporcionalidade.<sup>28</sup>

#### 4 NATUREZA DO DEVER DE PROPORCIONALIDADE: PRINCÍPIO OU REGRA?

Há ampla discussão doutrinária quanto à definição do dever de proporcionalidade. Tendo em consideração não ser esse o objeto central deste estudo, far-se-á uma breve exposição desta discussão. Essa divergência tem por fundamento o critério adotado para diferenciar princípios e regras, anteriormente abordado.

Se é adotado como critério distintivo de regras e princípios o grau de generalidade e abstração, bem como a noção de fundamentalidade da norma, o conceito de proporcionalidade será enquadrado como um princípio. Isso porque a proporcionalidade é uma norma fundamental do sistema, tida como o princípio dos princípios, pois está vinculada à guarda e garantia dos direitos fundamentais frente aos poderes do Estado. Trata-se de uma idéia fundante, traduzida em um parâmetro de valoração dos atos do Poder público para aferir se estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça.<sup>29</sup> Grande parte da doutrina brasileira adota esse posicionamento, considerando a proporcionalidade um princípio.<sup>30</sup>

Contudo, se se adota como critério diferenciador de regras e princípios sua estrutura normativa, tendo por base a classificação de Alexy, a proporcionalidade terá natureza de regra. Para Luís Virgílio

---

27 STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 64-65.

28 Optou-se nesse momento chamar de dever de proporcionalidade tendo em vista que essa nomenclatura relaciona-se à norma, sem definir se se trata de um princípio ou uma regra. Quando se fala em dever, fala-se em norma, sem especificar necessariamente a qual espécie normativa está se referindo.

29 BARROSO, Luís Roberto. *Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Disponível em: <<http://www.jurisnet-rn.com.br>>. Acesso em 18 dez. 2008.

30 Neste sentido, BONAVIDES, Paulo; BARROSO, Luís Roberto. et al.

Afonso da Silva, são três as razões pelas quais é possível identificar a natureza jurídica de regra da proporcionalidade. A proporcionalidade não é um mandamento de otimização, ou seja, não tem como produzir efeitos em variadas medidas, na busca de realizar o direito em sua máxima medida. Trata-se de uma regra cujos elementos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) expressam deveres definidos e são aplicáveis na forma de subsunção. Verifica-se, portanto, que se trata de um método aplicado diante da constatação de colisão entre direitos fundamentais, cujo objetivo é fazer com que nenhuma restrição a tais direitos tome dimensões desproporcionais. Além disso, não expressa um dever *prima facie*, cujo conteúdo definitivo só é fixado após o sopesamento com princípios colidentes. A proporcionalidade não entra em conflito com outros princípios, não sendo possível sua concretização em vários graus. Ou a medida *sub examine* é proporcional ou não é, não sendo possível sua aplicação senão de forma constante.<sup>31</sup>

Há, por fim, o entendimento de Humberto Ávila no sentido de que a proporcionalidade é um postulado normativo aplicativo. Para o autor a proporcionalidade não é um princípio, pois sua concretização não é possível de maneira gradual. Sua estrutura trifásica somente permite uma única possibilidade de aplicação. Além disso, sua aplicação independe das possibilidades fáticas e normativas, já que seu conteúdo normativo é neutro quanto ao contexto fático. Embora seja uma medida de ponderação, como não entra em cheque com outros princípios, a ela não cabe a ponderação. Contudo, o autor salienta também que não se trata de uma regra jurídica, pois o dever de proporcionalidade não estabelece tal e qual conteúdo relativamente à conduta humana ou à aplicação de outras normas. É por meio de condições que estabelece o que é devido, permitido ou proibido diante de determinado ordenamento jurídico. É, portanto, um postulado normativo aplicativo, pois impõe uma condição formal ou estrutural de aplicação de outras normas. É uma condição normativa instituída pelo próprio direito para sua devida aplicação.<sup>32</sup>

Muito embora não se pretenda nesse trabalho concluir acerca da natureza jurídica do dever de proporcionalidade, salienta-se sobre a necessidade de se adotar uma coerência metodológica. Não se

31 SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, ano 91, volume 798, abril/2002. p. 24-25.

32 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 10 jan. 2009.

pretende dizer qual dentre as formas brevemente apresentadas é a correta. Mas o critério adotado para diferenciar regras e princípios é determinante para uma conclusão sobre a natureza jurídica do dever de proporcionalidade.

Isso significa que para manter coerência metodológica, se um autor afirma ser a proporcionalidade um princípio, não pode adotar o critério de Alexy para distinguir regras e princípios. Para ser coerente em seu trabalho, deverá adotar o posicionamento de Esser ou Larenz, concebendo princípio como normas genéricas e abstratas, fundantes do ordenamento, ou como pontos de partida.

Se adotar o critério diferenciador pautado na estrutura normativa de regras e princípios, assim como o de Alexy, para manter a coerência, deve entender o dever de proporcionalidade como uma regra, em razão do seu modo de aplicação, independentemente do papel fundamental que exerce no ordenamento jurídico.

Com isso, busca-se tão somente alertar contra os perigos do sincretismo metodológico.

## 5 PROPORCIONALIDADE VERSUS RAZOABILIDADE

Não há consenso na doutrina pátria quanto à identidade ou diferença/ separação acerca do dever de proporcionalidade e de razoabilidade.

Existe posicionamento que entende que ambos são sinônimos, remetendo a uma origem comum. Parte da doutrina administrativista<sup>33</sup>, como Celso Antonio Bandeira de Mello e Diogo de Figueiredo Moreira Neto adota os conceitos como noções equivalentes, ora considerando a proporcionalidade uma faceta da razoabilidade<sup>34</sup> ou como compreendida na própria razoabilidade<sup>35</sup>. Barroso entende que proporcionalidade e

---

33 Em sentido contrário, postulando pela distinção dos conceitos, temos José dos Santos Carvalho Filho e Raquel Melo Urbano de Carvalho. Para mais ver: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 27-29; e CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo*. Salvador: JusPODIVIM, 2008. p. 142-147.

34 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 93-94.

35 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 98.

razoabilidade têm entre si uma relação de fungibilidade<sup>36</sup> e aponta sua origem e desenvolvimento relacionados à garantia do devido processo legal, tendo como marco a Magna Carta de 1215. No mesmo sentido, de identidade entre proporcionalidade e razoabilidade, Suzana de Toledo Barros aponta as matrizes inglesa, francesa e norte-americana do conceito<sup>37</sup>.

Contudo, essa identificação histórica não é apropriada. Como indica Guerra Filho, o teste de razoabilidade<sup>38</sup>, também conhecido como teste de *Wednesbury*, surgiu em decisão judicial proferida na Inglaterra em 1948. Trata-se de caso ao qual era concedida a uma empresa licença para operar cinema, pela autoridade local, desde que não fosse permitida a entrada de crianças menores de 15 anos. A empresa pleiteou, junto à Corte Inglesa, reconhecimento de que tal condição era inaceitável e que a autoridade não tinha competência para impor essa exigência. A corte decidiu que para intervir na questão, a condição deveria ser tão desarrazoada que nenhuma autoridade razoável iria jamais considerar em manter ou impor a condição, situação que não se configurava no caso julgado, sendo mantida a exigência imposta pela autoridade local<sup>39</sup>. O teste de razoabilidade implica em rejeitar atos que sejam excepcionalmente irrazoáveis podendo ser resumida da seguinte forma: se uma decisão é, de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a corte intervir<sup>40</sup>.

O teste da razoabilidade relaciona-se, portanto, a uma análise pessoal do sujeito envolvido na aplicação da medida que se pretende controlar. Como salienta Ávila, trata-se de um exame concreto-individual aos bens jurídicos envolvidos, não em função da medida

36 BARROSO, Luís Roberto. *Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Disponível em: <<http://www.jurisnet-rn.com.br>>. Acesso em 18 dez. 2008.

37 BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 25-70.

38 Como salienta Guerra Filho, na Inglaterra fala-se em princípio da irrazoabilidade, tendo o termo razoabilidade sido cunhado pela jurisprudência e doutrina argentina. Para mais, ver GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, São Paulo: Malheiros, 2001. p. 283.

39 Livre tradução da autora de texto disponibilizado em: <<http://www.externalaw.com/case-law/2606-associated-provincial-picture-houses-v-wednesbury-corporation-1948-a.html>>.

40 É em razão do caso *Wednesbury* que é cunhada a frase “so unreasonable that no reasonable person could contemplate it”.

em relação a um determinado fim, mas em razão da particularidade ou da excepcionalidade do caso individual para verificar se é ou não arbitrária<sup>41</sup>.

Após uma breve clarificação do teste de razoabilidade, é de se perguntar se a tese da identidade entre razoabilidade e proporcionalidade é correta.

Para Luís Virgílio Afonso da Silva, razoabilidade e proporcionalidade se diferenciam não só pela sua origem, mas também por sua estrutura.<sup>42</sup> Com origem apontada na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, a proporcionalidade tem estrutura racionalmente definida, com elementos independentes – análise de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – aplicados em uma ordem pré-definida, que claramente a diferenciam da razoabilidade.

Uma medida desproporcional não será, necessariamente, considerada desarrazoada, pois para ser considerada desproporcional não há necessidade de que o ato seja extremamente irrazoável ou absurdo.<sup>43</sup> Embora ambos tenham objetivos semelhantes, na busca de conferir proteção a direitos fundamentais, são construções técnico-jurídicas diferentes e, por isso, não se devem ser considerados sinônimos, apesar de grande confusão verificada tanto na doutrina pátria, como na jurisprudência, inclusive do STF<sup>44</sup>.

---

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 10 jan. 2009.

42 SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, ano 91, volume 798, abril/2002, p. 29.

43 Nesse sentido, Luís Virgílio Afonso da Silva aponta decisão da Corte Européia de Direitos Humanos que decidiu pela desproporcionalidade de uma medida, apesar de admitir sua razoabilidade (Smith and Grady v. United Kingdom). Para informações detalhadas sobre o caso ver: <<http://hei.unige.ch/~clapham/hrdoc/docs/echrsmithandgrady.htm>>.

44 Conforme é possível verificar em breve levantamento feito por Luís Virgílio Afonso da Silva, no artigo O proporcional e o razoável, há, em vários julgados, a utilização indiscriminada de proporcionalidade e razoabilidade, tratando-os como expressões sinônimas. Para mais ver: SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, ano 91, volume 798, abril/2002. p. 31- 34.

## 5.1 RAZOABILIDADE

A razoabilidade é um conceito plurissignificante. Na teoria geral do direito, a reflexão e utilização do conceito do razoável é recente.<sup>45</sup> Na busca de aplicar o conceito do razoável ao direito, Siches formula a diferença entre a lógica do racional (lógica formal) e a lógica do razoável. Para o autor, a solução dos problemas práticos da existência humana, sejam eles de natureza jurídica, política, ética, se dá com base na lógica do razoável. A lógica clássica, físico-matemática, no tratamento dos problemas jurídicos, pode levar a resultados desastrosos e insensatos, devendo sua utilização se restringir a questões periféricas. A lógica formalista não é capaz de esclarecer qual deve ser o conteúdo das normas jurídicas, cabendo à lógica do razoável, inerente à ação humana por estar condicionada pela realidade concreta na qual opera, a produção dos conteúdos do direito.<sup>46</sup>

Para Perelman, o direito ou um poder não podem ser exercidos de maneira desarrazoada. O uso desarrazoado do direito pode ensejar várias figuras juridicamente conhecidas, tais quais, desvio ou excesso de poder, abuso de confiança, má-fé, entre outras. A manifestação do desarrazoado pode ser verificada nos casos em que a aplicação estrita da letra da lei dá azo a consequências inaceitáveis, contrárias ao direito e à lógica de funcionamento do Estado<sup>47</sup>. Embora se trate de uma idéia vaga e imprecisa, é indispensável, devendo ser precisada de acordo com meio em que se apresenta<sup>48</sup> e do caso concreto analisado.

Ávila aponta as acepções que o dever de razoabilidade pode assumir.<sup>49</sup> Dentre tantas acepções possíveis, o autor destaca três: a

45 STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 188.

46 SICHES, Luis Recaséns. *Introducción al estudio Del derecho*. 6. ed. México: Porrúa, 1981. p. 251- 259.

47 PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 432-436.

48 Isso significa que uma aferição de razoabilidade só é possível se realizada dentro de um quadro de referência, em um determinado contexto jurídico, político e social.

49 A razoabilidade é utilizada em vários contextos e com várias finalidades. Ao falar-se razoabilidade, pode-se estar referindo à razoabilidade de uma alegação, de uma interpretação, de uma restrição, de um determinado fim legal, da função legislativa. Para mais, ver: ADI nº 855 MC, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, julgado em 01/07/1993, DJ 01-10-1993, sobre lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição a vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor.

razoabilidade como equidade, como congruência e como equivalência.<sup>50</sup> Diferentemente da proporcionalidade que necessariamente se refere a uma relação meio-fim, a razoabilidade se refere a uma relação entre medida adotada e o critério da norma.

Como dever de equidade, a razoabilidade exige a harmonização da norma geral com o caso individual. Isso significa que deve haver uma relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, seja para mostrar sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, seja para indicar em quais hipóteses o caso individual, em razão de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Serve de instrumento metodológico para dizer que a norma é condição necessária, mas não suficiente para sua aplicação. Para ser aplicável, o caso concreto deve adequar-se à generalização da norma posta. É um instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade. Nesses casos, a razoabilidade atua na interpretação das normas gerais como decorrência do princípio da justiça,<sup>51</sup> ao estabelecer a observância a limites aceitáveis, dentro de *standards* de aceitabilidade. Exige congruência lógica entre as situações postas e as decisões ou ações.

Como dever de congruência, a razoabilidade exige a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação. E, para que isso seja possível, mais uma vez é necessário se socorrer do suporte empírico existente. A interpretação das normas demanda o confronto com parâmetros externos a elas. É a congruência lógica entre as situações postas e as decisões/ações. Além disso, diante desse dever, é mister observar a correlação entre o critério distintivo ou de diferenciação utilizado pela norma e a medida adotada. Nesse caso, não há uma análise entre meio e fim, mas uma análise entre critério e medida.<sup>52</sup>

Como dever de equivalência, a razoabilidade exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. Nesse caso, também se analisa a relação, mas sob o aspecto da equivalência, entre a medida e o critério.

---

50 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 151-158.

51 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 154-155.

52 ÁVILA, 2007, p. 155-157.

Verifica-se que em todas as hipóteses apontadas por Ávila, não há, como ocorre com a proporcionalidade, uma relação meio-fim, mas sim uma relação entre a medida e o critério que a condiciona. Analisa-se, nesses casos, a situação pessoal do sujeito envolvido na aplicação da medida que se pretende tomar, sob a ótica da concretização da medida abstratamente prevista em face da realização ou não substancial do bem jurídico relativamente a determinado sujeito. Faz-se um exame concreto e individual dos bens jurídicos envolvidos, não em função da medida em relação a um fim, mas em razão da particularidade ou excepcionalidade do caso individual.

No exame de razoabilidade não se analisa a intensidade da medida para a realização de um fim, mas sua intensidade em relação a um bem jurídico de determinado titular. Objetiva-se, como o exame de razoabilidade, verificar se o resultado da aplicação da norma geral ao caso individual é razoável, não arbitrária<sup>53</sup>, ou seja, verificar se há uma sincronia perfeita entre o que foi posto na norma e o que dela é feito, diante de um caso concreto, tendo em vista o substrato jurídico, político e social.<sup>54</sup>

## 5.2 PROPORCIONALIDADE

Diante de uma colisão entre direitos fundamentais, muito embora seja indispensável, nem sempre a interpretação constitucional é suficiente. A proporcionalidade se apresenta como um método de solução de conflitos entre direitos ou bens jurídicos que consiste em determinar uma decisão de preferência entre eles. Busca evitar que decisões restritivas de direitos fundamentais tomem dimensões desproporcionais.

Para Canotilho, a ponderação representa uma mudança metodológica no âmbito do direito constitucional, pois admite que não há hierarquia abstrata entre bens constitucionais, devendo-se considerar as circunstâncias do caso concreto, a exigência da realização de um juízo de peso (sopesamento) para a solução e a necessidade de

---

53 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 10 jan. 2009.

54 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 54.

uma fundamentação rigorosa, tendo em vista que são várias as leituras possíveis do conflito.<sup>55</sup>

A atividade interpretativa consiste em atribuir um sentido, um significado aos textos para sua aplicação. O problema de interpretação surge nos casos em que há dúvidas quanto à compreensão da norma aplicável ao caso. No caso da ponderação, haverá um problema relativo a qual norma aplicar ao caso, trata-se de um problema de relevância.<sup>56</sup> Nessa tarefa, busca-se equilibrar e ordenar bens ou direitos em conflito diante de um determinado caso concreto. Para que seja possível alcançar esse resultado, deve-se passar pelos exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido, elementos da proporcionalidade.

Trata-se de um método racional que estrutura o procedimento de verificação de qual norma constitucional deve prevalecer e em que medida, no caso concreto. Permite a satisfação da unidade da constituição, da concordância prática e da eficácia ótima (otimização) dos direitos fundamentais.

A necessidade de sua aplicação decorre da abertura semântica e estrutural dos direitos fundamentais, bem como do caráter principiológico neles contidos. Como salienta Alexy, a ponderação é racional e não se trata de um procedimento em que cada caso conduza a uma única resposta<sup>57</sup>. Não há um único resultado correto possível, a resposta correta, porque a proporcionalidade é um procedimento aberto. Mas, seu resultado pode ser racionalmente fundamentado.

A proporcionalidade é frequentemente utilizada como forma de aferir a legitimidade de restrições a direitos, ou seja, um limite à atuação estatal, que deve ser também proporcional, no sentido de obrigar ao ente estatal, quando da sua atuação, escolher os meios adequados e necessários à consecução de determinado fim de modo a menos restringir direitos fundamentais. Portanto, a atuação estatal limitadora de direitos fundamentais deve observar não apenas a previsão e

---

55 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1109.

56 STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 142, nota nº 442.

57 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 525.

admissibilidade constitucional, mas também a proporcionalidade das restrições estabelecidas.

Nesse sentido, a proporcionalidade pode ser identificada à idéia de proibição do excesso. Contudo, como salienta Luis Virgílio Afonso da Silva, apesar da proporcionalidade ser majoritariamente entendida como um instrumento de controle contra o excesso dos poderes estatais, cada vez mais ganha importância a discussão sobre sua utilização como instrumento contra a omissão ou contra a ação insuficiente do Estado (proibição de insuficiência).<sup>58</sup> Exige-se uma atuação proporcional não apenas nos casos de ação positiva não excessiva do Estado, mas também nos casos em que o Estado deveria atuar para proteger direitos fundamentais e não atua, ou atua de maneira insuficiente.

A proporcionalidade consubstancia-se na análise dos meios utilizados pela Administração como forma de atingimento do fim público que se pretende concretizar.<sup>59</sup> Ela impõe limites à atuação estatal, determinando a observância de uma justa medida entre o direito e a norma que o restringe, ou ainda, impõe que a atuação estatal não seja insuficiente para uma proteção adequada e eficaz de direitos, devendo, em ambos os casos, a relação entre o meio e o fim pretendido ser aquela que promove a máxima efetividade dos direitos envolvidos.

O exame de proporcionalidade é aplicado nos casos em que há uma medida concreta destinada a realizar uma determinada finalidade. Refere-se, portanto, a uma relação meio-fim, sem a qual o exame de proporcionalidade cai por terra, em razão da falta de pontos de referência, por ficar no vazio.<sup>60</sup> Sem uma relação meio-fim não é possível realizar o exame de proporcionalidade, pela falta de elementos que o estructurem. É necessária a relação de causalidade de entre o meio, a medida concreta, e o fim, o estado desejado das coisas.

Na sua aplicação devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame de adequação), de a medida ser a menos restritiva dentre aquelas que poderiam ser utilizadas para

58 SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, ano 91, volume 798, abril/2002, p. 27.

59 CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo*. Parte geral, intervenção do Estado e estrutura da Administração. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 127.

60 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 162.

atingir a finalidade (exame de necessidade) e de que a finalidade pública seja valorosa para justificar a restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito).<sup>61</sup>

## 6 A PROPORCIONALIDADE E SEUS ELEMENTOS

O exame de proporcionalidade exige a obediência à ordem pré-definida de submissão a seus elementos. Isso porque há entre eles uma relação de subsidiariedade<sup>62</sup>. Primeiramente, deve se proceder à análise de adequação. Somente se a medida passar na análise de adequação que será possível proceder a uma análise quanto à necessidade. Da mesma forma, somente se passar no exame de necessidade é que será efetuada a análise da proporcionalidade em sentido estrito. Trata-se de uma progressão lógica do procedimento.<sup>63</sup> É possível, portanto, que a aplicação do exame de proporcionalidade seja exaurido, por exemplo, ainda na fase de análise de adequação, não sendo possível que se prossiga às próximas fases, uma vez que esgotou-se o exame diante da constatação de não adequação da medida.

Antes de prosseguir à especificação dos elementos da proporcionalidade, é importante registrar que existe divergência doutrinária quanto ao número de elementos. Luís Virgílio Afonso da Silva aponta a existência de três posicionamentos.<sup>64</sup> Primeiramente, a corrente majoritária entende que são três os elementos da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.<sup>65</sup> A segunda corrente entende que o exame de proporcionalidade apenas compreende a análise de adequação e de necessidade. Por fim, a terceira corrente, que acrescenta como elemento adicional aos três consagrados pela doutrina majoritária, um pressuposto teleológico. A necessidade de

61 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 162-163.

62 SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, ano 91, volume 798, abril/2002, p. 34.

63 STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 154.

64 SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, ano 91, volume 798, abril/2002, p. 35.

65 Manifestam-se nesse sentido: Celso Antonio Bandeira de Mello, José dos Santos Carvalho Filho, Humberto Ávila, Luís Roberto Barroso, Raquel Melo Urbano de Carvalho, Sérgio Guerra, Suzana de Toledo Barros, Virgílio Afonso da Silva, Willis Santiago Guerra Filho, Wilson Antônio Steinmetz.

obrigatória análise anterior aos demais elementos relativa à legitimidade dos fins perseguidos.

## 6.1 ADEQUAÇÃO

O exame de adequação, também denominado de idoneidade ou conformidade, determina a verificação, no caso concreto, se a medida restritiva (o meio) do direito fundamental oportuniza o alcance da finalidade perseguida.<sup>66</sup> Traduz-se na exigência de compatibilidade entre o fim pretendido e os meios enunciados para sua consecução.<sup>67</sup> Trata-se de verificar se o meio é apto ou capaz de promover a finalidade.

Nesse momento, faz-se uma análise se a medida escolhida é eficaz para contribuir para a promoção do fim, se o meio escolhido realiza ou fomenta minimamente o fim. Não se analisa se é próprio para levar o Estado à finalidade pretendida. O teste de adequação limita-se ao exame da aptidão do meio para fomentar os objetivos visados. Se a medida promove ou fomenta o fim.

Mas o que significa um meio capaz de promover um fim? Isso quer dizer que o meio deve fomentar o fim sob o aspecto quantitativo (intensidade), qualitativo (qualidade) e probabilístico (certeza)? Em termos quantitativos, o meio pode promover mais ou menos um fim. Em termos qualitativos, pode promover melhor ou pior a finalidade. Em termos probabilísticos, com maior ou menor certeza um fim. Mas será que existe a obrigação, no exame da adequação em escolher o meio que mais, melhor e com maior grau de certeza promova o fim? Não. Para satisfazer às exigências de aprovação nesse exame, basta que o meio promova o fim, de qualquer maneira, independentemente de ser aquele que o fomenta de modo mais intenso, melhor ou com maior grau de certeza.<sup>68</sup>

Todo e qualquer meio idôneo que de alguma maneira promova, ainda que minimamente, o fim é um meio adequado. Neste momento,

66 STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 149.

67 SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade: uma abordagem constitucional*. Disponível em: <[www.puc-rio.br/direito/pet\\_jur/cafpatriz.html](http://www.puc-rio.br/direito/pet_jur/cafpatriz.html)>. Acesso em: 18 dez. 2008.

68 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 165-166.

analisa-se somente se a medida colabora para que o objetivo possa ser alcançado. Faz-se uma análise absoluta dos meios, e não comparativa. Verifica-se se o meio utilizado é útil, empírica ou faticamente para promover o objetivo pretendido.

Na verdade, quer se dizer que o meio deve, de alguma maneira, fomentar ou promover a medida pretendida. Adequado, então, não é só o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas é também aquele meio com cuja realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja alcançado ou realizado em sua completude.

Esse exame exige uma relação empírica entre o meio e o fim, na qual o meio promova a finalidade, ainda que parcialmente. Trata-se de uma análise absoluta dos meios, verificando se é apto a fomentar o objetivo pretendido. Pode haver vários meios que promovam o fim e todos eles serão considerados adequados. O meio só será considerado não adequado se a incompatibilidade entre o meio e o fim for manifesta, ou seja, se o meio não fomentar, nem de maneira mínima, o fim. E uma vez constatada a inadequação da medida, encerra-se o exame de proporcionalidade nesta fase, não sendo possível seguir à fase subsequente de análise de necessidade e de proporcionalidade em sentido estrito.

## **6.2 NECESSIDADE**

O exame de necessidade é também denominado de exame de exigibilidade, de indispensabilidade, da menor ingerência ou, ainda, da intervenção mínima. Isso porque nesse exame busca-se identificar qual dentre as medidas adequadas a promover o fim é a que gera a menor restrição possível na espécie. Busca-se, nesse momento, o instrumento menos gravoso, dentre as alternativas anteriormente consideradas adequadas, para alcançar o objetivo pretendido. Persegue-se, nesta fase, a medida considerada a mais eficaz ou efetiva para promover o fim, mas que menos restringe o exercício do direito fundamental por seu titular. Neste momento, analisa-se qual das alternativas gera a menor restrição possível na espécie. Persegue-se o meio menos desvantajoso, aquele que possa igualmente promover o fim escolhido que menos restringe direitos fundamentais. Um ato estatal que limita um direito fundamental só é necessário se o objetivo perseguido não possa ser promovido, com a mesma intensidade, por outro meio menos restritivo.

Diferentemente do exame de adequação, no qual se faz uma análise absoluta dos meios, o exame de necessidade efetua uma análise comparativa entre as medidas adequadas. Nessa fase, realiza-se um cotejo das medidas aptas a promover o fim, escolhendo por aquela que menos restringe direitos. Trata-se da adoção de um parâmetro de eficiência adotando, também, o critério da menor prejudicialidade. Assim, na análise de necessidade questiona-se não a escolha operada, mas sim o meio empregado, devendo ser o mais suave, aquele que gere a menor desvantagem possível

A necessidade procura o meio menos nocivo, menos desvantajoso capaz de produzir a finalidade propugnada pela norma em questão. Traduz-se em exigibilidade material, que reconhece a indispensabilidade da restrição, exigibilidade espacial, que delimita o âmbito de atuação, exigibilidade temporal, segundo a qual a medida coativa deve vigorar pelo menor espaço de tempo possível, e, por fim, exigibilidade pessoal, que determina o ato deve somente se destinar ao conjunto de pessoas cujos interesses devem ser restringidos ou sacrificados.<sup>69</sup>

O exame da necessidade identifica, portanto, a obrigatoriedade de uma ingerência mínima no exercício do direito fundamental pelo seu titular e a comparação entre as medidas restritivas anteriormente consideradas adequadas para verificar concretamente qual dentre elas é menos gravosa ou restringe em menor escala o direito em questão.

Somente após a superação relativamente à necessidade da medida é que será possível seguir à fase subsequente de análise da proporcionalidade em sentido estrito.

### 6.3 PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

O exame de proporcionalidade em sentido estrito se traduz na ponderação, no sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida

---

69 SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade: uma abordagem constitucional*. Disponível em: <[www.puc-rio.br/direito/pet\\_jur/cafpatriz.html](http://www.puc-rio.br/direito/pet_jur/cafpatriz.html)>. Acesso em: 18dez 2008. Ver também CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo*. Parte geral, intervenção do Estado e estrutura da Administração. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 130, nota nº 271.

restritiva.<sup>70</sup> Nesta fase, analisar-se-á o equilíbrio entre eventuais danos causados (carga coativa) e as vantagens (benefício social) decorrentes do atingimento do objetivo pretendido.<sup>71</sup> O resultado obtido com o ato estatal dever ser proporcional a carga coativa, ou seja, deve haver correspondência entre meio e fim.

Faz-se a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais: o grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais? As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção da medida? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?

Trata-se de ponderação entre o gravame imposto e o benefício trazido. Busca-se, com isso, aferir o equilíbrio entre os eventuais danos causados ao cidadão e as vantagens decorrentes do atingimento da finalidade pretendida. Realiza-se o sopesamento entre a intensidade da restrição a um direito atingido e a importância da realização de outro direito que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida. Para que seja considerada desproporcional não é necessário que a medida não realize um direito fundamental ou atinja seu núcleo essencial, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito atingido.

Nesse momento, os meios e os fins são equacionados mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcional em relação ao fim. Trata-se de uma análise da justa medida.<sup>72</sup> Busca-se, com essa análise, estabelecer uma correspondência entre o fim a ser alcançado e o meio empregado que seja juridicamente a melhor possível.

Diferencia-se do exame de necessidade, no sentido de que enquanto neste se busca a otimização com relação às possibilidades

---

70 SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, ano 91, volume 798, abril/2002, p. 40.

71 CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo. Parte geral, intervenção do Estado e estrutura da Administração*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 131.

72 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 263.

fáticas, no exame da proporcionalidade em sentido estrito, busca-se a otimização de possibilidades jurídicas.<sup>73</sup>

## 7 CONCLUSÃO

A proporcionalidade decorre de uma posição teórica relativamente à estrutura dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais não absolutos e ilimitados. A limitação desses direitos decorre de vários fatores, tais quais a própria sociabilidade humana, seu desenvolvimento sob uma perspectiva histórica e seu aspecto dogmático-constitucional. Sua limitação determina o alcance material do direito fundamental.

Verifica-se a ocorrência, *in concreto*, de conflitos entre direitos fundamentais, denominados colisão. Diante de sua ocorrência, a proporcionalidade se apresenta como um método racional, aplicável em uma análise concreta de uma relação meio-fim, que estrutura o procedimento de determinar a prevalência de um direito ou bem jurídico em detrimento de outro, solucionando o conflito, de modo a impor ao Estado uma atuação proporcional nos casos de restrição a direitos fundamentais, tendo em vista sua otimização.

Primeiramente, foi possível concluir, neste trabalho, que a depender do critério distintivo entre normas jurídicas (princípios e regras) adotado, pode-se classificar a proporcionalidade em regra ou princípio. Caso se adote o critério que tem por base a estrutura de aplicação de tais normas, sem analisar, contudo, a sua importância no ordenamento, o seu caráter fundamental, é possível classificar a proporcionalidade como uma regra. Caso seja adotado o critério que tem por base o grau de abstração e de fundamentalidade das normas jurídicas, pode-se classificar a proporcionalidade como um princípio.

Outro ponto importante é referente à identidade ou diferença entre proporcionalidade e razoabilidade. Conclui-se, que são conceitos jurídicos distintos, pois possuem origem histórica diversa e estruturas completamente diferentes.

Atribui-se à razoabilidade origem anglo-saxônica, inicialmente ligada à noção de irrazoabilidade, e à proporcionalidade origem

---

<sup>73</sup> ALEX Y, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 112-113.

desenvolvimento analítico e ordenado do direito alemão e da jurisprudência do tribunal constitucional deste país. Quanto à estrutura, a razoabilidade refere-se a uma relação entre a medida adotada e o critério da norma, possuindo uma forma de aplicação muito mais flexível se comparada à proporcionalidade, relação entre o meio adotado e o fim pretendido, que exige a submissão aos seus elementos com observação a uma determinada ordem (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) tendo em vista a relação de subsidiariedade entre eles.

A conceituação estipulada para proporcionalidade e para razoabilidade evidencia que são fenômenos jurídicos distintos a serem compreendidos. Utilizá-los com sinônimos, ao invés de clarificar ou explicar, acaba por confundir. Tratar fenômenos diversos empregando um só termo dificulta a interpretação e a aplicação do Direito, impede a fundamentação baseada em critérios racionais, limita a possibilidade de controle das decisões.

A clarificação de definições das categorias utilizadas na interpretação e na aplicação do Direito promove certeza e segurança jurídica. Um sistema jurídico é mais coerente quando as conexões entre os seus elementos são mais específicas. E foi nesse sentido, de buscar melhor esclarecer o conteúdo da proporcionalidade, que foi desenvolvido este trabalho.

## 8 REFERÊNCIA

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. 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 10/01/2009.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Disponível em: <http://www.jurisnet-rn.com.br>. Acesso em 18/12/2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo*. Salvador: JusPODIVIM, 2008.

DOWRKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito aplicada ao direito processual e à teoria da constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

\_\_\_\_\_. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, São Paulo: Malheiros, 2001.

GUERRA, Sérgio. O princípio da proporcionalidade na pós-modernidade. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 10/01/2009.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SICHES, Luis Recaséns. *Introducción al estudio Del derecho*. 6. ed. México: Porrúa, 1981.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, ano 91, volume 798, abril/2002.

\_\_\_\_\_. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: *Revista latino-americana de estudos constitucionais*. Coord.: Paulo Bonavides, n. 1, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade: uma abordagem constitucional*. Disponível em: <[http://www.puc-rio.br/direito/pet\\_jur/cafpatriz.html](http://www.puc-rio.br/direito/pet_jur/cafpatriz.html)>. Acesso em: 18 dez. 2008.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.



# MÍNIMOS FUNDAMENTOS NECESSÁRIOS PARA A DISCUSSÃO DAS COTAS RACIAIS PARA O INGRESSO DOS NEGROS NAS UNIVERSIDADES

*Rui Magalhães Piscitelli*  
*Advogado, Pós-graduado em Processo Civil,*  
*Bacharel em Ciências Contábeis,*  
*Especialista em Finanças,*  
*Mestre em Direito Constitucional*

SUMÁRIO: 1 Um Necessário Retrospecto da Evolução dos Direitos Fundamentais; 2 Um Pouco sobre as Igualdades; 3 Por que Cotas Raciais e não Sociais e a Razão da Discriminação Positiva; 4 Definição Racial; 5 Cotas Raciais como Solução Definitiva?; 6 Conclusões; 7 Referências.

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo trazer, à sempre presente discussão da implantação das cotas raciais para o ingresso do negro na Universidade, alguns fundamentos que apontam para aspectos que devem ser levados em consideração no cenário científico, e, também, no palco da formulação de políticas públicas do setor. Esses fundamentos mínimos são trazidos, na sua grande maioria, da dissertação de Mestrado defendida pelo Autor sobre o tema, onde, nesta, é feita uma análise bem mais aprofundada do tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ações afirmativas. Cotas. Negros. Universidades públicas. Constitucionalidade.

**ABSTRACT:** This article aims to bring to the ever-present discussion of the deployment of racial quotas for admission at the University of black, some fundamentals that point to aspects that should be taken into account in setting scientific, and also on the stage of formulating public sector policies. These reasons are brought minimum, the vast majority of the Master's dissertation, defended by Author on the topic, where, in this, there is a much more thorough analysis of the subject.

**KEYWORDS:** Affirmative actions. Reserve. Blacks. Public universities. Constitutionality.

Libertar a história das suas nostalgias de eternidade, virar a ampulheta para produzir extensões de tempo neguentrópico, apreender o Kairos entre acaso e necessidade, conciliar ritmos sociais sempre ameaçados de discronia. Estas são as apostas do compasso de quatro tempos que nos preparamos agora para tocar.<sup>1</sup>

## 1 UM NECESSÁRIO RETROSPECTO DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos humanos, originariamente, tiveram como função fazer com que o Estado não interferisse, ou o fizesse no menor grau possível, na autonomia privada dos cidadãos, ou seja, os direitos dos indivíduos perante o Estado se caracterizavam como de defesa<sup>2</sup>. O cenário de então, com a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 1789, - marcos do início da era contemporânea - estava ainda muito ressentido pelo Estado absolutista até então vigente.

Sobre o termo gerações de direitos, SARLET prefere descartar o seu uso, em prol do termo dimensão, pois, este sim, denota a complementariedade entre os direitos sucessivamente, e não, substitutividade, como faz expressar aquele primeiro vocábulo<sup>3</sup>.

Nesse estágio, que a doutrina convencionou chamar de 1<sup>a</sup> dimensão, as garantias aspiradas diziam respeito à liberdade individual, de empresa e de pensamento. A igualdade formal bastava em um momento em que os agentes econômicos participavam de um sistema de livre concorrência. Assim o vemos em ALEXY: “Los derechos de defensa del ciudadano frente al Estado son derechos a acciones negativas (omisiones) del Estado”<sup>4</sup>.

1 OST, François. *O tempo do Direito*. Lisboa: Piaget, 1999. p. 46.

2 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 54.

3 SARLET, op. cit., 2004. p. 53.

4 Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 419.

Contudo, a sociedade se transformava rapidamente, e, ao Estado, não era mais suficiente que garantisse somente os direitos de defesa aos cidadãos. A Revolução Industrial, como efetivamente provocou crescimento econômico, também aumentava cada vez mais a desigualdade na repartição da riqueza.

No final do século XIX, surgem movimentos sociais e, com eles, novas concepções filosóficas e econômicas. Karl Marx foi um dos maiores críticos do sistema então vigente, diagnosticando a concentração de renda que estava sendo gerada pelo processo de industrialização, fazendo com que cada vez mais o excedente do tempo de trabalho dos operários fosse apropriado pelos donos dos fatores de produção. Nas palavras de PINHO<sup>5</sup>:

O capitalismo atomizado e concorrencial do início do século XIX cederá lugar a um capitalismo molecular ou de grandes concentrações econômicas, de forte tendência monopolística; o Estado abandonará sua passividade de simples guardião da ordem para interferir, cada vez mais, no campo econômico[...]

Assim, surgem os direitos fundamentais de segunda dimensão, calcados nos ideais sociais das Constituições do México, 1917, e de Weimar, 1919, demonstrando uma preocupação para que o Estado, sim, interfira positivamente na sociedade, justamente nos âmbitos econômico, social e cultural. Veja-se: aqui já falamos de ações positivas do Estado na sociedade.

Sobre o assunto, que toca diretamente ao objeto do presente artigo, a igualdade: "...estes direitos fundamentais, no que se distinguem dos clássicos direitos de liberdade e igualdade formal, nasceram abraçados ao princípio da igualdade, entendida esta num sentido material"<sup>6</sup>.

Nessa quadra, o Estado passa a ter uma participação ativa na sociedade. Na história do século XX, passamos a conviver com o *Welfare State*, o Estado de bem-estar social. Progressivamente, mais recursos públicos são destinados a gastos sociais, como saúde, educação e

5 PINHO, Diva Benevides, et al. *Manual de Economia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 41.

6 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito constitucional*. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 1997. p. 518.

previdência social. O Estado passa a ser devedor de prestações positivas da sociedade, como nos ensina ALEXY:

Para el problema de los derechos subjetivos a prestaciones tienen importancia, sobre todo, las decisiones en las que no solo se habla - como suele suceder - de obligaciones objetivas Del Estado, sino que, además, se analizan derechos subjetivos a acciones positivas.<sup>7</sup>

Repise-se, temos a mudança do paradigma do Estado, de um modelo passivo para um ativo. E é nesse viés, que temos espaço para as ações afirmativas, no caso presente, como espécie, as cotas raciais.

Ainda, aponta-nos SARLET uma terceira dimensão dos direitos fundamentais. Nesta, a titularidade sai do indivíduo passando para a coletividade, o povo, a nação. Ressalta a importância dos direitos à paz e ao meio-ambiente sadio. Como matiz de sua caracterização, exigem uma postura eminentemente negativa. Digno de nota, SARLET os enquadra como atualização dos direitos da 1ª dimensão, adaptados às novas exigências da nova sociedade contemporânea.

Anote-se, ainda, que SARLET nos noticia a categoria da 4ª dimensão dos direitos fundamentais, mas alerta: “...no entanto, ainda aguarda sua consagração na esfera do direito internacional e das ordens constitucionais internas”<sup>8</sup>. Direito à informação e à participação popular direta, dentre outros, marcam essa nova dimensão, na qual o ponto realmente diferenciador é a garantia de capacitação dos indivíduos para fazerem parte de uma sociedade globalizada<sup>9</sup>.

Por fim, a despeito de contarmos com direitos fundamentais de dimensões elevadíssimas, não podemos nos esquecer de lhes emprestar efetividade, busca que é bem assinalada por CLÉVE<sup>10</sup>, em face de que, desde o início dos anos 90, o Brasil passou a conhecer uma nova geração

7 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 422.

8 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 59.

9 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito constitucional*. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 1997. p. 526.

10 CLÉVE, Clemerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. In: *Uma vida dedicada ao Direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo: RT, 1995. p. 33-53.

de constitucionalistas, com o propósito de efetivar os princípios e valores do texto da Carta para o mundo real. E, no nosso caso em estudo, essa efetivação não pode deixar de passar ao largo a implementação da igualdade material pelo Estado brasileiro.

## 2 UM POUCO SOBRE AS IGUALDADES

O conceito de igualdade acompanhou a evolução dos direitos fundamentais, tal que, no seu nascedouro, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, aquela era tida em seu aspecto formal. E, aqui, já nos valem de RIOS, quando define contextualizadamente aquela como a “proibição da instituição de qualquer distinção fundada nos critérios proibidos de diferenciação, gerando, por assim dizer, um direito à indiferença”, sempre tomando o paradigma abstrato e universalizante de comparação dos padrões dos grupos dominantes, produzindo, assim, uma pseudoneutralidade<sup>11</sup>. Isso porque era pressuposto que as condições fáticas entre os cidadãos eram equânimes, aliás, essa a grande vitória do movimento de 1789, tendo em vista que a Revolução saíra vencedora por acabar com as distinções nobilísticas do *Ancien Regime*. Ou nas palavras de BELLINTANI<sup>12</sup>: “passou-se a vislumbrar na igualdade uma exigência de vedar tais privilégios e discriminações, pois só assim seria possível estabelecer uma verdadeira igualdade”. Ainda, na mesma linha, SILVA JÚNIOR<sup>13</sup>:

Em sua fase embrionária, portanto, o direito de igualdade surge como antítese dos privilégios, reivindicando a igual dignidade dos humanos, e, em consequência, impondo ao Estado o dever de editar regras gerais e impessoais, não-individuadas, ancorado no pressuposto de que as aptidões intelectuais, a capacidade e o mérito de cada um constituiriam requisitos a partir do qual seriam distribuídos os bens e as vantagens, e com base no qual floresceriam e se desenvolveriam as potencialidades humanas. A sociedade de

11 RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e o direito da antidiscriminação: discriminação direta, discriminação indireta e as ações afirmativas no direito constitucional estadunidense*. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004, p. 27-29.

12 BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Ação afirmativa e os princípios do Direito. A questão das quotas raciais para ingresso no ensino superior no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 22.

13 SILVA JÚNIOR, Hélio. Ação afirmativa na Constituição de 1988. In: BENTO, Maria Aparecida Silva et al. *Ação afirmativa e diversidade no trabalho: desafios e possibilidades*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000. p. 123.

privilégios transmuda-se, então, ao menos no plano estritamente formal, em sociedade meritocrática.

Contudo, os movimentos econômicos e sociais dos séculos XVIII e XIX reforçaram a desigualdade fática entre os homens, a ponto de se chegar à indagação de COMPARATO<sup>14</sup>:

O reconhecimento incontestável, nos dias que correm, de que os homens nascem iguais, em dignidades e direitos, mas vivem, freqüentemente, em situações das mais escandalosa desigualdade quanto às condições sócio-econômicas básicas (educação, saúde, habitação, trabalho, previdência), não estaria a indicar que o velho princípio da isonomia acabou sendo superado na prática?

Evoluímos, então, para a conceituação da igualdade em seu sentido material. Na verdade, idéia presente já na Antigüidade clássica, em Aristóteles, de que deve haver tratamento igualitário entre os iguais e diferenciado os desiguais. Veja-se que mesmo em KELSEN já tínhamos tal noção da necessidade de diferenciação jurídica para comportar a desigualdade fática existente<sup>15</sup>:

A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres.

Importante destacarmos a respeito é que, sob o manto do quesito mérito, pode estar escondida a discriminação racial na sua forma indireta. Melhor dizendo, o argumento do mérito individual de cada um como critério exclusivo para a conquista do bem da vida peca pelo fato de favorecer a manutenção do status vigente, altamente discriminador. Importante ponto sobre a matéria ora sob exame é refletirmos sobre

14 COMPARATO, Fábio Konder. *Igualdades, Desigualdades*. São Paulo, Revista Trimestral de Direito Público, Malheiros, 1996. p. 77.

15 KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução Ch. Einsenmann. 2. ed. Paris, 1962, p. 190. Apud: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 11.

os dois tipos de mérito que deveriam ser considerados, quais sejam, o mérito da chegada, utilizado com o fundamento de uma neutralidade, na verdade, inexistente, e o mérito do percurso, este sim considerando as vitórias no decorrer de uma trajetória altamente díspar de condições entre indivíduos sectarizados na nossa sociedade. JÚNIOR utiliza a expressão “linha de largada”, no caso brasileiro, extremamente desigual que é entre os negros e os brancos, para justificar a necessidade de adoção das ações afirmativas no combate ao mito indiscriminado do mérito<sup>16</sup>. E SANTOS<sup>17</sup> nos questiona:

Deve-se considerar somente o mérito de chegada, aquele que se vê ou se credita somente no cruzamento da linha de chegada: na aprovação do vestibular: Ou considerar também o mérito de trajetória, aquele que se computa durante a vida escolar dos estudantes, que leva em consideração facilidades e dificuldades dos alunos para concluir os seus estudos?

### 3 POR QUE COTAS RACIAIS E NÃO SOCIAIS E A RAZÃO DA DISCRIMINAÇÃO POSITIVA

Nas palavras de CARVALHO, analisando os reflexos na auto-estima da população negra causados pelo sistema de reserva de vagas, antevê o Autor que a disputa por elas tenderá a crescer muito, demonstrando que o negro brasileiro, além do estresse social, realmente sofre mais um, qual seja, o estresse racial, sendo, pois, o negro pobre muito mais prejudicado do que o branco pobre no Brasil, provocando que sua auto-estima seja mais baixa do que a do branco<sup>18</sup>.

O mais provável é que a abertura de cotas atue positivamente sobre a auto-estima da população negra e o contingente de candidatos negros cresça consideravelmente. Estudantes negros também de outros estados da nação, que até agora têm se intimidado diante da elitização do nosso vestibular, tentarão suas chances através do

---

16 JÚNIOR, João Feres. Aspectos normativos e legais das políticas de ação afirmativa. In: JÚNIOR, João Feres e ZONINSEIN Jonas (orgs). *Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas*. Brasília: Universidade de Brasília, 2006. p. 46-62.

17 SANTOS, Sales Augusto dos. Ação afirmativa e mérito individual. In: OLIVEIRA, Iolanda de, et al. *Negro e Educação - Identidade negra - pesquisas sobre o negro e a educação no Brasil*. Rio de Janeiro: Vozes, 2003. p. 30.

18 CARVALHO, José Jorge de. *Inclusão étnica e racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior*. São Paulo: Attar, 2005. p. 48.

sistema de cotas. Eis porque acreditamos que esses 20% de vagas sejam disputados intensamente.

Na mesma linha, SILVA<sup>19</sup>:

A situação deficitária de acesso à educação e ao trabalho dos negros tem raízes que remontam ao colonialismo e à escravidão, produzindo ainda hoje nefastos resultados. Como a discriminação racial está presente na área educacional o desenvolvimento e a especialização dos afrodescendentes ficam prejudicados, discriminados que são duplamente pela condição racial e socioeconômica, culminando na dificuldade de êxito escolar e de acesso a posições melhor remuneradas no mercado de trabalho. Esse quadro gera um círculo vicioso de pobreza, insucesso escolar e marginalização social.

Assim também ZONINSEIN quando nos indica que a autoconfiança dos negros pode ser em muito beneficiada com a inclusão dos beneficiários das ações afirmativas raciais na elite social, tendo em vista a criação de modelos a serem seguidos<sup>20</sup>.

Para introduzirmos a problemática de se a inserção via ação afirmativa, na sua espécie da política de cotas, deve focar o critério social, o critério racial, ou ambos, trazemos à luz ponderação de QUEIROZ<sup>21</sup>:

Embora o Brasil seja um país de população diversa racialmente, portador de uma história de profundas desigualdades entre negros e brancos, as análises sobre o caráter seletivo da educação têm se centrado, de modo geral, no exame dos determinantes econômicos, negligenciando o efeito de outros marcadores sociais, como o gênero e a raça, que têm, seguramente, uma forte participação na equação que exclui significativas parcelas da sociedade das oportunidades

---

19 SILVA, Luiz Fernando Martins da. Estudo sócio-jurídico relativo à implementação de política de ação afirmativa e seus mecanismos para negros no Brasil: aspectos legislativo, doutrinário, jurisprudencial e comparado. *Ministério da Educação - Brasil*. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/estudosociojuridico.pdf>>. Acesso em 06 jun. 2006.

20 ZONINSEIN, Jonas. Minorias étnicas e a economia política do desenvolvimento, p. 63-78. In: JÚNIOR, João Feres e ZONINSEIN Jonas (orgs). *Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas*. Brasília: Universidade de Brasília, 2006.

21 QUEIROZ, Delcele Mascarenhas O vestibular e as desigualdades raciais. In: OLIVEIRA, Iolanda de et al. *Negro e Educação - Identidade negra - pesquisas sobre o negro e a educação no Brasil*. Rio de Janeiro: Vozes, 2003. p. 7-8.

de acesso ao sistema de ensino, sobretudo no seu patamar mais elevado.

No entanto, para termos um fator discriminante justificável sob o prisma da igualdade material, como trazemos aqui, qual seja, a cor, tal ponto não deve ser arbitrário senão fruto da constatação fática no seio da sociedade, daí o suporte nas estatísticas que apresentaremos. A respeito, muito bem nos assinala SANTOS:

Ao considerar a delimitação do campo dessa pesquisa, há um único público-alvo focado: os negros. Assim sendo e atentando para a definição de ações afirmativas, faz-se necessário saber se os pós-graduandos da UnB concordam que os negros são discriminados racialmente no Brasil ou, como afirma Guimarães (1997), se esse grupo racial vive, de fato, uma situação de inferiorização no âmbito social geral, visto que um dos grandes problemas em discutir ações afirmativas para os negros no Brasil deve-se ao fato de não haver um consenso substancial na sociedade brasileira sobre a desigualdade racial, premissa fundamental para ensejar a adoção de políticas afirmativas.<sup>22</sup>

E a justificação de tal diferenciação em prol das cotas raciais deve ser buscada na inferiorização da inserção do negro na sociedade em relação ao branco. Abaixo, trazemos importantes relatos colhidos de uma escola de ensino fundamental do Estado de São Paulo, que muito bem expõem que a discriminação do afeto em muito prejudica a autoestima da população negra:

Estudos recentes da pedagoga Eliane dos Santos Cavalleiro, entre outros autores, demonstraram o contrário. Ao realizar a sua pesquisa de Mestrado em uma escola de educação infantil municipal na região central de São Paulo que atende a uma população de baixa renda, Cavalleiro concluiu que a origem racial condiciona um tratamento diferenciado na escola, ou seja, que o cotidiano da educação infantil é marcado por preconceitos e discriminações raciais de professores contra os alunos negros. Segundo Cavalleiro, em um de seus exemplos a familiaridade com a dinâmica da escola permite perceber

---

22 MARTINS, S. da S. Ação afirmativa e desigualdade racial no Brasil. *Estudos feministas*, v.4, n.1, p. 202. Apud: SANTOS, Sales Augusto dos. Ação afirmativa e mérito individual. In: OLIVEIRA, Iolanda de, et al. *Negro e Educação - Identidade negra - pesquisas sobre o negro e a educação no Brasil*. Rio de Janeiro: Vozes, 2003. p. 24-25.

a existência de um tratamento diferenciado e mais afetivo dirigido às crianças brancas. Isto é bastante perceptível quando analisado o comportamento não-verbal que ocorre nas interações professor/aluno branco, caracterizadas pelo natural contato físico acompanhado de beijos, de abraços e de toques. Isso é bastante visível no horário da saída, quando os pais começam a chegar para pegar seus filhos. Observando o término de um dia de aula, foi possível contabilizar um número três vezes maior de crianças brancas sendo beijadas pelas professoras em comparação às crianças negras: dez crianças brancas para três negras. Também durante as atividades, é possível constatar a existência de um tratamento mais afetivo em prol da criança branca. Desse modo, na relação com o aluno branco as professoras aceitam o contato físico através de abraço, beijo ou olhar, evidenciando um maior grau de afeto. O contato físico demonstrou ser mais escasso na relação professor/aluno negro. As professoras ao se aproximarem das crianças negras mantêm, geralmente, uma distância que inviabiliza o contato físico. É visível a discrepância de tratamento que a professora dispensa à criança negra, quando comparamos com a criança branca.<sup>23</sup>

E também de CAVALLEIRO colhemos relato da discriminação sofrida na prática pelos negros<sup>24</sup>:

A familiaridade com a dinâmica da escola permite perceber a existência de um tratamento diferenciado e mais afetivo dirigido às crianças brancas. Isso é bastante perceptível quando analisado o comportamento não-verbal que ocorre nas interações professor/aluno branco. Nela é natural o contato físico, acompanhado de beijos, de abraços e de toques. Isso é bastante visível no horário da saída, quando os pais começam a chegar para pegar seus filhos. A menina Solange (branca) despede-se da professora com um beijo e esta retribui. Observando o término de um dia de aula, foi possível contabilizar um número três vezes maior de crianças brancas sendo beijadas pelas professoras em comparação às crianças negras: dez crianças brancas para três negras.

---

23 CAVALLEIRO, Eliane dos Santos. Do silêncio do lar ao silêncio escolar: racismo, preconceito e discriminação na educação infantil. São Paulo: Contexto, 2000, p. 213-214. Apud: SANTOS, Sales Augusto dos. Ação afirmativa e mérito individual. In: OLIVEIRA, Iolanda de, et al. *Negro e Educação - Identidade negra - pesquisas sobre o negro e a educação no Brasil*. Rio de Janeiro: Vozes, 2003. p. 28.

24 CAVALLEIRO, Eliane dos Santos. Do silêncio do lar ao silêncio escolar: racismo, preconceito e discriminação na educação infantil. São Paulo: Contexto, 2000. p. 72.

SANTOS também nos traz outro caso extremamente chocante, que muito bem retrata o processo de inferiorização que o negro sofre desde a sua infância:<sup>25</sup>

Pode-se citar como exemplo dessas conseqüências graves o que ocorreu numa escola pública municipal, em Hortolândia, interior do estado de São Paulo, em 24 de setembro de 1997. Por não entender o que a professora estava dizendo, uma aluna negra, de 9 anos, resolveu chamá-la usando a expressão tia. A educadora que estava substituindo a professora responsável pela turma reagiu da seguinte maneira: Olhe para minha cor e para a sua. Veja se posso ser sua tia. No mesmo dia e na mesma aula, outro aluno também negro a chama novamente de tia. A professora se irrita novamente, coloca o braço dela junto ao dele e responde: Está vendo como somos diferentes: Não posso ser sua tia!. Depois desse acontecimento, o rendimento escolar da aluna caiu. Segundo a mãe da aluna, no fim do ano letivo, ela (a filha) chorava sem parar e começou a reclamar de fortes dores pelo corpo. Seus braços e pernas ficaram paralisados, ela não andava e voltei a lhe dar banho e comida na boca.

SILVEIRA reforça a diferença abissal de tratamento dada aos brancos e aos negros e suas conseqüências nefastas para a formação do futuro cidadão<sup>26</sup>:

Refletindo sobre trajetórias escolares de estudantes oriundos de famílias atingidas pelo fenômeno da pobreza aliado ao do racismo que atinge as famílias negras, estudos, como os de Hasenbalg, Rosenberg e Barcelos, entre outros, descobrem informações importantes para a compreensão do peso que têm as relações raciais como co-produtoras de diferenças significativas nas condições de vida dos negros brasileiros, pela determinação de suas histórias de vida escolar e de trabalho. Em grande parte, as trajetórias apresentam-se erráticas, marcadas por descontinuidades e defasagens em comparação às de outros grupos raciais.

---

25 SANTOS, Sales Augusto dos. Ação afirmativa e mérito individual. In: OLIVEIRA, Iolanda de, et al. *Negro e Educação - Identidade negra - pesquisas sobre o negro e a educação no Brasil*. Rio de Janeiro: Vozes, 2003, p. 29, citando Raça Brasil, ano 6, n. 53, jan., 2001. p. 82.

26 SILVEIRA, Marly. Pluralidade cultural ou atualidade do mito da democracia racial? In: BENTO, Maria Aparecida Silva et al. *Ação afirmativa e diversidade no trabalho: desafios e possibilidades*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000. p. 59-60.

A sociedade identifica perfeitamente quem é negro para efeitos discriminatórios, e muito bem, não tendo suporte fático suficiente a alegação de que a identificação dos beneficiários negros é impossível numa sociedade altamente miscigenada como a nossa. Assim sendo, por que não transformamos essa fácil identificação para discriminar em um sentido de selecionar os beneficiários para serem alvo de uma ação afirmativa?

Dada essa discriminação praticada diariamente, CRUZ fundamenta a necessidade de termos cotas raciais, além das sociais, demonstrando que a visão tão-só econômica não é suficiente para a resolução do problema hoje enfrentado pelos negros no Brasil<sup>27</sup>:

Todavia, a discriminação não pode ser encarada como um fenômeno puramente econômico, mesmo que, especialmente nos casos da mulher e do negro, existam causas/fatores de caráter econômico que concorreram para seu aparecimento. Fosse de outra maneira, deveríamos encontrar uma solidariedade de homens e mulheres, brancos e negros, heterossexuais e homossexuais, são e portadores de deficiência numa mesma classe social. No entanto, não é o que se percebe. Mesmo o mais humilde camponês encontra prazer em sentir-se homem, pois essa condição lhe permite uma posição de superioridade na comunidade, algo que o diferencia e o torna mais aceitável socialmente. Assim, também o operário branco que se sente melhor e com direitos a maiores benefícios do que os operários negros.

A discriminação não deve, pois, ser enfocada apenas sob o prisma do dado econômico, ignorando elementos socioculturais, antropológicos e psicológicos essenciais ao tema. Tanto o marxismo quanto o neoliberalismo mostram-se incapazes de uma correta abordagem do problema.

Na mesma linha da dupla discriminação sofrida pelos negros, a despeito de firmar a diferença entre a discriminação norte-americana e brasileira contra o negro, assenta KAUFMANN que, lá, a causa exclusiva é a cor, ao passo que, no Brasil: “[...] Há fortes indícios de

---

27 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença*: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 171.

que, pelos menos, dois fatores concorrem para a exclusão do negro brasileiro: a cor e a classe econômica desfavorável”<sup>28</sup>.

Feres Júnior & Zoninsein, reforçando a necessidade de termos cotas raciais, independentemente das sociais, trazem-nos que o crescimento econômico fruto do Estado de bem-estar social não resolveu o problema da discriminação racial<sup>29</sup>.

Bem assim Guimarães: “Existe um resíduo nas explicações sobre as desigualdades de renda, educação e habitação, saúde, etc. que deve ser atribuído a diferenças raciais”<sup>30</sup>.

Trazemos, em homenagem ao nosso constitucionalismo, também em auxílio os ensinamentos de MORAES, ao bem distinguir as diferenciações arbitrárias dos tratamentos materialmente isonômicos, estes, legítimos, através do tratamento desigual aos desiguais:

Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualem, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo Direito, sem que se esqueça, porém, como ressalvado por Fábio Konder Comparato, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal.<sup>31</sup>

---

28 KAUFMANN, Roberta Fragozo Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 225.

29 FERES JÚNIOR, João; ZONINSEIN Jonas (Orgs.). *Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas*. Brasília: Universidade de Brasília, 2006. p. 11.

30 GUIMARÃES, Antônio Sérgio. *Racismo e anti-racismo no Brasil*. São Paulo: Editora 34, 1999. p. 186-187.

31 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 15. ed. 2004. p. 66.

#### 4 DEFINIÇÃO RACIAL

Discussão que vem atrelada à adoção da política de cotas raciais é acerca da própria existência biológica desta, que vem tendo o veredito de inexistência por parte da ciência<sup>32</sup>:

Recente pesquisa do biólogo Alan Templeton comprovou, cientificamente, a inexistência de diferenças raciais significativas no genoma humano. Ao comparar mais de 8000 amostras genéticas, o pesquisador constatava que as diferenças genéticas entre grupos das mais distintas etnias são insignificantes. Para que o conceito de raça tivesse validade científica, essas diferenças teriam de ser muito maiores.

Logo, quando constatamos a discriminação racial, temos de ter como fundamento diferenciador a desigualdade de sua inserção nas boas estatísticas socioculturalmente, e não o fator genético. Defender este critério para elegermos os beneficiários das ações afirmativas raciais levaria a uma desmoralização científica desse intento. A respeito<sup>33</sup>:

Assim, por maiores diferenças biotípicas, entre escandinavos, asiáticos, africanos e esquimós, o genótipo deles indica uma única raça na espécie do *Homo sapiens*. Logo, o racismo deve ter suas origens trabalhadas no âmbito sociocultural e não das ciências naturais.

Na doutrina, PINHO ratifica a posição de a raça geneticamente não ter influência sobre a sociabilização; ao invés disso, a cultura passa a ser a responsável pela discriminação hoje praticada<sup>34</sup>:

Na verdade, o termo raça refere-se ao uso de diferenças fenotípicas como símbolos de distinção social. Significados raciais são,

---

32 GODOY, Norton. Somos todos um só. In: Revista "Istoé", de 15 de novembro de 1998. Apud: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 149.

33 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 149.

34 Cfme. trecho tirado da resenha feita por Osmundo de Araújo Pinho, publicado na revista Estudos afro-asiáticos, ano 24, n. 2, 2002, 416, do livro do cientista político african-american Michel Hanchard, intitulado: Orfeu e Poder. Movimento Negro no Rio e São Paulo. Rio de Janeiro: UERJ/UCAM-Centro de Estudos Afro-asiáticos, 2001.

nesse sentido, culturalmente e não biologicamente construídos, distinguindo-se, a partir da inserção nestas categorias, lugares sociais dominantes e dominados. Raça é, assim, síntese de diferenças fenotípicas, mas também de status, de classe, de diferenças, em suma, políticas, portanto, podemos dizer que relações de raça são relações de poder. A partir deste ambiente, constituído por relações raciais, modos de consciência racial emergem; tal consciência é definida como o resultado dialético do antagonismo entre grupos sociais justamente definidos como raças no curso de um processo histórico.

## 5 COTAS RACIAIS COMO SOLUÇÃO DEFINITIVA?

A política de cotas, como espécie do gênero ação afirmativa, tem encontrado muita resistência, quer nacional, quer internacionalmente. A principal crítica, além de várias outras plasmadas no presente trabalho e, modestamente, com tentativas de respostas por nós apresentadas, é de que as cotas dão um caráter de fixidez àquela política estatal, não refletindo a real situação de disparidade de determinado grupo no conjunto da sociedade. Já de início, GOMES traz à lume que a política de ações afirmativas não se resume à adoção das cotas:

no pertinente às técnicas de implementação das ações afirmativas, podem ser utilizados, além do sistema de cotas, o método do estabelecimento de preferências, o sistema de bônus e os incentivos fiscais (como instrumento de motivação do setor privado). Noutras palavras, ação afirmativa não se confunde nem se limita às cotas.<sup>35</sup>

No entanto, pensamos que, no caso brasileiro, ainda que como política de curto prazo, impõe-se a adoção da política de cotas para o acesso dos negros à Universidade, dada a situação de extrema exclusão a que hoje esse grupo da sociedade é submetido, como neste trabalho constataremos com dados estatísticos. Assim, a sub-regra da necessidade da regra da proporcionalidade, pensamos, fica justificada na maioria dos programas que já analisamos, ressaltando que, como veremos adiante, essa análise do respeito à proporcionalidade deve ser feita caso a caso. Em outras palavras, é necessário um “choque” cultural inicial, que só um programa de cotas fixas pode oferecer, tomando-se, todavia, desde o planejamento de tal política, vários cuidados necessários, os que serão

---

35 GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa: aspectos jurídicos*. Racismo no Brasil. São Paulo: Peirópoles Abong, 2002. p. 142.

também objeto do presente estudo, tais como uma entrevista pessoal com o candidato autodeclarado negro, a temporariedade, a adequação às diferenças raciais regionais, a instituição de programas de apoio aos cotistas ingressantes na Universidade e a compatibilização de tal programa com a necessidade social do candidato cotista negro.

Quando discutimos a pertinência das cotas raciais na sub-regra da necessidade, temos de aprender com HENRIQUES, o qual expõe a diferença de escolaridade interracial, que vem se mantendo historicamente, razão pela qual se justifica, neste ponto, a adoção das cotas, enquanto modalidade extrema das ações afirmativas<sup>36</sup>:

Ao analisarmos os níveis de escolaridade a partir do recorte racial, constatamos que a escolaridade de um jovem negro com 25 anos de idade gira em torno de 6,1 anos de estudo; um jovem branco da mesma idade tem cerca de 8,4 anos de estudo. O diferencial é de 2,3 anos de estudo. A intensidade dessa discriminação racial, expressa em termos da escolaridade formal dos jovens adultos brasileiros, é extremamente alta, sobretudo se lembrarmos que se tratam de 2,3 anos de diferença em uma sociedade cuja escolaridade média dos adultos é em torno de seis anos. Embora a diferença entre nossos jovens brancos e negros de uma mesma coorte (faixa geracional) seja intensa, não é somente a magnitude dessa diferença que representa um elemento perturbador da discriminação observada. Em termos do projeto de sociedade que o país está construindo, o mais inquietante é a evolução histórica e a tendência de longo prazo dessa discriminação. Apesar da escolaridade média de brancos e negros crescer de forma contínua ao longo do século XX, a diferença de 2,3 anos de estudo entre jovens brancos e negros de 25 anos de idade é a mesma observada entre os pais desses jovens. E, de forma assustadoramente natural, 2,2 anos de estudo é a intensidade da diferença entre os avós desses jovens.

Contudo, certamente as cotas raciais não são uma solução definitiva, senão, como apontamos, um choque na cultura social. Investimentos governamentais no ensino público primário e secundário, aliados à permanente avaliação dos cotistas no decorrer do curso, e, ainda, a temporariedade dessa medida, no nosso modo de ver, são essenciais para o sucesso da política pública ora em apreço.

36 HENRIQUES, Ricardo. *Raça e gênero nos sistemas de ensino: os limites das políticas universalistas na educação*. Brasília: Unesco, 2002. p. 39-41.

## 6 CONCLUSÕES

Isso posto, o Direito Constitucional e o Administrativo devem andar juntos na busca de uma verdadeira sociedade livre, justa, solidária e igualitária. Veja-se que a política de cotas raciais para o ingresso nas Universidades tem sido realizada administrativamente, via Resoluções Universitárias, valendo-se de sua autonomia constitucional. No plano legislativo, a discussão se arrasta há anos no Congresso Nacional.

Atualmente, na condução, com maestria, da Consultoria Jurídica do Ministério da Educação, BUCCI nos traz esse novo viés do Direito Administrativo, qual seja, a interação jurídico-política com vista à satisfação integral do interesse público primário<sup>37</sup>:

Adotar a concepção das políticas públicas em direito consiste em aceitar um grau maior de interpenetração entre as esferas jurídica e política ou, em outras palavras, assumir a comunicação que há entre os dois subsistemas, reconhecendo e tornando públicos os processos dessa comunicação na estrutura burocrática do poder, Estado e Administração Pública.

OTERO também nos traz seu ensinamento na mesma busca do novo Direito Administrativo, voltado à efetivação do ordenamento constitucional<sup>38</sup>:

Deste modo, além de normas constitucionais dotadas de aplicabilidade direta e força vinculativa imediata para as estruturas da Administração Pública, registra-se que as imposições da Constituição em matéria de bem-estar não têm apenas o legislador como destinatário, a Administração é, também ela, e apesar de assumir uma posição subsidiária ou complementar, destinatária das imposições constitucionais de bem-estar.

Logo, temos de ler o Direito Administrativo atual com uma visão integrada à Constituição, fazendo com que os pré-juízos sejam autênticos. E essa autenticidade, num Estado Democrático de Direito, que, esperamos, um dia migre para um Estado de Direito Democrático, como já previsto na Constituição Portuguesa de 1976, deve ser

37 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 241.

38 OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 29-30.

buscada na interpretação constitucional da Administração Pública. Aos aplicadores do Direito há a necessidade de um choque de interpretação quando em contato com a Carta Maior, um choque de historicidade, de modo a utilizá-la como vetor de interpretação para qualquer área jurídica que apresente lides, para, assim, em não sendo possível eliminar os pré-juízos, ter condições de adequar os fatos e a lei à supremacia constitucional.

Ao final, pela importância histórica do julgado, a primeira em que a Excelsa Corte julga o critério de cotas raciais, ainda que indiretamente, registramos que o Egrégio Supremo Tribunal Federal iniciou julgamento sobre a constitucionalidade de reserva de vagas com critérios raciais na concessão de bolsas do PROUNI. No julgamento, o Relator, Ministro Carlos Ayres de Britto, apresentou seu voto pela constitucionalidade da reserva, pedindo vista o Ministro Joaquim Barbosa.<sup>39</sup>

A prática da igualdade muito necessita da adoção de políticas públicas intervencionistas da Administração Pública, ao que é imprescindível nosso suporte: os conhecimentos dos Advogados administrativistas.

## 7 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Ação afirmativa e os princípios do Direito. A questão das quotas raciais para ingresso no ensino superior no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARVALHO, José Jorge de. *Inclusão étnica e racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior*. São Paulo: Attar, 2005.

---

39 ADin 3.330, em voto apresentado em 02/04/2008.

CAVALLEIRO, Eliane dos Santos. Do silêncio do lar ao silêncio escolar: racismo, preconceito e discriminação na educação infantil. São Paulo: Contexto, 2000, p. 213-214. Apud: SANTOS, Sales Augusto dos. Ação afirmativa e mérito individual. In: OLIVEIRA, Iolanda de, et al. *Negro e Educação - Identidade negra - pesquisas sobre o negro e a educação no Brasil*. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.

CLÉVE, Clemerson Merlin. A t São Paulo: eoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. In: *Uma vida dedicada ao Direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo: RT, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. *Igualdades, Desigualdades*. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, 1996.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FERES JÚNIOR, João; ZONINSEIN Jonas (Orgs.). *Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas*. Brasília: Universidade de Brasília, 2006.

GODOY, Norton. Somos todos um só. In: *Revista "Istoé"*, de 15 de novembro de 1998. Apud: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa: aspectos jurídicos. Racismo no Brasil*. São Paulo: Peirópoles Abong, 2002.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio. *Racismo e anti-racismo no Brasil*. São Paulo: 34, 1999.

HENRIQUES, Ricardo. *Raça e gênero nos sistemas de ensino: os limites das políticas universalistas na educação*. Brasília: Unesco, 2002

JÚNIOR, João Feres. Aspectos normativos e legais das políticas de ação afirmativa. In: JÚNIOR, João Feres e ZONINSEIN Jonas (orgs). *Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas*. Brasília: Universidade de Brasília, 2006.

- KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. Tradução Ch. Einsenmann. 2. ed. Paris, 1962, p. 190. Apud: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MARTINS, S. da S. Ação afirmativa e desigualdade racial no Brasil. Estudos feministas, v.4, n.1, p. 202. Apud: SANTOS, Sales Augusto dos. Ação afirmativa e mérito individual. In: OLIVEIRA, Iolanda de, et al. *Negro e Educação - Identidade negra - pesquisas sobre o negro e a educação no Brasil*. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- OST, François. *O tempo do Direito*. Lisboa: Piaget, 1999.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.
- PINHO, Diva Benevides, et al. *Manual de Economia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- QUEIROZ, Delcele Mascarenhas O vestibular e as desigualdades raciais. In: OLIVEIRA, Iolanda de et al. *Negro e Educação - Identidade negra - pesquisas sobre o negro e a educação no Brasil*. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.
- RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e o direito da antidiscriminação: discriminação direta, discriminação indireta e as ações afirmativas no direito constitucional estadunidense*. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004.
- SANTOS, Sales Augusto dos. Ação afirmativa e mérito individual. In: OLIVEIRA, Iolanda de, et al. *Negro e Educação - Identidade negra - pesquisas sobre o negro e a educação no Brasil*. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

- SILVA JÚNIOR, Hédio. Ação afirmativa na Constituição de 1988. In: BENTO, Maria Aparecida Silva et al. *Ação afirmativa e diversidade no trabalho: desafios e possibilidades*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000.
- SILVA, Luiz Fernando Martins da. Estudo sócio-jurídico relativo à implementação de política de ação afirmativa e seus mecanismos para negros no Brasil: aspectos legislativo, doutrinário, jurisprudencial e comparado. *Ministério da Educação - Brasil*. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/estudosociojuridico.pdf> >. Acesso em 06 jun. 2006.
- SILVEIRA, Marly. Pluralidade cultural ou atualidade do mito da democracia racial? In: BENTO, Maria Aparecida Silva et al. *Ação afirmativa e diversidade no trabalho: desafios e possibilidades*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000.
- ZONINSEIN, Jonas. Minorias étnicas e a economia política do desenvolvimento, p. 63-78. In: JÚNIOR, João Feres e ZONINSEIN Jonas (orgs). *Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas*. Brasília: Universidade de Brasília, 2006.

\* O Autor é Mestre em Direitos Fundamentais, Membro da Advocacia-Geral da União, Procurador-Chefe do INEP/MEC, Professor Universitário, Instrutor de cursos dirigidos à formação de Profissionais na área do Direito Administrativo, Autor de diversas publicações.

# A PENSÃO ESPECIAL PARA AS PESSOAS ATINGIDAS PELA HANSENÍASE

*Wagner de Oliveira Pierotti*  
*Procurador Federal*  
*Mestre em Direito Constitucional pela ITE/SP*  
*Especialista em direito público e privado pela*  
*Faculdade de Direito Damásio de Jesus*

SUMÁRIO: 1 Hanseníase: Conceito e Breve Histórico; 2 Natureza Jurídica; 3 Da Legitimidade Ativa e Passiva para a Ação Visando À Percepção da Pensão Especial Para as Pessoas Atingidas pela Hanseníase; 4 Do Valor Mensal da Pensão e da Fixação do Termo Inicial do Benefício; 5 Das Provas da Hanseníase e do Isolamento e Internação Compulsórios; 6 Da Acumulatividade da Pensão Especial às Pessoas Atingidas pela Hanseníase com outros Benefícios mantidos pela Previdência Social; 7 Da Cessaçãõ da Pensão Especial às Pessoas Atingidas pela Hanseníase; 8 Conclusão; 9 Referências.

**RESUMO:** A Pensão Especial para as pessoas atingidas pela hanseníase é destinada às pessoas que sofreram desta moléstia e que foram submetidas a isolamento e internação compulsórios em hospitais-colônias, até 31 de dezembro de 1986. Este direito foi reconhecido pelo Governo Federal, que sancionou a Medida Provisória número 373, de 2007, posteriormente convertida na Lei 11.520, de 18 de setembro de 2007. Propomos abordar quem tem direito a esta Pensão, qual o seu valor e forma de pagamento, o prazo para o seu requerimento, a prova do isolamento ou internação, o juízo competente caso requerida perante o Poder Judiciário e sua acumulatividade com outros benefícios mantidos pela Previdência Social.

**PALAVRAS-CHAVE:** Hanseníase. Lepra. Pensão Especial. Valor. Acumulatividade. Cessação.

**ABSTRACT:** The Special Pension for people affected by leprosy is for those Who have suffered from the disease and were subjected to isolation and compulsory hospitalization in hospitals colonies until 31 December 1986. This right was recognized by the federal government, which sanctioned the Provisional Measure number 373 of 2007, later converted into Law 11,520 of 18 September 2007. We address who is entitled to this pension, what amount and form of payment, the deadline for your application, proof of hospitalization or isolation, the competent court if requested before the judiciary and its accumulate with other benefits maintained by the Social Security Social.

**KEYWORDS:** Leprosy. Leprosy. Breakfast Special. Amount. Accumulate. Termination.

## 1 HANSENÍASE: CONCEITO E BREVE HISTÓRICO

O mal de Hansen (hanseníase) é uma doença infecciosa causada pelo bacilo *Mycobacterium leprae* que afeta os nervos e a pele e que provoca danos severos. O nome hanseníase é devido ao descobridor do microrganismo causador da doença Gerhard Hansen.

Ela é endêmica em certos países tropicais, em particular na Ásia, sendo a Índia o país mais afetado do mundo. O Brasil inclui-se entre os países de alta endemicidade de lepra no mundo. Isto significa que apresenta um coeficiente de prevalência médio superior a um caso por mil habitantes (MS, 1989).

Esta epidemia era encontrada tanto em Portugal como nas ilhas africanas, não havendo registro da doença entre os índios.

No Brasil, no século XVIII, observou-se a adoção de medidas por parte das autoridades coloniais e entidades filantrópicas, surgindo as sociedades Protetoras dos Lázarus. Surgia, igualmente, um tipo de pensão para as pessoas com diagnóstico de hanseníase, pois o doente ficava isolado em sua casa. O objetivo era deixá-lo longe da sociedade.

A partir daí, os hospitais de hanseníase começaram a ser construídos no século XVIII e XIX. Estas construções somente foram possíveis devido a doações de terras e de matérias de construção por parte dos religiosos e da sociedade civil da época.

Deveras, os doentes eram discriminados, perseguidos e isolados como aconteceu em 1713, no Recife; 1740, no Rio de Janeiro; 1771, em Minas Gerais; 1787, na Bahia; 1796, em Pernambuco e em 1802, em São Paulo.

Nesse sentido, São Paulo acabou tornando-se o caminho para as pessoas das mais diversas regiões do país devido ao ciclo do ouro, isso por volta do ano de 1765.

A propósito, no ano de 1802, foi construído em São Paulo, o primeiro hospital de “lázarus” próximo da cidade que funcionava precariamente por falta de fundos, fechando suas portas em 1904.

Em Itu, interior do Estado de São Paulo, foi construído no ano de 1806, um hospital pelo padre Antônio Pacheco da Silva, sendo que em 1839 passou a ser administrado pela Santa Casa de Misericórdia até 1929.

No século XX, houve um crescimento do número de construções de asilos nas cidades do interior do Estado de São Paulo: Sorocaba, Rio Claro, Itapetininga, Jundiaí, Tatuí, Angatuba, Guareí, Amparo, Casa Branca, Bebedouro, Descalvado, Jaboticabal, Avaré, Bauru, Capão Bonito, Espírito Santo do Pinhal, Guaratinguetá, Limeira, Mogi-Mirim, Pirassununga, São João da Boa Vista, São Manoel do Paraíso, São Miguel Arcanjo, Santa Rita do Passa Quatro.

Por fim, foram inaugurados Asilos-colônias: em Itu, o Pirapitingui (1932); Aimorés, em Bauru (1931); Cocais, em Casa Branca (1932); e Padre Bento, em Gopouva (1928).

Os asilos-colônia tiveram como objetivo inicial a proteção da população considerada sadia, caracterizando-se pela exclusão daqueles com diagnóstico de hanseníase. Ocupavam áreas extensas, a ponto de terem uma área rural com plantações e criação de animais.

Chegavam a ser caracterizadas como instituições totais, cidades fechadas pois tinham prefeito, policiamento interno, cadeia, cassino, cinema, igrejas, salão de bailes, campo de futebol, escola, armazém, bares, restaurantes explorados pelos pacientes ou pela Caixa Beneficente, que tinham como uma de suas finalidades gerenciar doações da sociedade civil.

A propósito, existiam oficinas de mecânicas de automóveis, marcenaria, sabão e outras. Nestas, os recursos profissionais eram precários, sendo que os próprios doentes prestavam assistência uns aos outros.

O governo, a partir do século XX, passou a controlar a endemia com o isolamento compulsório<sup>1</sup> dos doentes em asilos-colônias, o que na

1 O isolamento compulsório foi amplamente discutido pelos hansenologistas da época. Emílio Ribas defendia o isolamento humanitário (construção de asilo-colônia destinado aos doentes pobres em local de fácil acesso, facilitando a assistência médica e as pesquisas); um segundo grupo acreditava ser o isolamento insular o mais indicado; e um terceiro grupo defendia que todos deveriam ser isolados a partir do diagnóstico de hanseníase, não importando a forma clínica, a situação sócio-econômica e o estágio da doença, todos os doentes deveriam ser banidos da sociedade. Este último grupo acabou prevalecendo. in

época era considerado a única forma para o enfrentamento da doença. Defendia-se, dessa maneira, os interesses das classes dominantes.

Assim, toda pessoa com diagnóstico de hanseníase era imediatamente levada para um dos asilos, de onde somente poderia sair com alta concedida pelo serviço médico oficial, o qual tinha a decisão sobre a vida de cada um.

Apenas para se ter uma idéia da discriminação sofrida pelos portadores da hanseníase<sup>2</sup>, colacionamos o seguinte texto:

Quando os moradores da colônia conquistaram o direito de votar, eles tinham que entregar o título de eleitor um dia antes para ser esterelizado – conta Artur Custódio, coordenador nacional do Northan. – As urnas eram queimadas depois. Essa regra permaneceu na lei eleitoral até 1990.

Com a evolução da ciência, começaram a ocorrer mudanças nas ações governamentais. Em 1953, no VI Congresso Internacional de Leprologia em Madrid, foram traçadas novas diretrizes para as ações de controle: tratamento ambulatorial, internação seletiva, estímulo à pesquisa e assistência social aos doentes e familiares.

As mudanças governamentais foram implementadas paulatinamente e o isolamento compulsório foi abolido com o Decreto Federal normativo número 962, de 1962.

Porém, no Estado de São Paulo, os asilos-colônias abriram seus portões por volta de 1967, época em que ocorreu uma reforma administrativa no Estado e os novos gestores constataram que a situação era propícia para uma ampla reestruturação.

No final dos anos 60 e primeiros dos anos 70, tiveram importância fundamental ímpar na história da hanseníase, uma vez que os internados compulsoriamente nestes asilos-colônias passaram a ter a prerrogativa de deixar a instituição para fazer o tratamento ambulatorial em hospitais

---

MARZLIAK MLC e outros. *Breve Histórico sobre os rumos do controle da hanseníase no Brasil e no Estado de São Paulo*. Hansen Int. 2008 33(2). Suppl. 1 p. 39-44. Artigos Originais. Disponível em <http://www.iisl.br/revista/index.php/hi/article/viewFile/936/937>. Acesso em 12.7.2009.

<sup>2</sup> Disponível em: <<http://gentesemfuturo.blogspot.com/2009/01/lepra-obrigadas-se-isolar-vtimas-de.html>> Acesso em: 16 jul.2009.

da rede. No entanto, muitos escolheram permanecer, por terem perdido o convívio social e familiar devido ao isolamento, o qual reforça o estigma de leproso.

A lepra, assim, foi durante muito tempo incurável e muito mutiladora, forçando o isolamento dos pacientes em gafarias e leprosários, principalmente na Europa da Idade Média, onde os doentes eram obrigados a carregar sinos para anunciar a sua presença. A lepra deu, nessa altura, origem a medidas de segregação, algumas vezes hereditárias, como no caso dos *Cagots* no sudoeste da França.

O mal de hansen ataca hoje em dia mais de 12 milhões de pessoas em todo o mundo. Há 700.000 casos novos por ano no mundo. No entanto, em países desenvolvidos é quase inexistente, por exemplo a França conta com apenas 250 casos declarados. Em 2000, 738.284 novos casos foram identificados, contra 640.000 em 1999. A Organização Mundial da Saúde, faz referência a 91 países afetados sendo que a Índia, a Birmânia, o Nepal totalizam 70% dos casos em 2000. Estima-se em 2 milhões o número de pessoas severamente mutiladas pela lepra em todo o mundo.

Hoje em dia, a doença atinge mais pessoas que vivem em condições precárias de higiene. As medidas preventivas incluem a vacinação com o BCG, o pronto tratamento dos casos iniciais e a educação sanitária da população.

A propósito, no Brasil, a hanseníase tem mais de 32 mil casos registrados em 1994 (dados do Anuário Estatístico do Brasil, IBGE, 1996)<sup>3</sup>.

É um dos motivos de o mal de hansen ser uma doença de notificação obrigatória às autoridades sanitárias. Devido à precariedade do diagnóstico e das estatísticas no Nordeste, presume-se que a incidência da doença nessa região seja maior do que os dados disponíveis indicam.

## 2 NATUREZA JURÍDICA

Não resta dúvida de que a natureza jurídica da Pensão pensão especial para as pessoas atingidas pela hanseníase seja indenizatória.

3 LARROUSSE Cultural. *Grande Enciclopédia*. V. 12. São Paulo: Nova Cultural Ltda. p. 2907.

A propósito, o artigo 1º, da Lei 11.520, de 18 de setembro de 2007, que dispõe sobre a concessão de pensão especial às pessoas atingidas pela hanseníase, assim dispõe, *in verbis*:

Art. 1º. Fica o Poder Executivo autorizado a conceder pensão especial, mensal, vitalícia e intransferível, às pessoas atingidas pela hanseníase e que foram submetidas a isolamento e internação compulsórios em hospitais-colônias, até 31 de dezembro de 1986, que a requererem, a título de indenização especial, correspondente a R\$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais).

Nesse sentido, o Governo Federal reconheceu sua falha em situações que demonstraram o despreparo de nossos governantes e legisladores passados que chegaram, através de leis, a determinar a captura dos portadores de hanseníase, como se bichos fossem, obrigando-os a viver em leprosários, isolados de sua família e da sociedade; agora se redime do acontecido, concedendo a essas pessoas a Pensão aqui estudada.

### **3 DA LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA PARA A AÇÃO VISANDO À PERCEPÇÃO DA PENSÃO ESPECIAL PARA AS PESSOAS ATINGIDAS PELA HANSENÍASE**

Antes de mais nada, convém dizer que o portador de hanseníase, que ficou submetido a isolamento e internação compulsórios em hospitais-colônias, até 31 de dezembro de 1986, deve, antes de promover a ação, pleitear o benefício em sede administrativa.

Uma vez sendo a ele negado o benefício ou mesmo tendo escoado um prazo razoável de 45 dias, que é prazo estabelecido de maneira geral, para que a Administração conceda ou não um benefício ao requerente, é que deve o suposto beneficiário bater às portas do Poder Judiciário.

Malgrado o artigo 5º, inciso XXXV, determine que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, a interpretação deste artigo do Texto Maior, por vezes, é feita de forma equivocada.

O equívoco ocorre em admitir que a pessoa busque o benefício diretamente no Poder Judiciário, sem antes passar pelo crivo do Poder Executivo.

O ensinamento de Vicente Greco Filho<sup>4</sup> nos leva à seguinte reflexão:

O interesse processual é, portanto, a necessidade de se recorrer ao Judiciário para obtenção resultado pretendido, independente da legitimidade ou legalidade da pretensão. Para verificar-se se o autor tem interesse processual para ação deve-se responder afirmativamente à seguinte indagação: para obter o que pretende o autor necessita da providência jurisdicional pleiteada?

Não se indaga, pois, ainda, se o pedido é legítimo ou ilegítimo, se é moral ou imoral. Basta que seja necessário, isto é, que o Autor possa obter o mesmo resultado por meio extraprocessual. Faltarão o interesse processual se a via jurisdicional não for indispensável, com, por exemplo, se o mesmo resultado puder ser alcançado por meio de um negócio jurídico sem a participação do Judiciário.

Pelo exposto, faltarão interesse de agir do autor, se antes de promover a ação perante o Poder Judiciário, não ingressar com pedido no âmbito administrativo. A propósito, não é necessário esperar uma resposta da Administração Pública, vez que esta pode demorar uma eternidade. Deveras, o requerente não é obrigado a compactuar com a morosidade do Poder Público, mas um prazo razoável de até 45 (quarenta e cinco) dias revela prudência e sabedoria do pretense beneficiário da Pensão Especial em estudo, evitando assim, a extinção da ação sem julgamento de mérito por parte do Poder Judiciário.

A legitimidade ativa para a ação que vise à pensão especial decorrente da percepção da Pensão Especial para as pessoas atingidas pela hanseníase pertence pessoa que foi vítima deste mal.

De outra banda, a legitimidade passiva da ação deverá ser formada pelo INSS e pela União Federal, em litisconsórcio passivo necessário.

Com efeito, quem paga a futura pensão é a União Federal através do INSS que é uma autarquia federal incumbido de administrar os pagamentos efetuados por aquela.

Nesse sentido, o § 4º., do artigo 1º., da Lei 11.520, de 18 de setembro de 2007, assim dispõe:

<sup>4</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. v. 1. 12. ed. São Paulo: Saraiva. p. 80.

Art. 1 [...].

§ 4º. Caberá ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS o processamento, a manutenção e o pagamento da pensão, observado o art. 6º.

O art. 6º, por seu turno, estabelece:

Art. 6º. As despesas decorrentes desta Lei correrão à conta do Tesouro Nacional e constarão de programação orçamentária específica no orçamento do Ministério da Previdência Social

Importante deixar registrado que, como se trata de uma ação personalíssima, quer dizer, só pode ser proposta exclusivamente pela vítima da hanseníase que tenha sido submetida a isolamento e internação compulsórios, não se admite que seja proposta por dependente ou mesmo eventual herdeiro.

Assim, se a pessoa vitimada por esta doença tiver falecido antes da entrada em vigor da Medida Provisória 373 de 2007, a ação já nasceu morta, ou seja, deve ser extinto o feito sem análise de mérito, por absoluta falta de interesse de agir.

Neste sentido, o § 1º, do art. 1º., da Lei 11.520, de 2007, assim dispõe:

Art. 1º. [...].

§ 1º A pensão especial de que trata o *caput* é personalíssima, não sendo transmissível a dependentes e herdeiros, e será devida a partir da entrada em vigor desta lei.

Porém, se no curso da lide falecer o seu titular, e ação prosseguir e for julgada procedente, cabível se mostra o pagamento a eventual herdeiro do falecido do valor da Pensão desde o termo inicial do benefício, fixado pelo juiz, até a data do seu falecimento, nos termos da lei civil. O pagamento mensal do benefício, como já visto, não é devido, dado o seu caráter personalíssimo.

Do outro lado da lide, no pólo passivo, este deverá ser formado pela União e pelo INSS, em litisconsórcio passivo necessário.

O INSS, tem a incumbência de pagar mensalmente o benefício, caso concedido, e administrá-lo, daí fica justificada sua participação no feito.

A União, por seu turno, é quem concede ou nega o benefício.

Neste sentido, o art. 2º., da Lei 11.520, de 18 de setembro de 2007, assim dispõe:

Art. 2º. A pensão de que trata o art. 1º. será concedida por meio de ato do Secretário Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, após parecer da Comissão referida no § 1º.

Quero chegar ao seguinte ponto: não estamos diante de competência delegada, aquela em que as ações propostas em face do INSS, podem ser admitidas, processadas e julgadas pela Justiça Estadual, ao teor do art. 109, § 3º, da Constituição Federal<sup>5</sup>.

*In casu*, aplica-se o art. 109, inciso I, da Constituição Federal:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

A razão maior da competência ser da Justiça Federal, está no § 3º, do artigo 1º, da Lei 11.520, de 2007, que aduz:

Art. 1º. [...]

§ 3º. O requerimento referido no caput será endereçado ao Secretário Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, nos termos do Regulamento.

---

5 Art. 109 [...]

§ 3º. Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

Por sua vez, o Decreto número 6.168, de julho de 2007, que regulamenta a Lei 11.520/2007, de sua vez, estabelece no § 2º, do art. 2º:

Art. 2º. O pedido de concessão da pensão deverá ser endereçado diretamente ao Secretário Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, a quem cabe decidir sobre o pedido.

Antes de decidir, porém, o Secretário pode submeter o requerimento a Comissão Interministerial de Avaliação, *verbis*:

§ 2º. Os requerimentos apresentados na forma deste artigo serão submetidos à Comissão Interministerial de Avaliação, de que trata o art. 3º.

Conclui-se daí que o papel de conceder ou não o benefício em comento pertence com exclusividade à União Federal, razão pela qual a Justiça competente para processar e julgar o feito é a Federal.

Não há se falar, portanto, em aplicação do artigo 109, § 3º, da Constituição Federal, eis que como defendido, não se trata de competência delegada, mas sim de competência exclusiva da Justiça da Federal.

A título de arremate, o INSS, como já falado, tem o mero papel de pagar mensalmente o benefício, através de orçamento a ele designado e de administrar o benefício. Não há participação da autarquia federal na concessão ou indeferimento do benefício, portanto.

#### **4 DO VALOR MENSAL DA PENSÃO E DA FIXAÇÃO DO TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO**

De acordo com o artigo 1º., da Lei 11.520, de 18 de setembro de 2007, o valor da pensão em estudo terá o valor fixado em R\$ 750,00 (Setecentos e cinquenta reais).

O valor em comento será reajustado anualmente, conforme os índices concedidos aos benefícios de valor superior ao piso do Regime Geral da Previdência Social, isto de acordo com o § 2º., do artigo 1º., da Lei 11.520, de 2007, *in verbis*:

Art. 1º. [...]

§ 2º. O valor da pensão especial será reajustado anualmente, conforme os índices concedidos aos benefícios de valor superior ao piso do Regime Geral de Previdência Social.

Deveras, importante deixar registrado que o seu valor não segue o mesmo índice concedido, anualmente, aos benefícios mantidos pela Previdência Social, fixados em 1 (um) salário-mínimo.

Aliás, isto é de grande importância, vez que a Constituição Federal garante aos segurados, de maneira geral, é a garantia do seu valor nominal e não do valor real do benefício, conforme estabelece o § 4º., do artigo 201, do Texto Maior, *verbis*:

Art. 201 [...]

§ 4º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservá-los, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei.

Isto é, uma vez concedida a Pensão Especial, seu valor nunca poderá ser inferior a R\$ 750,00. Poderá ser maior, evidentemente.

O índice, como falado, será publicado anualmente e será o mesmo usado na correção dos benefícios de valor superior ao salário-mínimo, mantidos pelo Sistema da Previdência Social.

A data de início do Benefício (DIB) é fixada na Data de Entrada do Requerimento Administrativo.

Ainda que o benefício esteja sendo postulado perante o Poder Judiciário, o seu Termo Inicial deve ser fixado na data da entrada do requerimento administrativo.

Por outro lado, caso não exista nos autos o pedido formulado administrativamente, a DIB deve ser fixada na data da juntada do laudo médico pericial aos autos. Neste sentido:

PREVIDENCIÁRIO - ASSISTÊNCIA SOCIAL - PRESENTES OS REQUISITOS LEGAIS - RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO – SENTENÇA REFORMADA.

1. O benefício assistencial exige o preenchimento de dois requisitos para a sua concessão, quais sejam: primeiro, ser o requerente portador de deficiência que o torna incapaz para a vida independente e para o trabalho e, segundo, não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.
2. Nestes autos, o laudo pericial atesta a incapacidade total e permanente da autora para o trabalho. Por outro lado, o estudo social demonstra que a condição financeira da autora e de sua família é incapaz de alcançar o mínimo necessário para sobrevivência.
3. Presentes os requisitos exigidos pelo art. 203, inciso V, da Constituição Federal através das provas trazidas aos autos, defere-se o amparo social.
4. Quanto ao início do benefício, deve ser auferido a partir do laudo pericial, pois não existe pedido formulado na esfera administrativa.
5. A correção monetária das parcelas vencidas se dará nos termos da Súmula n.º 08 desta Corte, Súmula n.º 148 do C. STJ, Leis n.º 6.899/81 e 8.213/91, bem como legislação superveniente, e Resolução n.º 242/2001 do Conselho da Justiça Federal, a contar de seus vencimentos.
6. Os juros de mora incidirão à razão de 6% ao ano da citação até 11 de janeiro de 2003, nos termos dos artigos 1.062 do Código Civil e 219 do Código de Processo Civil. A partir dessa data, pelo percentual de 1% ao mês, consoante artigo 406 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002.
7. A verba honorária advocatícia deve ser fixada em 10% sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, consoante o que preceitua o § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil e conforme orientação desta Turma. Não cabe incidência de honorários advocatícios sobre as prestações vincendas, a teor da Súmula n.º 111 do E. STJ.

8. No que se refere às custas processuais, delas está isenta a Autarquia Previdenciária, a teor do disposto no art. 9º, inciso I, da Lei n.º 6.032/74 e, mais recentemente, nos termos do § 1º do art. 8º da Lei n.º 8.620/93. Ressalte-se, contudo, que tal isenção, decorrente de lei, não exime a Autarquia Previdenciária do pagamento das custas em restituição à parte autora, se tiver havido pagamento prévio, a teor do art. 10, § 4º, da Lei n.º 9.289/96.

Todavia, sendo a parte autora beneficiária da Justiça Gratuita, é indevido tal pagamento.

9. Honorários periciais reduzidos, em face do critério da razoabilidade.

10. Recurso de apelação parcialmente provido.

11. Sentença reformada.

Origem: TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO

Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL - 880643

Processo: 200303990182380 UF: SP Órgão Julgador: SÉTIMA TURMA

Data da decisão: 15/12/2003 Documento: TRF300080626

Data Publicação 18/02/2004

Por fim, poderá também ser a DIB ficada na data da citação do INSS para contestar o pedido do autor, ficando, assim demonstrado, a critério do juiz da causa, qual deve ser a data de início do benefício.

## **5 DAS PROVAS DA HANSENÍASE E DO ISOLAMENTO E INTERNAÇÃO COMPULSÓRIOS**

A concessão desta Pensão dependerá, como se verá, da implementação de duas provas:

i) da prova de que o requerente foi ou é portador da hanseníase;

ii) da prova do seu isolamento e de sua internação.

Trataremos primeiro da prova da doença.

Esta prova pode ser feita, de três modos:

- 1 Testemunhal: realizado através da oitiva de testemunhas que atestam que o requerente foi, ou ainda é, portador da hanseníase. Será mais crível que a testemunha tenha conhecimento científico acerca da doença, *in casu*, um médico que assistiu o doente durante o período da convalescência;
- 2 Documental: feito através da juntada de documentos, em especial, de hospitais-colônias onde é possível aferir que o requerente tenha ficado internado no nosocômio.
- 3 Pericial: através de perícia médica, por médico especialista de preferência, visando a comprovar que a pessoa tenha padecido ou mesmo, ainda padeça do mal de Hansen.

O ideal é que sejam produzidas todas as provas acima elencadas.

Evidentemente, não é necessária prova de que o requeente padeça, no momento da perícia, do mal de Hansen, mas sim de que foi portador de hanseníase e de que tenha ficado internado ou isolado em nosocômio, requisitos estes, friso, cumuláveis, para o deferimento da Pensão.

A propósito, o § 2º, do artigo 2º, da Lei 11.520, de 18 de setembro de 2007, estabelece que:

Art. 2º. [...]

§ 2º Para a comprovação da situação do requerente, será admitida a ampla produção de prova documental e testemunhal, e, caso necessário, prova pericial.

Por seu turno, não é demais deixar registrado que a autarquia previdenciária, pode ter em seus arquivos eletrônicos (CNIS – Cadastro Nacional de Informações Sociais) toda a vida profissional do requerente.

Deveras, aqui poderá ocorrer o seguinte: Como é possível a internação e o isolamento de um cidadão portador do mal de Hansen se durante o hipotético tempo que permaneceu internado, contraiu pacto(s) laboral(is)?

Detalhe: é até possível o trabalho do portador do mal de Hansen, dentro do hospital-colônia, como vimos acima. Mas, para isso, a pessoa que analisará o pedido da Pensão deve ter o discernimento para distinguir o trabalho prestado no nosocômio do trabalho prestado fora do nosocômio, para fins de aferir se a pessoa esteve mesma submetida a isolamento.

Ainda, a respeito do isolamento, como muito bem demonstrado em sítio da internet<sup>6</sup>, abordando a questão aqui tratada, é necessário que se faça a diferenciação da internação obrigatória da internação social:

[...] Esses são os casos mais difíceis porque é preciso diferenciar as internações obrigatórias das sociais – explica a assessora da comissão da SEDH que avalia as pensões, Sueli Dias – Muitos deles, na verdade, foram encaminhados para a internação porque eram muito pobres e não tinham condições de fazer o tratamento fora de lá, nem de enfrentar o preconceito.

[...] A realidade das vítimas da hanseníase internadas compulsoriamente é ainda desconhecida por grande parte da população brasileira. Exiladas à força, elas eram separadas de suas famílias. As crianças nascidas nos hospitais-colônias eram tiradas de seus pais e levadas para educandários, quando a família dos pacientes não podiam criá-las. Mesmo com a abertura das colônias, muitos pacientes permaneceram porque não tinham para quem voltar ou condições econômicas. Outros não estavam preparados para enfrentar o preconceito. Muitos dos que saíram, acabaram voltando.

Uma interpretação fria do artigo 1º, da Lei 11.520, de 18 de setembro de 2007, levará ao indeferimento do benefício das pessoas que se encontravam nas situações acima. Isto porque o artigo de lei em questão fala de “isolamento e internação compulsórios”.

---

6 Disponível em: <<http://gentesemfuturo.blogspot.com/2009/01/lepra-obrigadas-se-isolar-vitimas-de.html>> Acesso em: 16 jul. 2009.

Neste sentido, compulsório é sinônimo de “obrigado”, “compelido”. Em princípio, não teriam direito ao benefício as pessoas que podendo sair do nosocômio, optaram por lá permanecer em função do preconceito, por razões econômicas e mesmo pela enculturação no hospital-colônia.

Defendemos que esta não foi a vontade do legislador. Uma vez sendo submetido à internação (compulsória ou não) em razão da lepra e podendo de lá sair e não se desinternando, pelos motivos acima, a pessoa vitimada tem direito a esta Pensão que, na verdade, trata-se de uma indenização, pelo preconceito e sofrimento em razão da infelicidade de um dia ter sido portador do mal de Hansen.

## **6 DA ACUMULATIVIDADE DA PENSÃO ESPECIAL ÀS PESSOAS ATINGIDAS PELA HANSENÍASE COM OUTROS BENEFÍCIOS MANTIDOS PELA PREVIDÊNCIA SOCIAL**

A princípio, a pensão sob estudo, pode ser cumulada com qualquer outro benefício da Previdência Social.

Prova disso é parágrafo único, do artigo 3º., da Lei 11.520, de 18 de setembro de 2007:

Art. 3º. [...]

Parágrafo único: O recebimento da pensão especial não impede a fruição de qualquer benefício previdenciário.

A propósito, vamos a um exemplo:

O titular da Pensão, vítima do mal de Hansen, que tenha ficado submetido a isolamento e internação compulsórios até o dia 31 de dezembro de 1986, que tenha, após esta data, contraído pactos laborais e tenha contado o tempo de contribuição suficiente à sua aposentação, poderá tranquilamente, aposentar-se e continuar a usufruir desta Pensão Especial.

O mesmo se diga, se durante o período de internação e isolamento, o portador da doença tenha contribuído para o Sistema na qualidade de segurado facultativo. Todas estas contribuições serão levadas em conta para a futura aposentação.

A pergunta que não podemos deixar de formular é a seguinte:

E se o titular desta Pensão, após sair do nosocômio, aposentar-se por invalidez em razão do mal de Hansen?. Poderá acumular a referida Pensão com a aposentadoria por invalidez em comento?

A resposta é positiva, vez que a Pensão Especial em estudo tem natureza indenizatória e a Aposentadoria por Invalidez não; esta remunera o trabalho que não pode mais ser prestado. O seu beneficiário um dia contribuiu para o Sistema. Ostenta a aposentadoria por invalidez, portanto, caráter solidário; ao passo que a Pensão Especial ostenta natureza indenizatória, como já visto anteriormente.

Por outro lado, é impossível sua cumulação com eventual indenização que a União venha a pagar decorrente da responsabilização sobre os mesmos fatos.

É o que decorre do artigo 3º, da Lei 11.520, de 18 de setembro de 2007:

Art. 3º. A pensão especial de que trata esta Lei, ressalvado o direito à opção, não acumulável com indenizações que a União venha a pagar decorrentes de responsabilização civil sobre os mesmos fatos.

Neste caso, se fosse possível o Pagamento da Pensão Especial às Pessoas atingidas pela hanseníase que tenham ficado submetidas e isolamento e internação compulsórios, que vencesse a demanda em face da União visando a eventual indenização decorrente de responsabilização civil, estar-se-ia indenizando duplamente o mesmo fato, o que, convenhamos, se não for ilegal é, ao menos, imoral.

No mesmo sentido, a Pensão Especial do mal de Hansen não poderá ser cumulada com os Benefícios Assistenciais de Prestação Continuada e com a extinta Renda Mensal Vitalícia.

Frisa-se que, aqui se trata de benefício assistencial e não previdenciário, razão da inacumulatividade.

O Benefício Assistencial de Prestação Continuada vem previsto no inciso V, do artigo 203 da Constituição Federal<sup>7</sup>, e é regulamentado pela Lei 8.742 de 1993 e é destinado a todos os idosos e portadores de deficiência que não tenham condições sustento ou não podem tê-lo satisfeito por sua família.

Neste caso, o Estado lhes destina o valor de um salário mínimo a título de Benefício Assistencial, denominado Prestação Continuada, desde que satisfeitos os requisitos da Lei 8.742, de 1993, que não é objeto deste estudo.

Malgrado a Lei número 11.520, de 18 de setembro de 2007, seja silente em relação à inacumulatividade ora defendida, afirmamos sua impossibilidade devido ao parágrafo único, do artigo 3º., da Lei 11.520, de 18 de setembro de 2007, supracitada, que faz menção à acumulação somente a benefício previdenciário.

Deveras, o Benefício de Prestação Continuada não ostenta caráter previdenciário, mas sim assistencial, razão maior da inacumulatividade.

## **7 DA CESSAÇÃO DA PENSÃO ESPECIAL ÀS PESSOAS ATINGIDAS PELA HANSENÍASE**

Este benefício é vitalício, só se extinguindo com a morte do seu beneficiário.

É também personalíssimo, o que quer dizer que não gera direito à pensão a qualquer eventual dependente. O mesmo se diga quanto a eventual direito de resíduo aos familiares do titular do benefício.

Relembro que o benefício em questão pode ser cumulado com qualquer outro benefício mantido pelo Regime Geral da Previdência Social.

---

7 A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente da contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

[...]

V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Dessa maneira, seu pagamento é mantido caso o titular, por exemplo, aposente-se por tempo de contribuição, por idade ou por invalidez. Receberá, portanto, dois benefícios: Aposentadoria e a Pensão Especial pela hanseníase.

Por outro lado, vimos que a Pensão aqui tratada não pode ser cumulada com o Benefício de Prestação Continuada constante na LOAS – Lei Orgânica da Assistência Social, porquanto este é um benefício assistencial e não previdenciário.

Devido à inacumulatividade em questão, no caso concreto deve exercer o direito de opção, caso seu grau de deficiência ou idade avançada mostre ser merecedor do Benefício de Prestação Continuada.

Quase sempre é vantajoso optar pela Pensão Especial ao portador do mal de Hansen, porque este benefício é maior que 1 (um) salário mínimo ao passo que o benefício constante na Lei Orgânica da Assistência Social, tem seu valor sempre fixado em 1 (um) salário mínimo.

Apenas uma situação é vislumbrada onde é vantajoso a percepção do Benefício Assistencial de Prestação Continuada ao invés da Pensão Especial do mal de Hasen: é a situação na qual onde o(a) portador(a) da hanseníase, com idade igual ou superior a 65 anos seja casado(a) com outro idoso de idade igual ou maior de 65 anos, em que este último preenche as condições físicas para gozar do Benefício Assistencial de Prestação Continuada. Mas, pelo fato de seu cônjuge auferir de renda uma quantia que, dividida pelos dois, supere o requisito constitucional de  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo, não terá acesso ao Benefício de Prestação Continuada.

Neste caso, seria vantajoso que o cônjuge portador do mal de Hansen opte pela percepção do Benefício de Prestação Continuada, pois, neste caso, sua renda não entraria no cômputo da renda mensal do casal, fazendo com que seu(sua) companheiro(a) tenha acesso ao Benefício de Prestação Continuada. Ambos aufeririam de renda mensal a quantia total de 2 (dois) salários mínimos, superior, portanto, à Pensão Especial em estudo.

É o que decorre do parágrafo único, do artigo 34, da Lei 10.741, de 01/10/2003, conhecido como Estatuto do Idoso:

Art. 34. [...];

Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do *caput* não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere o Loas.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça proferiu o seguinte julgado:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ASSISTÊNCIA SOCIAL. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. BENEFÍCIO RECEBIDO POR PARENTE DO AUTOR. CÔMPUTO DO VALOR PARA VERIFICAÇÃO DE MISERABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. ART. 34 DA LEI Nº 10.741/2003. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA AO BPC. ART. 20, § 3º, DA LEI Nº 8.742/93. POSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DA MISERABILIDADE POR OUTROS MEIOS. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O benefício de prestação continuada é uma garantia constitucional, de caráter assistencial, previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal, e regulamentado pelo art. 20 da Lei nº 8.742/93, que consiste no pagamento de um salário mínimo mensal aos portadores de deficiência ou idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida pelo núcleo familiar.

2. O art. 34 da Lei nº 10.741/2003 veda o cômputo do valor do benefício de prestação continuada percebido por qualquer membro da família no cálculo da renda per capita mensal.

3. A Terceira Seção deste Superior Tribunal consolidou o entendimento de que o critério de aferição da renda mensal previsto no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 deve ser tido como um limite mínimo, um quantum considerado insatisfatório à subsistência da pessoa portadora de deficiência ou idosa, não impedindo, contudo, que o julgador faça uso de outros elementos probatórios, desde que aptos a comprovar a condição de miserabilidade da parte e de sua família.

4. Recurso especial a que se dá provimento.(STJ – REsp 841.060/

SP – Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura – DJU  
25.06.2007)

Daí é possível concluir que enquanto este casal de idosos, que antes recebia de benefício mensal o equivalente a somente uma Pensão Mensal Especial ao portador do mal de Hansen, renda esta, claro, inferior a 2 (dois) salários mínimos, poderá “trocá-la” para a percepção de 2 (dois) benefícios de Prestação Continuada: um para cada componente do grupo familiar.

## 8 CONCLUSÃO

A lepra (hanseníase ou mal de Hansen), é uma doença infecciosa causada pelo bacilo *Mycobacterium leprae* que afeta os nervos e a pele e que provoca danos severos. O nome hanseníase é devido ao descobridor do microrganismo causador da doença Gerhard Hansen.

O Governo Federal reconhecendo sua falha em situações que demonstraram o despreparo de nossos governantes e legisladores passados que chegaram, através de leis, a determinar a captura dos portadores de hanseníase, como se bichos fossem, obrigando-os a viver em leprosários, isolados de sua família e da sociedade, agora se redime do acontecido, concedendo a essas pessoas esta Pensão Especial, aqui estudada.

A Justiça competente para processar e julgar o feito é a Justiça Federal.

A legitimidade ativa para a ação que vise à pensão especial decorrente da percepção da Pensão Especial para as pessoas atingidas pela hanseníase pertence pessoa que foi vítima deste mal e somente a ela, em razão da natureza da pensão aqui tratada ser um benefício personalíssimo, ou seja, não se estende a dependentes e eventuais herdeiros.

A data de início do Benefício (DIB) é fixada na Data de Entrada do Requerimento Administrativo.

Por outro lado, caso não exista nos autos judiciais o pedido formulado administrativamente, a DIB deve ser fixada na data da juntada

do laudo médico pericial aos autos ou na data da citação da União e do INSS para contestarem o pedido do autor, ficando, desse modo, a critério do juiz da causa qual deve ser a data de início do benefício.

A concessão da Pensão Especial às pessoas atingidas pelo mal de Hansen depende, como se viu, da implementação de duas provas:

- i) da prova de que o requerente foi ou é portador da hanseníase;
- ii) da prova do seu isolamento e de sua internação.

A princípio, a pensão sob estudo, pode ser cumulada com qualquer outro benefício da Previdência Social. Neste sentido, a Lei 11.520, de 18/09/2007, dispõe:

Art. 3º. [...]

Parágrafo único: O recebimento da pensão especial não impede a fruição de qualquer benefício previdenciário.

O benefício de Pensão Especial às pessoas atingidas pela hanseníase é vitalício, só se extinguindo com a morte do seu beneficiário

Pelo fato de ser personalíssimo não se transforma em Pensão por morte a favor de eventual dependente do titular falecido.

## 9 REFERÊNCIAS

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. v. 1. 12. ed. São Paulo: Saraiva

LARROUSSE Cultural. *Grande Enciclopédia*. v. 12. São Paulo: Nova Cultural Ltda.

MARZLIAK MLC e outros. Breve Histórico sobre os rumos do controle da hanseníase no Brasil e no Estado de São Paulo. *Hansen Int.* 2008 33(2). Suppl. 1 p. 39-44. Artigos Originais. Disponível em: <<http://www.ils.br/revista/index.php/hi/article/viewFile/936/937>>. Acesso em: 12 jul. 2009.

<<http://gentesemfuturo.blogspot.com/2009/01/lepra-obrigadas-se-isolar-vitimas-de.html>> Acesso em: 16 jul. 2009.



**PARECER**  
**12/2008-AGU/CGU/NAJSE-JANS**  
**PROCESSO DE UNIFORMIZAÇÃO ACERCA**  
**DA REPACTUAÇÃO DOS CONTRATOS**  
**ADMINISTRATIVOS**

*José Adolfo Novato da Silva*  
*Advogado da União*



AUTOS: 00450.000096/2007-92

ASSUNTO: processo de uniformização acerca da repactuação dos contratos administrativos

VALOR: sem indicação

1. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTRATO. SERVIÇO CONTÍNUO. REPACTUAÇÃO. EFEITOS RETROATIVOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO. UNIFORMIZAÇÃO. ROL DE DOCUMENTOS E PROVIDÊNCIAS. SUGESTÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL.
2. À luz do ordenamento jurídico, os efeitos financeiros da repactuação concedida produzem-se a partir do protocolo do pedido junto à Administração.
3. Estudo hábil a contribuir na elaboração da tese de defesa da União nas hipóteses de responsabilidade solidária da Administração Pública, segundo a Súmula 331 do TST.
4. O prazo anual para a primeira repactuação conta-se da data da proposta ou do orçamento a que a proposta se referir, devendo a Administração optar, na fase interna do procedimento, por um marco inicial, dentre os permitidos. As demais repactuações contam-se da data da anterior.
5. Indicação de documentos e providências a serem adotadas pelos órgãos assessorados nos processos relativos à matéria.
6. A uniformização de temas pelo Núcleo de Assessoramento Jurídico não exime o órgão assessorado de submeter, caso a caso, os expedientes à análise específica.

## 1 RELATÓRIO

O presente caderno processual foi instaurado visando à uniformização, no âmbito de atuação do Núcleo de Assessoramento Jurídico em Aracaju/SE, dos processos relativos à repactuação dos contratos administrativos.

O expediente foi instruído com:

- a) Memorando 56/2007-AGU/CGU/NAJSE/GAB (fl. 01); e
- b) Pareceres 001/2006 e 20/2006-AGU/CGU/NAJSE-JANS (fls. 02/17).

Prazo razoável foi designado para a apresentação de sugestões pelos Advogados da União em exercício no NAJ/SE (fls. 01 e 18/19).

Por fim, foram-me os autos distribuídos para apreciação e consolidação da matéria (fl. 20).

## 2 FUNDAMENTAÇÃO

### 2.1 DO REGIME ECONÔMICO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A regra geral quanto aos contratos administrativos é que devem ser executados de acordo com o quanto inicialmente pactuado. Essa regra constitui aplicação na seara administrativa do brocardo latino *pacta sunt servanda*. De modo geral, pode-se dizer que o regime econômico contratual assenta-se no equilíbrio entre as prestações da Administração Pública e do Contratado, a garantir, de lado a lado, a equidade das obrigações contraídas. Alguns autores tratam da matéria sob a designação de manutenção da equação econômico-financeira do contrato.

Durante a execução do contrato, algumas situações podem interferir nas bases inicialmente firmadas pelas partes. Tais circunstâncias repercutem na economia contratual, ensejando a alteração dos acordos. O desequilíbrio entre as prestações assumidas é causado por duas espécies de riscos: ordinário e extraordinário.

O risco ordinário, comum ou empresarial, também denominado álea ordinária, consiste no risco inerente ao próprio negócio, cuidando de evento futuro negativo, mas previsível. Doutra banda, a álea ou o risco extraordinário é o evento futuro, imprevisível ou previsível de resultados incalculáveis. Esse risco pode ser entendido, grosso modo, como a probabilidade de perda concomitante com a de lucro extraordinário e extracontratual.

Em princípio, apenas o risco extraordinário ou excepcional ensejaria a alteração do regime econômico dos contratos, pois o ordinário é inerente à atividade comercial. Por tal razão, a álea ordinária, de praxe, não se coadunaria com pedidos de alteração contratual. Contudo, a lei, que é fonte formal do Direito, admite a alteração das obrigações assumidas pelas partes com base na álea comum, visto que a Constituição Federal não veda expressamente a recomposição tomando-a por fundamento.

Com efeito, o inc. XXI do art. 37 da Carta Magna, sede do regime econômico dos contratos administrativos, prescreve:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, *com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta*, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Ergo, a “*manutenção das condições efetivas da proposta*” é realizada de conformidade com o risco enfrentado. E é de acordo com o risco que se situam os institutos pertinentes ao regime econômico do contrato, responsáveis pela readequação das obrigações contratuais, conforme garantido pela Constituição Federal.

## 2.2 DOS INSTITUTOS RELATIVOS AO REGIME ECONÔMICO DOS CONTRATOS

De consignar-se, em princípio, que os expertos divergem quanto à nomenclatura dos instrumentos hábeis à restauração dos riscos. Grassa controvérsia doutrinária acerca dos institutos, sendo bastante comum as referências, com distinção mais ou menos clara, a respeito de reajustamento de preços, reajuste de preços, repactuação contratual, renegociação contratual, recomposição de preços, reequilíbrio econômico-financeiro e revisão contratual. A divergência alcança, inclusive, a classificação dos institutos.

A mim, sem pretensão de firmar doutrina ou formar escola, parece-me que as matérias são distintas e demandam atenção a requisitos próprios. E, nesse escopo, atenho-me à classificação consagrada no Acórdão 1.563/2004 do Plenário do Tribunal de Contas da União.

Assim, de acordo com risco enfrentado pelo contrato, pode-se distinguir duas figuras primeiras, a saber:

- a) o reajustamento de preços em sentido amplo, para fazer frente ao risco ordinário; e
- b) o reequilíbrio econômico-financeiro, relativo ao risco extraordinário.

O reajustamento de preços em sentido amplo é o meio pelo qual se enfrenta o risco ordinário dos contratos, com o desiderato de recompor o valor do contrato face aos aumentos de insumos, salários, entre outros, preservando o contratado do processo inflacionário. A sede legal repousa nos arts. 40, inc. XI, 55, inc. III e 65, § 8o, da Lei de Licitações, *in verbis*:

Art. 40. O edital [...] indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]

XI – critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do

orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;

[...]

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

[...]

III – o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

§ 8o A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.

Tratam também do reajustamento de preços as Leis 9.069/1995 e 10.192/2001, relativas ao Plano Real.

O reajustamento de preços em sentido amplo é gênero que comporta duas espécies: o reajustamento de preços em sentido restrito e a repactuação. A subdivisão considera o móvel de atualização do valor do contrato, conforme seja ele fixo ou variável.

O reajustamento de preços em sentido estrito, ou reajuste de preços, aplica-se aos contratos com duração igual ou superior a um ano. É realizado de acordo com índice certo, previamente fixado na avença. A regulamentação da matéria encontra-se nos Decretos 1.054/1994 e 1.110/1994.

A repactuação contratual, também chamada de renegociação contratual, aplica-se apenas aos contratos de serviços contínuos. Constitui-se em renegociação bilateral do acordo, com vistas a readequá-lo às condições de mercado. É admitida a cada ano, a partir da proposta, do orçamento a que a proposta se referir ou da última repactuação. Não está sujeita a índice prefixado, mas à demonstração analítica da variação do custo. Seu regramento encontra-se no Decreto 2.271/1997 e na Instrução Normativa MARE 18/1997. Por ser uma forma de renegociação e por considerar as condições do mercado, admite aumento ou diminuição do valor da avença.

Os itens 19 e 20 do Relatório do Acórdão 1.563/2004 do Plenário da Corte de Contas assinalam:

19. Tanto o reajustamento de preços quanto a repactuação dos preços visam a recompor a corrosão do valor contratado pelos efeitos inflacionários. A diferença entre o reajustamento de preços até então utilizado e a repactuação reside no critério empregado para a sua consecução, pois na primeira opção vincula-se a um índice estabelecido contratualmente e na segunda, à demonstração analítica da variação dos componentes dos custos.

20. Assim, seria defensável a existência do gênero reajustamento de preços em sentido amplo, que se destina a recuperar os valores contratados da defasagem provocada pela inflação, do qual são espécies o reajustamento de preços em sentido estrito, que se vincula a um índice, e a repactuação de preços, que exige análise detalhada da variação dos custos.

O reequilíbrio econômico-financeiro, por sua vez, é o instituto que desafia o risco extraordinário, estando previsto no art. 65, inc. II, alínea d, da Lei 8.666/1993:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

II – por acordo das partes:

[...]

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevierem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

O reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, também denominado de revisão contratual ou recomposição de preços, visa a promover o equilíbrio original do acordo de vontades, implicando na manutenção da equação econômico-financeira do negócio. A excessiva onerosidade do contrato desestrutura a equação inicialmente acordada, interferindo nas condições de pagamento. A manutenção da equação advém, portanto, da necessidade de restaurar-se o equilíbrio contratual abalado pela álea extraordinária, de modo a garantir a equivalência entre as obrigações do contratado e a retribuição efetivada pela Administração. Numa análise mais longínqua, o instituto apóia-se no princípio da estabilidade das relações contratuais e no princípio da segurança jurídica. Visa à justa remuneração da obra, do serviço ou do fornecimento. Por sua imprevisibilidade ou impossibilidade de mensuração, o reequilíbrio econômico-financeiro não demanda tempo para sua ocorrência, não se sujeitando ao interregno anual, aplicável somente ao reajustamento de preços em sentido amplo. Por isso, tal como no Direito Privado, admite-se para os contratos administrativos a existência da cláusula *rebus sic stantibus*. O art. 65, inc. II, alínea d, da Lei de Licitações e Contratos, previu o instituto, albergando duas hipóteses:

- a) fato imprevisível ou previsível de conseqüências incalculáveis, que retardem ou impeçam a execução do contrato; e
- b) caso fortuito, força maior ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Ao destino deste trabalho, interessa tão-somente a repactuação contratual, que é a forma de corrigir a composição dos custos do contrato de serviços contínuos, atingidos pelo risco comum à atividade empresarial.

### 2.3 DA RELEVÂNCIA DA REPACTUAÇÃO CONTRATUAL

A repactuação contratual encontra suporte jurídico no art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, nos arts. 2º e 3º da Lei 10.192/2001, no art. 28 da Lei 9.069/1995, nos arts. 40, inc. XI, 55, inc. III, e 65, § 8º, da Lei 8.666/1993, no art. 5º do Decreto 2.271/1997 e nos itens 7.1., 7.2. e 7.3. da Instrução Normativa MARE 18/1997.

A adequada renegociação do contrato beneficia não apenas o contratado, mas também a Administração contratante, porque permite que a responsabilidade solidária da Administração seja elidida pela conduta do administrador diligente. Ao renegociar os seus contratos de execução diferida, tomando por base a variação de seus custos, a Administração garante o equilíbrio entre as prestações de cada parte. Desse modo, não é possível que lhe seja imputado responsabilidade por eventuais atrasos nos pagamentos dos salários dos empregados da Empresa contratada, consoante determina a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho:

[...]

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei n. 8.666/93).

Se a Administração repactua os contratos administrativos, ajustando seus preços aos novos custos praticados pelo mercado, o contratado não poderá aduzir que o inadimplemento da empresa em relação a seus empregados deveu-se ao valor defasado pago pela Administração.

Destaco que a repactuação contratual, por si só, não elide a responsabilidade subsidiária da Administração. O fato de o Poder Público ter renegociado os preços com a empresa serve, a princípio, como linha de defesa a ser perseguida pela União em juízo, na defesa do interesse público na não-responsabilização. A defesa insistirá sempre que o inadimplemento trabalhista foi fruto exclusivo da má-gestão da

empresa, não tendo o órgão colaborado com o planejamento comercial deficitário.

O administrador, porém, não pode ater-se, tão-somente, ao êxito judicial da demanda, que é eventual. Por essa razão, deve diligenciar a fiscalização dos contratos terceirizados, antecipando-se à responsabilização subsidiária em eventual demanda.

Por isso, o gestor público deve fiscalizar permanente e cautelosamente a execução dos contratos em que a Administração é tomadora de serviços. Deve averiguar se a empresa cumpriu suas obrigações trabalhistas e previdenciárias e iniciar o procedimento para aplicação de penalidade, tão logo verificada infração às cláusulas pertinentes. Deve exigir do contratado a comprovação mensal do adimplemento das obrigações trabalhistas relativas aos empregados terceirizados. O item 6 da IN MARE 18/1997 prescreve:

#### 6. DA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS

6.1. Caberá ao responsável pela fiscalização do contrato, indicado na forma do Art. 67 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993:

[...]

6.1.3. Documentar as ocorrências havidas, e a frequência dos empregados, em registro próprio, firmado juntamente com o preposto da contratada;

6.1.4. Fiscalizar o cumprimento das obrigações e encargos sociais e trabalhistas pela contratada, compatível com os registros previstos no subitem anterior, no que se refere à execução do contrato;

6.1.5. Emitir pareceres em todos os atos da Administração relativos à execução do contrato, em especial aplicação de sanções, alteração e repactuações do contrato.

A respeito da matéria, os Advogados da União Patrícia Karlla Barbosa de Mello, Gerson José Cajueiro Camerino *et al.*, todos do Núcleo de Assessoramento Jurídico em Maceió/AL, com notável percuciência, expediram a Orientação 6, de 4 de outubro de 2007, asseverando:

O Núcleo de Assessoramento Jurídico em Maceió [...] resolve orientar os dirigentes dos órgãos da Administração Pública Federal Direta sediados em Alagoas que:

[...]

1. Evitem ações tendentes a caracterizar a relação de trabalho direta entre os empregados das empresas contratadas e a Administração Pública.

[...]

2. Mantenham rígida fiscalização do pagamento das verbas trabalhistas e previdenciárias pelas empresas contratadas, observando:

a. O correto pagamento dos salários dos empregados das empresas contratadas, em especial se está sendo pago valor superior ao salário mínimo nacional e ao piso da categoria fixado em acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho, bem como se estão sendo pagos eventuais adicionais de periculosidade e insalubridade;

b. O correto recolhimento das contribuições previdenciárias e do FGTS, exigindo periodicamente (a cada mês, de preferência) a comprovação de tais recolhimentos em relação aos empregados que prestam serviço junto ao órgão contratante;

[...]

c. O correto pagamento de eventuais horas extras dos empregados da empresa contratada. [...]

d) O correto registro da carteira de trabalho dos empregados da empresa contratada que atuam junto ao órgão público contratante. [...]

3. Sempre que for constatada alguma irregularidade, iniciem o procedimento de aplicação das sanções previstas no contrato e, caso o problema não seja solucionado em prazo razoável, busquem a imediata rescisão do contrato, com a retenção da garantia prestada até que a empresa comprove a regularização do pagamento das

verbas trabalhistas, inclusive rescisão do contrato de trabalho de seus empregados – quando for o caso – e verbas previdenciárias, além de outras questões relativas às obrigações assumidas.

A par da concessão tempestiva dos efeitos financeiros da repactuação, destaco que a fiscalização regular e adequada dos contratos constitui, também, medida preventiva em relação à responsabilidade subsidiária.

Por fim, a repactuação traduz outras vantagens para o Poder contratante, segundo bem salientou o Advogado da União Leandro Silva Marques na Nota AGU/NAJSP 095/2006-LSM, uniformizando a mesma matéria no âmbito de atuação do Núcleo de Assessoramento Jurídico em São Paulo/SP:

Com o equilíbrio da equação a administração pública se garante sob três aspectos: encontrará o efetivo menor preço nas licitações, sem valores embutidos pelos empresários com vistas a resguardarem-se de futuro desequilíbrio; previne-se contra a responsabilidade subsidiária trabalhista no caso do contrato tornar-se inexecutável; garante a continuidade do serviço público.

#### 2.4 DA CONTAGEM DO PRAZO PARA SE CONCEDER A REPACTUAÇÃO

A repactuação deve submeter-se a prazo anual.

O prazo para concessão da primeira renegociação (*dies a quo*) deve ser contado da data da proposta ou do orçamento (acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta).

A Corte de Contas (Acórdão 1563/2004-Plenário) já assentou que:

[...] no caso da primeira repactuação dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua, o prazo mínimo de um ano a que se refere o item 8.1 da Decisão 457/1995 – Plenário conta-se a partir da apresentação da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir, sendo que, nessa última hipótese, considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente

à época da apresentação da proposta, vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de antecipações e de benefícios não previstos originariamente, nos termos do disposto no art. 5º do Decreto 2.271/97 e do item 7.2 da IN/MARE 18/97.

Essa posição foi sufragada também no Acórdão 474/2005-Plenário:

A interpretação sistemática do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, do art. 3º, § o, da Lei 10.192 e do art. 40, inciso XI, da Lei 8.666/93 indica que o marco inicial, a partir do qual se computa o período de um ano para aplicação de índices de reajustamento previstos em edital, é a data da apresentação da proposta ou a do orçamento a que a proposta se referir, de acordo com o previsto no edital.

Esclareço que o órgão assessorado deverá optar, já na fase interno do procedimento, por um dos marcos admitidos. A fixação prévia da data-limite é medida de transparência e permite aos licitantes a apresentação adequada de sua proposta, além do que é consentânea com o Acórdão 1707/2003-Plenário, o Tribunal de Contas:

Estabeleça já a partir dos editais de licitação e em seus contratos, de forma clara, se a periodicidade dos reajustes terá como base a data-limite para apresentação da proposta ou a data do orçamento, observando-se o seguinte:

- se for adotada a data-limite para apresentação da proposta, o reajuste será aplicável a partir do mesmo dia e mês do ano seguinte;

- se for adotada a data do orçamento, o reajuste será aplicável a partir do mesmo dia e mês do ano seguinte se o orçamento se referir a um dia específico, ou do primeiro dia do mesmo mês do ano seguinte caso o orçamento se refira a determinado mês.

As repactuações subseqüentes devem ser concedidas após transcorrido um ano da primeira renegociação.

## 2.5 DOS EFEITOS DA REPACTUAÇÃO

Fixado o marco a partir de quando é possível repactuarem-se os contratos, deve-se observar o momento em que os efeitos financeiros decorrentes são produzidos. Há discussão acerca dos efeitos retroativos provocados pela repactuação concedida. A resposta ao assunto implica na fixação do momento em que os novos valores são devidos pelo Poder Público.

Para alguns, os valores repactuados são devidos desde o dia de assinatura do termo ou apostilamento do reajuste. Fundamentam a posição no princípio da legalidade estrita. Essa posição é adotado pelo Departamento de Assuntos Jurídicos Internos (Nota DAJI 74/2003-FMBG) e pelo Departamento de Orientação e Coordenação de Órgãos Jurídicos (Nota DECOR/CGU/AGU 23/2006-AMD).

Para outros, os efeitos monetários dos valores repactuados podem ser concedidos a partir da data do ingresso, na repartição, do requerimento da interessada. O Advogado da União Leandro da Silva Marques, na citada Nota AGU/NAJSP 095/2006-LSM, leciona que:

57. Esboçadas estas considerações, necessário avançarmos na discussão da data que deve ser considerada para concessão das repactuações: a data a partir do qual está o empresário obrigado a pagar os novos insumos, ou seja, a data de início da validade da convenção, acordo ou dissídio coletivo; ou a data do pedido de repactuação feita pelo contratado à Administração (data de protocolização do seu pedido)?

58. Essa situação, muitas vezes, deverá ser solucionada caso a caso, mas já adiantamos que a solução ideal é aquela que contemple como dia inicial para o pagamento como o do pedido do particular à Administração e, para isto, ao final deste parecer, haverá tópico específico tecendo sugestões para as futuras licitações.

59. Isto porque, é o empresário que deve se anteceder aos eventuais prejuízos que podem advir do desequilíbrio da equação do contrato, logo cientificando a Administração que precisa de um restabelecimento de condições.

60. A demora na protocolização do seu pedido poderá ser entendida como desnecessidade de restabelecimento da equação do contrato e que, portanto, estaria dispondo do seu direito no período anterior àquela.

61. *Portanto, o ideal é que se considere como a data a partir do qual será concedido efeito financeiro à repactuação como sendo a data do pedido.*

62. Porém, há situações em que poderá haver necessidade de se reconhecer o direito ao contratado de ver-se compensado por situação de desequilíbrio por período anterior ao seu pedido, e é isso que procuraremos evitar nas contratações futuras.

63. De qualquer forma, para as contratações vigentes, em primeiro lugar, *é necessário que se repise que eventual efeito compensatório para situação passada só poderá alcançar uma data que já tenha completado o período mínimo de um ano da data da última repactuação*, ou da data da convenção, dissídio, acordo coletivo, ou a data prevista no edital e no contrato. Situação contrária a esta seria uma burla à limitação legal.

Quer-me parecer que a repactuação deva ser concedida a partir do pedido devidamente protocolado, ainda que posteriormente seja assinado o termo aditivo, pois não pode o contratado estar sujeito à potestade da Administração na análise de seu requerimento. Contudo, o pagamento somente é possível após a formalização do reajuste.

Em adição, assinalo que o equilíbrio contratual que se busca com a repactuação não pode ser alcançado sem os respectivos efeitos. Anuir que eles somente se produzam a partir do deferimento do pedido ou da assinatura do instrumento é suprimir, durante o período de análise administrativa, a justiça contratual.

A possibilidade de que os preços novos sejam devidos a partir da protocolização do requerimento não ofende o princípio da legalidade estrita, porque o administrador está adstrito ao cumprimento das disposições legais e contratuais nos termos dos princípios postos por todo o ordenamento jurídico. E o enriquecimento que a Administração pode auferir em razão do atraso na decisão referente à repactuação constitui ilícito, pois é seu dever decidir os casos submetidos à sua

apreciação. O art. 48 da Lei 9.784/1999 dispõe:

Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

E sobejamente sabido que o enriquecimento ilícito foi, igualmente, erigido à condição de princípio geral do Direito.

De concluir-se, pela melhor hermenêutica, que o princípio da legalidade estrita não se conflita com o da vedação do enriquecimento ilícito. Ao contrário, são complementares, de modo que a repactuação, preenchidos seus requisitos, pode ser concedida a partir da data em que o requerimento ingressa no órgão.

Verificados os pressupostos autorizadores da repactuação e uma vez concedida, o órgão não pode esquivar-se de efetivar o seu pagamento ao contratado. De nada adiantaria à Administração fixar os novos preços de forma expedita e de acordo com os praticados no mercado, se não pudesse também efetuar os pagamentos no tempo oportuno. A recalcitrância de alguns gestores em efetuar o pagamento relativamente à data do pedido é uma razão invocada com frequência pela Justiça do Trabalho para responsabilizar subsidiariamente a União pelas dívidas trabalhistas das empresas contratadas. Se os órgãos da União pagam em dia e corrigem o valor de seus contratos corretamente, é praticamente impossível imputar-lhes responsabilidade pela desídia ou má-gestão empresarial. Isso é feito, sobretudo, com o pagamento tempestivo da repactuação.

O Tribunal de Contas da União não dispensou tratamento específico sobre os efeitos do instituto. A citada Nota AGU/NAJSP 095/2006-LSM apresenta cuidadoso estudo sobre a evolução do posicionamento do Tribunal, ora vedando, genericamente, a retroação dos termos aditivos, ora não censurando a postura dos órgãos que o reconhecem quanto à repactuação.

Firmados os objetivos e a relevância da repactuação contratual, oportuno indicar, com minudência, os documentos e as providências que deverão instruir os processos administrativos a serem encaminhados à apreciação jurídica desta Unidade de Consultoria.

## 2.6 DO EDITAL, DO CONTRATO, DOS TERMOS ADITIVOS, DAS PUBLICAÇÕES E DAS PLANILHAS

O Edital, o contrato, os termos aditivos, as publicações e as planilhas de preços devem constar em todo processo licitatório, segundo dispõe o art. 38 e incisos da Lei 8.666/1993 c/c os arts. 8o e 9o da Lei 10.520/2002.

No caso das repactuações contratuais, a importância desses documentos mais se aviva, pois é neles que estão consignados os vetores diretos do instituto, fixando a previsão, o prazo e a forma de processamento. Com efeito, a repactuação somente é possível se estiver prevista no edital ou no contrato, conforme determinam os arts. 40, inc. XI, 55, inc. III, da Lei 8.666/1993 e o art. 5o do Decreto 2.271/1997.

Do mesmo modo, necessário é que estejam presentes os extratos das publicações dos atos na imprensa oficial, nos termos do parágrafo único do art. 61 da Lei 8.666/1993. É a partir da publicação que os contratos e os aditivos produzem seus efeitos jurídicos, o que não se confunde com a perfeição e validade do ato. A publicação dos respectivos extratos, por expressa disposição legal, é condição para eficácia do ajuste.

A medida objetiva conferir segurança jurídica à gestão administrativa. A publicação extemporânea, portanto, afeta diretamente os efeitos do contrato, com evidente prejuízo para a Administração.

Também as planilhas de formação de preços, por servirem de base à proposta original da contratada e aos pedidos pretéritos de repactuação, carecem de ser juntadas aos autos para subsidiar o setor contábil da Administração no cotejar do novo pedido com os dados originais apresentados pela empresa em seus requerimentos precedentes. Demais disso, consistindo na proposta da contratada, a planilha inicial deve integrar os autos *ex vi* do disposto no art. 38, inc. IV, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

A par da obrigatoriedade legal de juntada dos documentos, a importância da anexação sobressai ao se constatar que em processos relativos a aditamentos contratuais, o órgão jurídico deverá proceder à análise de todo o expediente, a fim de verificar a sua eficácia e a

ocorrência de causas extintivas do contrato. Essa orientação, inclusive, é vinculante para todos os órgãos de execução da Advocacia-Geral da União, vez que constante da Nota DECOR 57/2004-MMV, aprovada pelo Advogado-Geral. A sobredita nota aduz que:

a) os exames prévios procedidos nos textos dos editais de licitação, ou nos instrumentos de sua dispensa ou inexigibilidade, como nos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, que tenham por objeto a prestação de serviços terceirizados, na forma prevista no Decreto n. 2.271, de 7 de julho de 1997, deverão mencionar, obrigatoriamente, se a contratação pretendida obedece às normas legais que regem a espécie. Caso seja observada a caracterização do fornecimento de mão-de-obra para a execução das atividades-fim do respectivo órgão, ou a prestação de serviços subordinados, os atos propostos deverão ser liminarmente rejeitados;

b) relativamente aos processos que versem sobre aditamento de contratos, convênios ou instrumentos congêneres, com a finalidade de prorrogar o prazo de vigência, deverá ser levado em conta a data de expiração do prazo assinalado, rejeitando-se, de plano, os contratos com vigência expirada, devendo ser exigido, para a compleição do exame prévio, que o processo esteja devidamente instruído com cópia completa do edital, do contrato original e dos termos aditivos anteriormente celebrados.

Essa orientação encontra-se também pactuada no recente Termo de Conciliação Judicial relativo à Ação Civil Pública 00810.2006.017.10.00.7, firmado entre a União e o Ministério Público do Trabalho, *in verbis*:

CLÁUSULA PRIMEIRA. A UNIÃO se compromete a contratar serviços terceirizados apenas e exclusivamente nas hipóteses autorizadas pelo Decreto n. 2.271, de 7 de junho de 1997, observado o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

Parágrafo 1º A responsabilidade pela contratação de serviços terceirizados em desacordo com o disposto no Decreto n. 2.271, de 7 de junho de 1997, será da autoridade competente para a assinatura do contrato e do respectivo ordenador de despesas, solidariamente.

## 2.7 DO SERVIÇO CONTINUADO

Notadamente quanto ao contrato, é necessário que o seu objeto seja um serviço, pois a repactuação somente pode ser concedida para avenças dessa natureza.

Ademais, nem todo contrato de serviço admite a repactuação. Apenas os contratos de serviços reputados contínuos.

Contínuos são os serviços declarados essenciais para o órgão contratante. Acerca do assunto, a Instrução Normativa MARE 18/1997 dispõe, *in verbis*:

### 1. DAS DEFINIÇÕES

1.1. Para os efeitos desta IN são adotadas as seguintes definições:

SERVIÇOS CONTINUADOS são aqueles serviços auxiliares, necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições, cuja interrupção possa comprometer a continuidade de suas atividades e cuja contratação deve estender-se por mais de um exercício financeiro.

Sobre o tema, Marçal Justen Filho (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 492-3):

A identificação dos serviços de natureza contínua não se faz a partir do exame propriamente da atividade desenvolvida pelos particulares, como execução da prestação contratual. A continuidade do serviço retrata, na verdade, a permanência da necessidade pública a ser satisfeita. Ou seja, o dispositivo abrange os serviços destinados a atender necessidades públicas permanentes, cujo atendimento não exaure prestação semelhante no futuro.

Estão abrangidos não apenas os serviços essenciais, mas também compreendidas necessidades públicas permanentes relacionadas com atividades que não são indispensáveis. O que é fundamental é a necessidade pública permanente e contínua a ser satisfeita através de um serviço.

Com efeito, a Corte de Contas (*Licitações & Contratos: Orientações Básicas*. 3. ed. rev., atual. e ampl. TCU: Secretaria de Controle Interno, 2006. p. 334-5) já assentou:

Serviços de natureza contínua são serviços auxiliares e necessários à Administração, no desempenho de suas atribuições, que se interrompidos podem comprometer a continuidade de suas atividades e cuja contratação deva estender-se por mais de um exercício financeiro.

*A Administração deve definir em processo próprio quais são seus serviços contínuos, pois o que é contínuo para determinado órgão ou entidade pode não ser para outros.*

De acordo com esse entendimento, mister que a justificativa da essencialidade do serviço para o órgão esteja presente nos autos, nos termos do art. 5º do Decreto 2.271/1997 e dos Acórdãos 297/2005 e 1.240/2005-Plenário do TCU. A demonstração da continuidade pode ser realizada mediante declaração encartada no expediente.

## **2.8 DO REQUERIMENTO DA CONTRATADA, DA NOVA PLANILHA E DO PROTOCOLO DO PEDIDO**

A discussão da majoração dos preços contratuais deve ser iniciada pela contratada. Se não há manifestação do interessado, a Administração não pode iniciar unilateralmente o reajuste. Todavia, a Administração pode tomar a iniciativa da repactuação, nos casos em que os preços praticados pelo mercado sejam inferiores aos contratados.

Por essa razão, a repactuação deve ser precedida de requerimento expresso da empresa, acompanhado de nova planilha de custos e formação de preços, na qual estejam discriminados e detalhados todos os elementos que consubstanciaram o pedido de revisão do contrato. A postulação da interessada demonstrará seu interesse em continuar vinculada à proposta (Acórdão 474/2005-Plenário do TCU).

Importante é que a Administração adote sistema de protocolo de documentos, de modo a subsidiar a conferência de requerimentos dessa natureza.

É do comparativo da planilha nova com a pretérita que o setor contábil do órgão assessorado, entre outros critérios, poderá debulhar o pedido de aumentos abusivos ou não demonstrados.

## **2.9 DA COMPROVAÇÃO DOS FATOS ENSEJADORES DA REACTUAÇÃO**

Uma vez requerida a repectuação, a contratada deve comprovar os fatos que lhe deram causa. Deve, portanto, anexar os documentos que demonstrem as circunstâncias que ensejaram a repectuação, de modo a possibilitar ao administrador público a verificação do aumento da despesa.

Assim, os comprovantes de gastos com a aquisição de novos fardamentos e com o treinamento de empregados, com o aumento do preço dos materiais utilizados, etc. devem ser trazidos aos autos.

De igual modo, o particular procederá a juntada de cópia da convenção, acordo ou dissídio coletivo que majorou o salário da categoria cuja mão-de-obra foi terceirizada pela Administração. O documento, para ter validade jurídica, deve estar devidamente registrado na Delegacia Regional do Trabalho, segundo exige o item 9.5. da Instrução Normativa MARE 18/1997:

9.5. Para atendimento ao dispostos nos itens 5 e 7 desta IN, deverá a proponente/contratada apresentar cópia autenticada do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho da categoria pertinente ao objeto do serviço, quando couber.

Nesse último caso, convém que o gestor público averigüe a correspondência entre o serviço terceirizado objeto do contrato e a categoria cujo salário foi majorado.

## **2.10 DA PESQUISAS DE PREÇOS E DO MAPA COMPARATIVO**

Os preços repectuados devem guardar equivalência com os preços médios praticados com o mercado. Acaso o preço repectuado resultar em preço maior que os de mercado, conveniente é que a Administração rescinda o contrato e realize novo procedimento para contratação do serviço.

A verificação dessa equivalência é feita pelo mapa comparativo de preços ou orçamento estimativo da contratação. O mapa é confeccionado com base nos preços de mercado, apurado mediante pesquisa em três empresas distintas da contratada ou mediante outros meios idôneos (aquisição de idêntico serviço recentemente realizado por outro órgão, preços registrados, etc). A razão de ser do orçamento estimativo é verificar se o novo preço pretendido com a repactuação é compatível com os de mercado, segundo o art. 43, inc. IV, da Lei 8.666/1993, e se é mais vantajoso para a Administração, segundo o art. 3º da Lei 8.666/1993.

O Tribunal de Contas já tratou da matéria no Acórdão 474/2005-Plenário.

#### **2.11 DO RELATÓRIO DO GESTOR E DA MANUTENÇÃO DAS CONDIÇÕES EXIGIDAS PARA HABILITAÇÃO**

Os autos serão instruídos, ainda, com o relatório do gestor e com informações sobre a situação cadastral da contratada, conforme art. 55, inc. XIII, da Lei 8.666/1993. No caso da situação cadastral, concernente à manutenção das condições de habilitação, necessária é a juntada de consulta ao SICAF.

O relatório do gestor ou fiscal do contrato deve conter elementos relativos à execução do serviço pela Contratada, durante todo o período de vigência anterior à repactuação, de modo a comprovar a vantagem para a Administração na repactuação pretendida.

Esses elementos visam a possibilitar ao administrador fiscalizar o cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado.

#### **2.12 DA ANÁLISE CONTÁBIL DA PLANILHA**

O setor técnico da Administração analisará a planilha de custo apresentada, juntando aos autos o seu pronunciamento. Segundo o Tribunal de Contas:

Na repactuação de seus contratos de serviços de natureza contínua efetuada nos termos da IN 18/97/MARE, confira se ocorreu de fato o aumento de custos alegado pelo contratado, por meio de minucioso exame da Planilha de Custos e Formação de Preços apresentada, sendo que, caso seja deferido o pedido, tal estudo subsidie as justificativas formuladas pela autoridade competente (Acórdão 55/2000-Plenário).

A averiguação contábil consiste na análise detalhada da variação dos componentes dos custos do contrato, segundo exige o art. 5º do Decreto 2.271/1997 e o item 7.3. da Instrução Normativa MARE 18/1997.

O setor responsável deve diligenciar no sentido de observar se a incidência do aumento salarial da categoria ocorreu apenas sobre a parcela dos custos ligados diretamente à mão-de-obra, rejeitando a incidência sobre o valor de toda a planilha, consoante já dispôs o Acórdão 1.744/2003-Segunda Câmara do Tribunal de Contas da União.

De igual forma, o setor promoverá, conforme o caso, a adequação dos preços repactuados aos limites previstos na Portaria SLTI/MP 3/2006, no caso de serviços de vigilância; e na Portaria SLTI/MP 4/2006, no caso de serviços de limpeza e conservação. É que nos contratos relativos a tais serviços, a legislação prevê a fixação de limites de preços, por Estado.

Há de se observar, com atenção, o Grupo E do Item III das planilhas (incidência dos encargos do Grupo A, exceto FGTS, sobre aviso prévio indenizado e indenização adicional), que deverá ser suprimido, visto que as parcelas não constituem mais salário de contribuição, nos termos da Lei 9.528/1997, que alterou o § 9º do art. 23 da Lei 8.212/1991, e do Regulamento da Previdência Social. A planilha padrão adotada pela Instrução Normativa MARE 18/1997 não foi, ainda, atualizada neste aspecto.

Os tributos Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), por sua vez, deverão ser excluídos das planilhas de formação de custos, qualquer que seja a forma de sua inclusão, por consistirem acréscimo disfarçado da margem de lucro prevista, segundo dispõe o Acórdão 950/2007-Plenário do Tribunal de Contas da União:

Instrua os órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais da Administração Federal a se absterem, doravante, de fazer constar dos orçamentos básicos das licitações, dos formulários para proposta de preços constantes dos editais e das justificativas de preço a que se refere o art. 26, inciso III, da Lei 8.666/1993, inclusive para os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, parcelas relativas a gastos com os tributos IRPJ e CSLL, não podendo ser aceitas também propostas de preços contendo custos relativos aos tributos citados, seja na composição do BDI, seja como item específico da planilha ou orçamento.

Também assim, há de suprimir-se eventual alíquota de 0,5% instituída pela Lei Complementar 110/2001, pois, consoante leciona a Assistente Jurídico Mercedes Irasema Flores Caus, do Núcleo de Assessoramento Jurídico em Vitória/ES, no Parecer MIFC/NAJ/AGU/ES 424/07:

Ainda, superada a questão atinente à inclusão de tributos diretos na composição dos preços (IRPJ e CSLL), abordadas pelo TCU, observa-se que a alíquota de 0,5% instituída pela Lei Complementar n. 110/2001 incidente sobre a remuneração devida, a cada trabalhador, a título de FGTS, teve sua competência expirada no mês de dezembro de 2006, tendo tal alíquota, contudo, sido mantida pela empresa contratada na composição da formação dos custos do contrato, no exercício de 2007, consoante se vê do teor das planilhas de fls. 300 a 311, fato este que deverá ser objeto de apuração e regularização por parte da Administração dessa Superintendência.

As conclusões do setor contábil indicarão o valor a ser repactuado e serão anexadas ao caderno processual.

### **2.13 DA INDICAÇÃO DA DISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA E DA CONSULTA AO SIAFI**

A instrução do expediente alcança, também, a autorização orçamentária para cobrir eventual aumento, nos termos dos incs. II, III e IV do § 2º do art. 7º da Lei 8.666/1993, e, quando for o caso, declaração de adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e de compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias, nos termos do art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

A consulta ao SIAFI deverá ser juntada nos mesmos moldes.

#### 2.14 DA JUSTIFICATIVA DA RE Pactuação

Por fim, a concessão da repactuação será apresentada mediante justificativa nos autos. Isso porque o administrador deve decidir fundamentada e motivadamente (art. 113 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos c/c arts. 48 e 50 da Lei de Processo Administrativo Federal), justificando a opção adotada, buscando a melhor aplicação possível à luz dos princípios da razoabilidade e economicidade e, sobretudo, envidando esforços a fim de reduzir custos, visto que a repactuação, por ser forma de renegociação contratual, não pode consistir em repasse integral e direto de custos e índices à Administração Pública.

Sobre a necessidade de o administrador justificar o ato, confirmam-se os Acórdãos 1.563/2004 e 297/2005-Plenário do TCU.

Nessa toada, a Assistente Jurídico Mercedes Irasema Flores Caus, no opinativo antes mencionado, arremata:

b) tanto nas prorrogações dos contratos quanto nas repactuações, o gestor público deve guiar-se, entre outros, pelos princípios da razoabilidade, da economicidade e da justa remuneração da contratada; as prorrogações, concomitantes ou não com repactuações, são ocasiões propícias para ajustes de valores que estejam onerando indevidamente os contratos;

#### 2.15 DO PARECER JURÍDICO

Necessário, ainda, que o processo seja submetido à análise jurídica do órgão de consultoria, por tratar-se de contratação administrativa, ao teor do quanto dispõe o art. 38, parágrafo único, da Lei de regência.

O Tribunal de Contas da União (Acórdão 1.892/2007), por sua vez, tem orientado os órgãos para que:

Submeta as minutas de todos os termos aditivos para análise e aprovação prévia do órgão de assessoria jurídica, consoante parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/1993.

## 2.16 DO TERMO ADITIVO E DO APOSTILAMENTO

Por ser espécie do gênero reajustamento de preços, a repactuação, em princípio, não constitui alteração substancial do contrato, podendo ser registrada por simples apostila, dispensando a celebração de termo específico, *ex vi* do disposto no § 8o do art. 65 da Lei 8.666/1993. A fixação do preço reajustado mediante apostilamento diminui o prazo de trâmite do processo administrativo

Contudo, não se vislumbra nulidade se a repactuação for concedida mediante termo aditivo. A fundamentação dos votos de alguns Ministros do Tribunal de Contas da União e dos pareceres do Ministério Público junto ao TCU, inclusive, apontam que a apostila é procedimento opcional e simplificado, utilizado em casos simples, recomendando que alterações profundas, como a repactuação, sejam sacramentadas pela forma mais solene do aditamento.

## 2.17 DA ATUALIZAÇÃO DA GARANTIA

A Administração deverá promover a atualização da garantia eventualmente prestada, em razão da atualização do valor do contrato, segundo dispõe o art. 56, § 2o, da Lei de regência.

## 2.18 DA CLÁUSULA DE REPACTUAÇÃO NOS CONTRATOS

Por fim, não descurando do dever de orientar os órgãos assessorados, sugiro que nas minutas dos contratos de prestação de serviços terceirizados de natureza contínua, seja acrescida a seguinte cláusula, adaptada da orientação do Núcleo de Assessoramento Jurídico em São Paulo/SP:

CLÁUSULA [...] – DA REPACTUAÇÃO – O presente instrumento poderá ser repactuado, observado o interregno mínimo de um ano, contado a partir da data do orçamento a que a proposta se referir (no caso da primeira repactuação), e da data da última repactuação (para as subseqüentes), visando à adequação aos novos preços de mercado e à demonstração analítica da variação dos componentes de custos, devidamente justificadas, de conformidade com o Decreto 2.271/1997, ou outros dispositivos legais que venham a ser editados pelo Poder Público em complementação ou substituição à mencionada norma.

SUBCLÁUSULA PRIMEIRA – Considera-se como data do orçamento a que a proposta se referir a data da vigência do acordo ou convenção (artigo 614 da Consolidação das Leis do Trabalho), dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta, vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de antecipações e de benefícios não previstos originariamente, nos termos do disposto no art. 5º do Decreto 2.271/1997 e no item 7.2 da IN/MARE 18/97.

SUBCLÁUSULA SEGUNDA – O direito à repactuação será concedido à contratada que comprovar a necessidade de alteração do valor contratual, contado da data do protocolo do pedido.

SUBCLÁUSULA TERCEIRA – Se a convenção, acordo, dissídio coletivo ou equivalente tiver efeitos retroativos, e o interessado requerer, a Administração concederá os mesmos efeitos, sempre observado o interregno mínimo de um ano previsto no caput para a concessão de efeitos financeiros.

SUBCLÁUSULA QUARTA – A partir da segunda repactuação, considera-se como data da última repactuação a data a partir do qual se iniciaram seus efeitos financeiros.

SUBCLÁUSULA QUINTA - Os novos preços repactuados não poderão ultrapassar o limite máximo fixado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

### 3 CONCLUSÃO

Do quanto sobredito, à guisa de uniformização, sugiro que os processos administrativos relativos à repactuação contratual sejam instruídos com os documentos e as providências abaixo relacionadas:

- a) edital ou ato que reconheceu ou inexigiu a licitação;
- b) contrato;
- c) declaração sobre a essencialidade dos serviços;
- d) previsão editalícia ou contratual da repactuação;

- e) termos aditivos aos contratos;
- f) cópias dos extratos de publicação do contrato e dos termos aditivos;
- g) verificação do prazo anual;
- h) planilhas de custo e formação de preços contemporânea à contratação (proposta vencedora) e às repactuações eventualmente já ocorridas;
- i) requerimento da contratada;
- j) planilha de custo e formação de preços relativa à repactuação requerida;
- k) indicação da data em que o requerimento foi recebido no órgão;
- l) comprovantes dos fatos ensejadores da repactuação, inclusive da convenção ou acordo coletivo de trabalho que fixou o novo piso salarial da categoria, devidamente registrada na DRT, quando for o caso;
- m) averiguação da correspondência entre o serviço terceirizado objeto do contrato e a categoria beneficiária do aumento salarial;
- n) pesquisa de preços;
- o) mapa comparativo de preços;
- p) relatório do fiscal do contrato;
- q) verificação da manutenção das condições de habilitação;
- r) consulta ao SICAF, relativa à situação da contratada;
- s) análise contábil das planilhas;

- t) indicação da disponibilidade orçamentária para cobertura da repactuação;
- u) consulta ao SIAFI;
- v) declaração de adequação e compatibilidade orçamentária e financeira, quando for o caso;
- w) justificativa da repactuação;
- x) parecer jurídico;
- y) apostilamento ou aditamento da repactuação;
- z) atualização do valor da garantia, quando for o caso.

Saliento que o presente opinativo constitui orientação prévia aos órgãos assessorados, não os dispensando do dever legal de submeter, em cada caso, os respectivos expedientes à consultoria jurídica. Também assim, restringe-se aos aspectos legais da questão, não cabendo ao Núcleo de Assessoramento Jurídico o exame da matéria em razão do aspecto econômico e técnico, nem da oportunidade e conveniência da decisão adotada.

De outra parte, sou de opinião que este Núcleo de Assessoramento Jurídico:

- a) encaminhe à Procuradoria da União no Estado de Sergipe cópia do inteiro teor deste pronunciamento, de modo a contribuir na elaboração da tese de defesa da União nas questões relativas à responsabilidade subsidiária, segundo dispõe o inc. V do art. 19 do Ato Regimental 5/2007;
- b) encaminhe cópias do presente entendimento aos demais Núcleos de Assessoramento e à Consultoria-Geral da União, em razão da generalidade do assunto;
- c) provoque a uniformização do Departamento de Orientação e Coordenação de Órgãos Jurídicos (DECOR) acerca do tratamento dos efeitos retroativos da repactuação, em vista da divergência do posicionamento adotado pelo NAJ/SE e pelo

NAJ/SP em relação ao Departamento de Assuntos Jurídicos Internos (DAJI) e ao próprio DECOR, encaminhando-lhe cópias deste opinativo, da Nota AGU/NAJSP 095/2006-LSM, da Nota DAJI 74/2003-FMBG e da Nota DECOR/CGU/AGU 23/2006-AMD, de acordo com o permissivo contido no art. 22 do Ato Regimental 5/2007;

- d) solicite do Departamento de Assuntos Extrajudiciais (DEAEX) estudo ou manifestação acerca dos posicionamentos divergentes adotados pelo Tribunal de Contas da União acerca dos efeitos retroativos da repactuação, encaminhando-lhe cópia do presente parecer e da Nota AGU/NAJSP 095/2006-LSM, nos termos do inc. IV do art. 13 do Ato Regimental 5/2007.

*Sic mihi videtur, sub censura.*

À consideração da dignitária do NAJ/SE.

Aracaju-SE, 10 de janeiro de 2008.

**JOSÉ ADOLFO NOVATO DA SILVA**

Advogado da União



**COMENTÁRIO À JURISPRUDÊNCIA  
DECISÃO LIMINAR PROFERIDA NO STAS  
175 E 178, PELO MINISTRO GILMAR  
FERREIRA MENDES, DO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL**

*Francisco Livanildo da Silva  
Advogado da União – PU/PI –  
Mestrando em Direito pela Universidade  
Federal do Rio Grande do Norte (UFRN)*



Ao negar os pedidos de Suspensões de Tutela Antecipada, formulados pelo Município de Fortaleza/CE e União Federal, nos autos dos processos nº 175 e 178, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, atual Ministro-Presidente do Supremo Tribunal Federal, estabeleceu alguns parâmetros, os quais deverão conduzir os julgados perante aquela Suprema Corte, bem como os das instâncias inferiores ou, quando muito, já servirão para subsidiar novos remédios processuais contra excessos cometidos por autoridades judiciárias de grau inferior.

Embora o despacho tenha sido proferido monocraticamente, mas em função das discussões travadas naquela Corte Suprema durante a Audiência Pública que ouviu cerca de 50 (cinquenta) inscritos, entre especialistas, órgãos de defesa de classes, entes públicos e suas representações jurídicas e técnicos da saúde, a orientação ali emanada tende a servir de esteio aos julgados das instâncias inferiores, razão pela qual necessária se faz uma análise mais detalhada acerca dos pontos fundamentais daquele *decisum*, especialmente buscando identificar que avanços ele representa para as teses e entraves jurídicos envolvidos na questão dessas demandas.

Inicialmente é de bom alvitre que se destaque o quadro trazido nos referidos feitos - fático - especialmente sobre o caso de saúde ali mencionado -, para que se possa ao final não admitir conclusão adversa da que ali foi proferida:

- a) Trata-se de jovem de 21 anos de idade, é portadora da patologia denominada NIEMANN-PICK TIPO C, doença neurodegenerativa rara, comprovada clinicamente e por exame laboratorial, que causa uma série de distúrbios neuropsiquiátricos, tais como, “movimentos involuntários, ataxia da marcha e dos membros, disartria e limitações de progresso escolar e paralisias progressivas.
- b) os relatórios médicos emitidos pela Rede Sarah de Hospitais de Reabilitação relatam que o uso do ZAVESCA (miglustat) poderia possibilitar um aumento de sobrevida e a melhora da qualidade de vida dos portadores de Niemann-Pick Tipo C;
- c) a família da paciente declarou não possuir condições financeiras para custear o tratamento da doença, orçada em R\$ 52.000,00 por mês;

- d) segundo o acórdão impugnado, há prova pré-constituída de que o medicamento buscado é considerado pela clínica médica como único capaz de deter o avanço da doença ou de, pelo menos, aumentar as chances de vida da paciente com uma certa qualidade;

Os principais argumentos dos entes federados (autores nas referidas ações) eram os seguintes: o fato do medicamento não estar registrado na ANVISA, embora posteriormente, no curso da ação tal registro foi efetivado; e a ineficácia do uso do medicamento ZAVESCA para o tratamento da doença de Nieman-Pick Tipo C.

A decisão fez questão de evidenciar e enquadrar o direito à saúde como direito fundamental social, na medida em que dissecou o teor do artigo 196 da CF/88, dando ênfase ao seu caráter prestacional positivo, que para sua realização exigirá o estabelecimento de “políticas públicas e econômicas que visem a redução do risco de doenças e outros agravos”, além de destacar que tais políticas devem se reger pelo princípio do “acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

A grande celeuma reside, pois, em se saber quem é (ou deveria ser) o responsável pela implementação das políticas públicas indicadas pelo Ministro-relator. Essa incógnita restou não respondida pela autoridade judiciária, quando apenas reconhece a tensão existente entre os elaboradores e executores das políticas públicas e as intervenções judiciais nesses programas, muitas vezes até contrariando os seus princípios e normas.

Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito à saúde, por outro as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias<sup>1</sup>.

---

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível na internet. <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em 6 dez. 2009.

A decisão fez questão de compartimentar a sua análise, permitindo maior clareza da interpretação dos direitos nela envolvidos: se já existe uma política pública que abranja a prestação de saúde requerida pela parte autora, entende o renomado constitucionalista e ministro do STF, em hipótese como essa, a determinação judicial não cria ou estabelece políticas públicas, apenas determina o seu efetivo cumprimento, o que já deveria ter sido feito pelos órgãos estatais. Para o Ministro Gilmar Mendes, nesta situação não há falar-se em interferência judicial.

Porém, se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal a sua dispensação. É, exatamente neste particular que reside a grande maioria das demandas judiciais envolvendo medicamentos de alto custo e medicamentos oncológicos (que não evidencia medicamentos, mas integral tratamento).

Em linhas gerais é possível traçar um quadro esquemático tratando das linhas-mestras da decisão aqui examinada<sup>2</sup>:

- a) Não deve o Poder Judiciário condenar o Estado ao fornecimento de prestação de saúde não registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), seja pela vedação legal (e realização do princípio da legalidade administrativa), seja porque o registro do medicamento no ANVISA é uma garantia à saúde pública. Por tudo isso, o registro na ANVISA mostra-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo a primeira condição para que o Sistema Único de Saúde possa considerar sua incorporação. Neste particular andou bem o julgador, principalmente, porque chega a desacreditar até mesmo o Judiciário (enquanto instituição estatal), a concessão judicial de medicamento cujo órgão técnico de saúde e vigilância tenha reprovado o seu pedido de registro, por comprovar sua ineficácia, ineficiência e insegurança.
- b) Quanto às ações com o objetivo de garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear por entender que inexistem

---

<sup>2</sup> STF – STAs 175 e 178 – Decisão monocrática – Min. GILMAR FERREIRA MENDES – Extraído do sítio eletrônico: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), em 18/09/2009.

evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão, se existir um tratamento alternativo coberto pelo SUS e não houver nenhuma inadequação do seu uso pelo paciente, deve ser aquele preterido, dando-se prevalência àquele ofertado pelo Sistema Único de Saúde. Porém, se existe tratamento alternativo oferecido pelo SUS fornece, mas este não é adequado ao paciente-autor, cabe a este a prova da inadequação ou da inaplicabilidade, ante suas condições específicas;

- c) Grande relevo assumiu o entendimento esposado na decisão em comento, no sentido de que “a princípio, pode-se inferir que a obrigação do Estado, à luz do disposto no artigo 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde”. Esse entendimento também reforçou a tese do SUS no sentido de que deve os “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, por se basearem em “Medicina Baseada em Evidência” devem ter prevalência sobre determinados laudos ou pareceres médicos, de forma isolada e em desconformidade com os mesmos, não obstante estes devam ser revisados periodicamente, sem prejuízo do estabelecimento de novos Protocolos Clínicos ou possam vir a ser questionados em juízo e até mesmo ter afastada sua aplicação para um determinado caso, por razões específicas do organismo do paciente ou se houver comprovação de que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso.
- d) Deu-se uma interpretação restritiva aos princípios constitucionais do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, ressaltando que estes só se tornarão viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os escassos recursos públicos da forma mais eficiente possível. Dessa forma, afastou-se a obrigação do SUS em financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente, pois segundo o relator do feito, isto geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada, não obstante essa conclusão não seja de todo absoluta, mas deve ser vista de forma sistêmica.

- e) Estabeleceu-se a diferença entre “tratamentos puramente experimentais” dos “tratamentos ainda não testados pelo SUS”. Em relação ao primeiro, o julgador entendeu que o Estado não pode ser condenado ao fornecê-los, enquanto em relação aos segundos, sugeriu a ponderação e o cuidado do julgador na apreciação da matéria, reconhecendo a imprescindível instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar.
- f) Por fim, destacou o douto Presidente do Supremo Tribunal Federal, “a Política de Dispensação de Medicamentos excepcionais visa a contemplar justamente o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis”, e em assim sendo, não pode restringir a plenitude do direito à saúde a meros valores financeiros dos medicamentos de alto custo.

Na verdade, embora a decisão acima examinada seja monocrática, mas partindo da lavra do Ministro Gilmar Mendes, atualmente sob a Presidência do Supremo Tribunal Federal, é possível antever que esses delineamentos influenciarão sobremaneira todos os operadores do direito. Porém, o que se verifica, na prática, é que o ponto central que se revela na presente decisão vem a ser a prudência dos julgadores e, acima de tudo, uma escorreita instrução probatória.

Ocorre que esse tem sido o grande dilema daqueles que operam em processos judiciais que tratam do direito à saúde, a completa ausência de amparo técnico, o que conduz a uma escassa instrução probatória, quase sempre presa a laudos, pareceres e receituários prescritos por um único profissional, sem uma abalizada comprovação científica. Por outro lado, a defesa do Sistema Único de Saúde (SUS) também fica órfã de um contraditório lastreado em estudos técnicos, capazes de superar os argumentos únicos trazidos pela parte autora. Também os magistrados ficam muito mais à mercê dos argumentos e valores morais e/ou sentimentais trazidos nas peças vestibulares, do que mesmo amparado em substancial prova pericial, o que conduz a um julgamento sem muita técnica jurídica.