

# Revista da AGU

## Colaboradores:

### Institucional

- Grace Maria Fernandes Mendonça

### Artigos

- Adel El Tasse
- Bernardo Alves da Silva Júnior
- Carlos Côrtes Vieira Lopes
- Eliana Alves de Almeida Sartori
- Erico Ferrari Nogueira
- Flávia Santiago Lima
- Hudson Machado Guimarães
- Karla Virgínia Bezerra Caribé
- Leonardo Vizeu Figueiredo
- Luciano Pereira Vieira
- Lyts de Jesus Santos
- Marcos Augusto Maliska
- Maria Augusta Soares de Oliveira Ferreira
- Sibebe Regina Luz Grecco

### Parecer

- Daniel Picolo Catelli

### Jurisprudência

- Daiane Nogueira de Lira

# 21

REVISTA DA  
**AGU**

ANO VIII Nº 21 - Brasília-DF, jul./set. 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 José Antonio Dias Toffoli

### 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

Evandro Costa Gama	Substituto do Advogado-Geral da União
Marcelo Siqueira Freitas	Procurador-Geral Federal
Luís Inácio Lucena Adams	Procurador-Geral da Fazenda Nacional
Ronaldo Jorge Araujo Vieira Junior	Consultor-Geral da União
Aldemario Araujo Castro	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; Claudia Aparecida de Souza Trindade; Denise Lucena Cavalcante; Fabiano André de Souza Mendonça; Fernando Netto Boiteux; Francisco Humberto Cunha Filho; José Tadeu Neves Xavier; Luciana Barbosa Musse; Regina Linden Ruaro; Sérgio Augusto Zampol Pavani.

**Membros Eletivos:** Alexandre Bernardino Costa; André Lopes de Sousa; Carlos José de Souza Guimarães; Cássio Cavalcante; Daniela Ferreira Marques; Fábio Campelo Conrado de Holanda; 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<sub>(ADAPTAÇÃO)</sub>/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 21 - Brasília-DF, jul./set. 2009

Periodicidade: Trimestral - ISSN 1981-2035

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

CDD 341.05  
CDU 342(05)

# SUMÁRIO

Apresentação.....	5
Editorial.....	7
INSTITUCIONAL	
A Missão Institucional da Secretaria-geral de Contencioso e seus Reflexos na Defesa das Políticas e dos Interesses Públicos <i>Grace Maria Fernandes Mendonça</i> .....	9
ARTIGOS	
Crime de Desobediência: Abusividade do Aprisionamento de Agente Público no Exercício da Função <i>Adel El Tasse</i> .....	35
O IPI Não-Cumulativo e a Impossibilidade Jurídica do Crédito Oriundo da Aquisição de Insumos Isentos <i>Bernardo Alves da Silva Júnior</i> .....	57
Análise Crítica da Atuação do Poder Judiciário em Relação aos Benefícios da Seguridade Social <i>Carlos Côrtes Vieira Lopes</i> .....	75
Reexame Necessário. Sentenças Condenatórias Ilíquidas Proferidas contra a Fazenda Pública <i>Eliana Alves de Almeida Sartori</i> .....	91
A Arbitragem e sua utilização na Administração Pública <i>Erico Ferrari Nogueira</i> .....	125
Dirigismo e Comunitarismo no Processo Constituinte Brasileiro: Considerações sobre a Opção pelo Estado Democrático e Social de Direito <i>Flávia Santiago Lima</i> .....	143
Pela Redução dos Acidentes de Trabalho no Brasil <i>Hudson Machado Guimarães</i> .....	163
Reformatio <i>In Pejus</i> no Processo Administrativo Brasileiro: Fundamentos, Condições e Limites <i>Karla Virgínia Bezerra Caribé</i> .....	195

A Questão do Monopólio na Constituição da República Federativa do Brasil e o Setor Postal <i>Leonardo Vizeu Figueiredo</i> .....	233
O Artigo 285-A do Código de Processo Civil e a Incompetência Relativa do Juízo <i>Luciano Pereira Vieira</i> .....	267
Coisa Julgada e Força Normativa da Constituição <i>Lyts de Jesus Santos</i> .....	289
Educação e Integração Regional. Análise do Acordo de Admissão de Títulos e Graus Universitários para o Exercício de Atividades Acadêmicas nos Estados Partes do Mercosul <i>Marcos Augusto Maliska</i> .....	311
Advocacia Cidadã e a Agenda Ambiental da Administração Pública <i>Maria Augusta Soares de Oliveira Ferreira, Denis Moreira; Érika Pires Ramos</i> .....	327
Aspectos da Responsabilidade Civil do Estado-juiz na França e em Portugal e a Interjusefundamentalidade Anotação ao Acórdão 295831 do Conselho de Estado Francês, 5ª e 4ª Sub-seções Reunidas, de 18 de Junho de 2008 <i>Sibele Regina Luz Grecco</i> .....	343

## **PARECER**

Base de cálculo de Funções Comissionadas (FC's) incorporadas judicialmente – alteração na estrutura remuneratória do cargo paradigma – ausência de decesso na remuneração – modificações que não ferem a coisa julgada anterior – precedentes.

*Daniel Picolo Catelli* .....

365

## **JURISPRUDÊNCIA**

ADI-MC 4.016: Lei que Reduz e Extingue Desconto de IPVA não está Sujeita ao Princípio da Anterioridade Tributária

*Daiane Nogueira de Lira* .....

381

## APRESENTAÇÃO

Mantendo sua linha de multidisciplinaridade, reflexo da própria carreira, a revista da AGU chega a sua 21ª edição com excelentes trabalhos nas mais diversas áreas de atuação judicial, extrajudicial e administrativa da Advocacia-Geral da União.

Além dos relevantes e importantíssimos textos eminentemente técnico-jurídicos, versando sobre os mais diversos temas que tradicionalmente já compõe a Revista da AGU, é de se destacar o trabalho que aborda a temática ambiental no contexto da Advocacia-Geral da União e apresenta a Agenda Ambiental da Administração Pública- A3P, que norteia a gestão ambiental no âmbito interno da União e já vem sendo implementada de modo exemplar no âmbito da AGU.

O espaço destinado aos comentários à jurisprudência apresenta tema relacionado ao direito tributário, mais especificamente a aplicação do princípio da anterioridade tributária em relação ao Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores – IPVA.

Verifica-se, com a análise conjuntural da revistas, que os trabalhos mostram-se aptos a cumprir a missão proposta pela Revista da AGU de divulgar o pensamento, bem como as pesquisas e experiências dos membros a Instituição, disseminando-o para o público interno e externo à Advocacia-Geral da União.



## EDITORIAL

A edição nº 21 da Revista da AGU mantém a tradição desta publicação Institucional, trazendo uma imensa gama de assuntos abordados diariamente pelos membros da Advocacia-Geral da União.

Temas de inúmeros ramos do Direito são tratados com extrema propriedade e riqueza, desde questões ligadas ao direito comparado até questões próximas à realidade específica de determinadas unidades especializadas da AGU, como a matéria previdenciária e tributária.

O direito comparado, por exemplo, é objeto de estudo no artigo “Aspectos da Responsabilidade Civil do Estado-Juiz na França e em Portugal e a Interjursfundamentalidade” que se volta a análise pormenorizada da responsabilidade civil do Estado-juiz à luz da jurisprudência dos referidos países europeus. Trata-se, aliás, de estudo realizado por membro da carreira que, com autorização da Advocacia-Geral da União, está cursando seu mestrado em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Além disso, estudos voltados à atuação especializada de unidades setorializadas da AGU são igualmente objeto de tratamento que merece destaque, como é o caso do trabalho que analisa a atuação do Poder Judiciário em relação aos benefícios da Seguridade Social à luz dos princípios constitucionais e do sistema previdenciário.

Da mesma forma, textos ligados a temas gerais afetos às ações da advocacia pública federal como um todo são trabalhados e expostos nesta edição, à exemplo do artigo relativo ao reexame necessário nas hipóteses de sentença ilíquida proferidas contra a Fazenda Pública, a *reformatio in pejus* no processo administrativo brasileiro, sem contar a análise da temática da atipicidade do crime de desobediência nos casos de atos praticados por agentes públicos no exercício da função.

Os métodos alternativos de resolução de litígios e sua admissibilidade no âmbito da Administração Pública, tema crescente no âmbito da Advocacia-Geral da União, é objeto do artigo “A Arbitragem e sua Utilização na Administração Pública”.

Finalmente, é de se destacar o importante tratamento dado à tormentosa questão dos limites, relativização e desconsideração da coisa julgada enfrentado com propriedade, no trabalho intitulado “Coisa Julgada e Força Normativa da Constituição” que procura, após conceituar a coisa julgada, definir os limites de sua relativização pelo próprio Poder Judiciário.

Em suma, pode-se dizer que a par da excelência dos trabalhos e riqueza dos temas trazidos, capazes de a um só tempo informar e capacitar, ao leitor resta oportunizado por esta edição da Revista da AGU conhecer melhor, além das ações da Advocacia-Geral da União, o estudo e opiniões de seus membros, fruto do exercício de suas funções institucionais ou do labor acadêmico daqueles que compõe essa brilhante carreira.

# A MISSÃO INSTITUCIONAL DA SECRETARIA-GERAL DE CONTENCIOSO E SEUS REFLEXOS NA DEFESA DAS POLÍTICAS E DOS INTERESSES PÚBLICOS

*Grace Maria Fernandes Mendonça*  
*Secretária-Geral de Contencioso, Advogada da União*  
*Especialista em Direito Processual Civil*  
*Professora de Direito Constitucional e Direito Processual Civil*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breve Histórico; 2 Das atribuições e da estrutura da Secretaria-Geral de Contencioso; 3 Do Controle Difuso de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal; 4 Do Controle Concentrado de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal; 5 Da Reclamação Constitucional e dos Pedidos de Suspensão no Supremo Tribunal Federal; 6 Da edição de Súmulas da AGU; 7 Da atuação estratégica da SGCT; 8 Das considerações finais; 9 Agradecimentos.

**RESUMO:** A atuação da Secretaria-Geral de Contencioso tem efetivamente contribuído para a implementação de políticas públicas, objeto de questionamento perante a Suprema Corte do país.

Esse trabalho vem sendo desenvolvido em duas principais vertentes: controles difuso e concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos federais e estaduais, quando confrontados com a Constituição Federal de 1988.

A Secretaria atua, portanto, na defesa dos interesses públicos, mediante o acompanhamento estratégico dos feitos relevantes e a proposição de edição de súmulas da AGU.

**PALAVRAS-CHAVE:** Advocacia-Geral da União. Secretaria-Geral de Contencioso. Controle difuso de constitucionalidade. Controle concentrado de constitucionalidade. Atuação estratégica. Súmulas da AGU. Políticas públicas. Interesses públicos. União. Supremo Tribunal Federal.

## 1 INTRODUÇÃO

No presente artigo tem por finalidade apresentar a missão institucional da Secretaria-Geral de Contencioso e a repercussão direta de sua atuação perante a Suprema Corte do país na garantia da constitucionalidade e consequente implementação das diversas políticas públicas.

Para tanto, indispensável o breve relato histórico quanto às atividades desenvolvidas pela Secretaria desde a edição da Lei Complementar nº 73/93 e o panorama atual relativo à sua organização e principais atribuições.

Serão expostas, de maneira concisa, as vertentes de atuação da SGCT, com destaque para as atividades desempenhadas no âmbito dos controles difuso e concentrado de constitucionalidade e das medidas de urgência, bem como de sua missão no tocante à edição de súmulas da Advocacia-Geral da União e atuação estratégica.

Na abordagem, algumas linhas serão dedicadas às balizas normativas e a exemplos elucidativos do trabalho desenvolvido pela Secretaria, nos últimos três anos.

Por fim, a título de considerações finais, serão apontadas perspectivas para o aprimoramento dessa atuação.

## 1 BREVE HISTÓRICO

A Advocacia-Geral da União, concebida pela Constituição Federal de 1988 como a instituição que diretamente ou através de órgão vinculado representa a União, judicial ou extrajudicialmente, e que exerce as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo, foi inserida no Título IV, Capítulo IV, da Carta da República dentre as Funções Essenciais à Justiça, ao lado do Ministério Público, da Advocacia e da Defensoria Pública.

Assim, as tarefas até então confiadas ao Ministério Público da União<sup>1</sup>— no tocante à representação judicial da União, passaram a

---

<sup>1</sup> Até o advento da Lei Orgânica da AGU, em 1993, a representação judicial da AGU ficou a cargo do Ministério Público da União, à exceção das causas de natureza fiscal, que passaram à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, desde 1998, nos termos do art. 29, § 5º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

compor o âmbito de atuação da Advocacia-Geral da União. O legislador constituinte originário traçou, desse modo, linha divisória entre os interesses defendidos pelo *Parquet* Federal e os relativos à defesa da União, credenciando a nova instituição a promover a representação judicial dos três Poderes da República, bem como do Ministério Público<sup>2</sup> e a prestar, com exclusividade, serviços de consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo.

A tarefa de dispor acerca da organização e funcionamento da Advocacia-Geral da União coube, na forma do disposto no art. 131 da Carta Magna, à Lei Complementar nº 73, de 10.02.93, que instituiu a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União.

Dentre suas relevantes atribuições, ao Advogado-Geral da União, o mais elevado órgão de assessoramento jurídico do Poder Executivo, foi atribuída a missão de promover a representação judicial da União junto ao Supremo Tribunal Federal, e a defesa, nas ações diretas de inconstitucionalidade, da norma legal ou ato normativo objeto de impugnação<sup>3</sup>. No exercício de tais atribuições o chefe da Instituição conta com o auxílio do Secretário-Geral de Contencioso, cargo previsto no art. 2º, § 4º da aludida lei complementar.

As atribuições do Secretário-Geral de Contencioso foram dispostas, inicialmente, no Ato Regimental nº 1, de 7 de fevereiro de 1997, que pouco previa além da proposição de edição de súmulas administrativas resultantes da jurisprudência iterativa dos Tribunais Superiores e da coordenação dos trabalhos jurídicos dos Adjuntos do Advogado-Geral da União.

No ano de 2000, foi editada a Portaria AGU nº 224, através da qual se criou, no Gabinete do AGU, o Núcleo de Acompanhamento de feitos judiciais de interesse da União, de suas autarquias e fundações, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, sob a coordenação da Consultoria-Geral da União. Esse grupo deveria estar em permanente articulação com o Secretário-Geral de Contencioso, que, nessa época, coordenava a defesa da União no âmbito dos recursos extraordinários

---

2 São exemplos dessa representação do Ministério Público: Rcl nº 8933 e nº 8413, ajuizadas pela União, com base no descumprimento da ADC 04-MC, em que se questiona a antecipação dos efeitos da tutela que reconheceu o direito a nomeação e posse no cargo de técnico do MPU em Sergipe.

3 Art. 4º, incisos III e IV, da LC nº 73/93.

e dos agravos de instrumento, e orientava os órgãos de contencioso da instituição nas ações relevantes.

Diante da necessidade de se promover o acompanhamento estreito dos processos em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal e de se uniformizar as teses de defesa da União, com foco na obtenção de resultados que assegurassem a manutenção das políticas públicas questionadas perante a mais alta Corte do país, o Advogado-Geral da União atribuiu à Secretaria-Geral de Contencioso a tarefa de concentrar esforços na organização e desenvolvimento de trabalhos voltados à atuação junto à Corte Suprema. Para tanto, acrescentou, às atividades até então exercidas pela Secretaria, a missão de também elaborar as manifestações do Advogado-Geral da União nas ações diretas de inconstitucionalidade, nas ações declaratórias de constitucionalidade e nas arguições de descumprimento de preceito fundamental. Assim, o núcleo criado pela Portaria supramencionada passou a integrar a Secretaria-Geral de Contencioso.

As atribuições, agora alargadas, foram consolidadas no Ato Regimental nº 3, de 19 de agosto de 2005, que regula, com maior detalhamento, a atuação da Secretaria-Geral de Contencioso perante o Supremo Tribunal Federal.

## **2 DAS ATRIBUIÇÕES E DA ESTRUTURA DA SECRETARIA-GERAL DE CONTENCIOSO**

O Ato Regimental nº 3/2005, que dispõe sobre a organização e o funcionamento da Secretaria-Geral de Contencioso, estabeleceu, em seu art. 2º, I, a competência do Secretário-Geral de Contencioso para assistir o Advogado-Geral da União em sua atuação perante o Supremo Tribunal Federal.

No desempenho dessa função, a SGCT, sob o comando de seu Secretário-Geral, elabora as manifestações nas ações diretas de inconstitucionalidade, nas ações declaratórias de constitucionalidade, nas arguições de descumprimento de preceito fundamental, e nas petições iniciais em ações originárias, tais como reclamações, suspensões, mandados de segurança, ações originárias e cíveis originárias; elabora memoriais e demais manifestações relativas aos processos judiciais em andamento; acompanha os feitos estratégicos e as sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal.

Cabe, ainda, à Secretaria-Geral de Contencioso assistir o Advogado-Geral na defesa do Presidente da República e dos Ministros de Estado – ressalvadas as informações em mandados de segurança e em ações diretas de inconstitucionalidade, quando o Chefe da Nação consta como requerido<sup>4</sup>–, cujos processos terão acompanhamento especial, considerada a sua relevância.

Na verdade, o referido ato regimental consolidou o que já vinha sendo efetivamente desenvolvido pela Secretaria, revestindo da formalidade necessária a defesa judicial da União perante o Poder Judiciário, especialmente no Supremo Tribunal Federal. Registre-se que a definição exata das atribuições da SGCT também contribuiu para direcionar a interface com as demais unidades de contencioso da Advocacia-Geral da União, sobremaneira no tocante aos pedidos de ajuizamento de ações junto à Suprema Corte.

Cabe, também, ao Secretário-Geral de Contencioso, dentre outras atribuições:

- (i) propor ao Advogado-Geral da União a edição de enunciados de súmulas da Advocacia-Geral da União e de instruções normativas, resultantes da jurisprudência iterativa dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal;
- (ii) sugerir a propositura de ações perante qualquer instância ou tribunal;
- (iii) examinar as consultas encaminhadas ao Advogado-Geral da União, relativas às atividades de contencioso judicial da Instituição, de forma a subsidiar as alternativas de solução;
- (iv) assistir o Advogado-Geral da União no exame de questões relativas a processos judiciais, diretamente trazidas à sua consideração por órgãos e entidades da administração pública federal.

---

<sup>4</sup> Tais informações, em mandado de segurança, do Presidente da República, bem como dos Ministros de Estado são prestadas, respectivamente, pela Consultoria-Geral da União e pelas Consultorias Jurídicas que atuam junto aos Ministérios. Já as informações do Presidente da República, nas ações em que conste como requerido, no âmbito do controle concentrado, serão elaboradas pela Consultoria-Geral da União, com aprovação do AGU.

No desempenho de suas atribuições institucionais, a Secretaria-Geral de Contencioso conta atualmente com três Departamentos. O primeiro deles recebe a denominação de Departamento de Controle Concentrado de Constitucionalidade, encarregado de elaborar, nos processos de controle concentrado de constitucionalidade, as manifestações do AGU, bem como as iniciais das ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental. O trabalho se desenvolve, portanto, em duas perspectivas: a primeira, relativa às manifestações do Advogado-Geral da União nas ações diretas que têm por objeto leis ou atos normativos federais e estaduais; e a segunda, na atuação proativa, mediante o ajuizamento das ações voltadas à preservação do ordenamento jurídico nacional, e à manutenção da compatibilidade vertical das leis ou atos normativos em face da Constituição Federal.

O Departamento de Controle Difuso de Constitucionalidade e Ações de Competência Originárias é encarregado da defesa da União no tocante aos processos que integram a competência recursal da Suprema Corte, mediante a interposição de recursos próprios, como embargos de declaração e agravos de instrumento, bem como nas ações originárias propostas em face da União e do Presidente da República. É o departamento que promove, também, o ajuizamento de ações em defesa do interesse público e das políticas públicas e sociais, tais como reclamações, suspensões, mandados de segurança *etc*<sup>5</sup>.

O Departamento de Acompanhamento Estratégico, por sua vez, produz estudos para subsidiar as atividades do Advogado-Geral da União, bem como dos demais departamentos da Secretaria-Geral de Contencioso sendo também responsável pelo acompanhamento das sessões plenárias e das Turmas do STF, mediante a análise dos processos incluídos em pauta e a elaboração de memoriais e relatórios circunstanciais. Promove ainda a interface com as demais áreas da SGCT, e a divulgação do trabalho da Secretaria junto à assessoria de comunicação da AGU.

Há, ainda, uma assessoria direta do Secretário-Geral de Contencioso responsável pelo exame das solicitações encaminhadas

---

5 Do ano de 2007 até agosto de 2009, a SGCT obteve o deferimento de 201 medidas liminares nessas ações.

pelas diversas unidades integrantes da AGU e demais órgãos de governo sobre o eventual cabimento de medidas judiciais a serem adotadas perante o STF. Realiza-se, desse modo, juízo quanto à subsunção da hipótese concreta em face da lei e da jurisprudência da Suprema Corte, de modo a se evitar o ajuizamento de ações descabidas ou meramente protelatórias.

Ressalte-se, por fim, a área responsável pelo suporte à atuação dos Advogados públicos que integram a SGCT, à qual compete, além dos trabalhos relativos à secretaria judiciária, a alimentação dos processos da SGCT junto ao Sicaú<sup>6</sup>, a elaboração de relatórios estatísticos e a gestão de pessoal da Secretaria.

Feita essa exposição geral da estrutura organizacional da Secretaria, cumpre detalhar as funções mais importantes, a fim de possibilitar que os membros e servidores da AGU, integrantes da comunidade jurídica e da sociedade, possam conhecer melhor o trabalho desenvolvido pela SGCT perante o Supremo Tribunal Federal, sem, obviamente, qualquer pretensão quanto ao esgotamento dos temas.

Destaque-se que as matérias debatidas nos processos são as mais diversificadas possíveis, o que exige o constante aparelhamento e aprimoramento da equipe de trabalho. O fato de atuar perante o órgão máximo do Poder Judiciário – última oportunidade para discussão dos temas constitucionais na estrutura do aludido Poder republicano –, impõe aos integrantes da Secretaria o convívio com aspectos inerentes à irreversibilidade<sup>7</sup> das decisões e obrigatoriedade quanto à observância, pelos demais juízos e tribunais, das decisões emanadas da Egrégia Corte. Tais circunstâncias elevam o grau de responsabilidade e o zelo na condução dos processos e tornam ainda mais nobre o trabalho desenvolvido.

### **3 DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Não é demais dizer que o controle de constitucionalidade é tema que se destaca no Estado Democrático do Direito frente à necessidade

---

6 O Sistema Integrado de Controle das Ações da União – SICAU é um banco de dados da AGU, implantado em 2001, no qual é possível obter informações atualizadas das ações judiciais.

7 Salvo nos casos em que seja possível o ajuizamento de ação rescisória ou mesmo de modificação do entendimento da Corte.

inafastável de compatibilização das normas infraconstitucionais com os preceitos insertos da Carta Maior.

A matéria encontra destacada importância no âmbito legislativo e administrativo, porém tem seu maior relevo na esfera jurisdicional.

No tocante ao controle de constitucionalidade difuso, incidental ou subjetivo, sabe-se que este pode ser exercido por todos os órgãos do Poder Judiciário, no bojo de qualquer ação, com a finalidade de solucionar a controvérsia sobre a constitucionalidade da norma para o caso concreto. Tal controle é exercido, em última instância, pelo Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro.

Regra geral, como dito, os efeitos dessa atuação são sentidos apenas pelas partes do processo<sup>8</sup>. Entretanto, é de se destacar a recente tendência da Suprema Corte no tocante à objetivização do controle difuso diante dos institutos da repercussão geral<sup>9</sup> e das súmulas vinculantes<sup>10</sup>. A própria vocação de tais figuras conduz à racionalização do trabalho desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle difuso, o que repercute diretamente nas atividades desempenhadas pela Secretaria nesta seara.

Assim, tais institutos vêm permitindo à Secretaria-Geral de Contencioso a concentração de esforços naqueles casos, eleitos pelo Supremo Tribunal Federal, como representativos de controvérsia constitucional com repercussão geral, circunstância que qualifica o tempo de trabalho do Advogado Público, que passa a se dedicar à construção e aprimoramento da tese na hipótese, sem a sobrecarga até então imprimida pelas demandas repetitivas.

Os benefícios das súmulas vinculantes também são incontestáveis no tocante à atuação da Secretaria, diante da força de vincular não só o Poder Judiciário, como também a administração pública, direta e indireta.

Com esses avanços, o que se percebe é que o trabalho do Advogado Público, na SGCT, deixa de ser repetitivo e passa a requerer uma atuação

---

8 Salvo a possibilidade de suspensão, pelo Senado Federal, da execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52, X, CF/88).

9 Previsão: art. 102, § 3º, da CF/88, com regulamentação pela Lei nº 11.418/2006.

10 Previsão: art. 103-A da CF/88, com regulamentação pela Lei nº 11.417/2006.

cada vez mais precisa, pois as decisões, ainda que no controle difuso de constitucionalidade, podem vir a ser dotadas de efeito vinculante. Nesse sentido, a SGCT tem trabalhado para apresentar todas as teses jurídicas de defesa da União nos casos de repercussão geral que chegam ao STF e tem se manifestado nos Pedidos de Súmula Vinculante que contenham interesses da União.

A título de exemplo, destaca-se o trabalho desenvolvido pela Secretaria-Geral de Contencioso no Pedido de Súmula Vinculante nº 4, bem como no RE nº 566.471, no qual a União foi admitida como terceiro interessado. A SGCT procurou demonstrar, mediante cuidadoso estudo apresentado ao Supremo Tribunal Federal a necessidade de observância das políticas públicas na área de saúde, sustentando as regras de responsabilização dos entes federativos consubstanciadas na Lei nº 8.080/90 (SUS). Foram apresentadas reflexões quanto aos aspectos negativos decorrentes da ingerência indevida do Poder Judiciário em matéria de saúde, mormente diante dos princípios da isonomia e da reserva do financeiramente possível<sup>11</sup>.

Em alguns processos que originaram súmulas vinculantes, a argumentação apresentada pela Secretaria-Geral de Contencioso foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, sendo exemplos:

- a) SV nº 5 – na qual o STF considerou constitucional o Processo Administrativo Disciplinar/PAD, mesmo quando não tenha havido defesa técnica por advogado, sendo sua presença facultativa;
- b) SV nº 6 – a Corte entendeu que é constitucional o pagamento de valor inferior ao salário mínimo para os jovens que prestam serviço militar obrigatório, já que eles não poderiam ser classificados como trabalhadores, nos termos do art. 7º, IV, da CF/88;
- c) SV nº 10 – o Supremo Tribunal determinou que se equipara à declaração de inconstitucionalidade a não aplicação, no todo ou em parte, de lei ou ato normativo, sendo imprescindível a observância da cláusula de reserva de plenário.

---

11 A PSV 4 está suspensa, aguardando o julgamento do RE nº 566.471, que se encontra concluso ao Ministro relator. O trabalho desenvolvido pela Secretaria-Geral de Contencioso será publicado, em breve, pela Escola da Advocacia-Geral da União, o que permitirá o compartilhamento dos argumentos aduzidos na peça com as demais unidades da Instituição.

Citem-se outros temas que foram julgados pelo STF, com acolhimento dos argumentos apresentados pela SGCT:

- (i) confisco integral de imóvel particular utilizado para *plantio de psicotrópicos*;
- (ii) *fixação de juros de mora em 0,5% ao mês nas condenações da União, confirmando-se a constitucionalidade do art. 1º-F da Lei 9494/97*;
- (iii) prosseguimento do trabalho de licenciamento ambiental no *Projeto de Integração do Rio São Francisco com as Bacias do Nordeste Setentrional*;
- (iv) constitucionalidade dos adicionais tarifários incluídos nas contas de energia elétrica, os Encargos de Capacidade Emergencial (ECE), conhecidos como *seguro-apagão*;
- (v) legitimidade do Decreto nº 2.745/98, expedido pelo Presidente da República, que estabelece o procedimento *licitatório simplificado para a Petrobrás e suas subsidiárias*;
- (vi) impossibilidade de concessão de indenização por danos materiais ou morais, em virtude de ausência de lei concessiva *de revisão geral anual aos servidores públicos federais*.

No tocante à atuação proativa, merece destaque ação ajuizada em face do Estado do Rio de Janeiro (ACO nº 1303), na qual a tese apresentada pela Secretaria-Geral de Contencioso foi acolhida para suspender da exigibilidade dos pretendidos créditos, declarando-se a nulidade dos autos de infração lavrados pela referida unidade da federação, referentes ao não recolhimento, por parte da União, do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços/ICMS incidente sobre operações de importação realizadas através do Instituto Nacional do Câncer/INCA.

Alguns temas relevantes, nos quais a SGCT já se manifestou ainda aguardam julgamento pelo STF. Dentre eles destacam-se:

- (i) contestações em ações ajuizadas por magistrados federais visando ao recebimento de parcelas vencidas e vincendas

relativas ao Adicional por Tempo de Serviço, demonstrando-se a importância do subsídio para a política remuneratória dos servidores públicos, assim como o caráter moralizador do teto remuneratório;

- (ii) recursos em que se pleiteia a isenção de responsabilidade subsidiária pelos débitos trabalhistas de empregados das empresas prestadoras de serviço;
- (iii) manifestações judiciais em que a se busca o reconhecimento da legitimidade dos sistemas de controle de inadimplência dos Estados, instituídos no âmbito da Secretaria do Tesouro Nacional.

Cite-se, por fim, a atuação nos diversos mandados de segurança impetrados contra decretos do Presidente da República, que declaram áreas de interesse social para fins de reforma agrária, nos quais a SGCT tem atuado para garantir a sustentabilidade da política de reforma agrária.

Percebe-se, por meio dessa síntese, que a atuação da SGCT nas ações de controle difuso de constitucionalidade tem garantido a implementação de políticas públicas nas áreas da saúde, moradia, trabalhista, ambiental, tributária, dentre outras.

#### **4 DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

O trabalho da Secretaria-Geral de Contencioso no controle concentrado de constitucionalidade está diretamente ligado à proteção do ordenamento jurídico nacional, mediante o exame quanto à compatibilidade das normas com a Constituição Federal, numa análise desvinculada do caso concreto.

Perceptível, desse modo, a relevância da atuação da Secretaria, principalmente em face dos efeitos advindos das decisões que serão proferidas pelo STF, as quais se estenderão a todos os destinatários da norma e vincularão os demais órgãos do Poder Judiciário, bem como a Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal. Assim, nesses casos, a SGCT tem procurado esgotar as teses jurídicas discutidas, enfrentando ponto a ponto os aspectos ventilados.

Nesse contexto, a SGCT elabora todas as manifestações do Advogado-Geral da União<sup>12</sup> em Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADIs, tanto federais como estaduais, em cumprimento ao comando do art. 103, § 3º, da CF/88<sup>13</sup>.

Pode-se destacar, como exemplificativas dessa atuação, as manifestações elaboradas pela SGCT nas seguintes ADIs, em que o STF, ao julgar o processo, acolheu os argumentos do AGU:

- (i) ADI 3112 e Outras – o STF manteve quase a integralidade do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/03), à exceção de três de seus artigos;
- (ii) ADI 1800 – o STF reconheceu a constitucionalidade da Lei nº 9.534/97, que garantiu a gratuidade do registro civil e de óbito aos reconhecidamente pobres;
- (iii) ADI 1923 – indeferiu-se a medida cautelar pleiteada e manteve-se incólume a legislação que estabelece um novo tipo de parceria entre Poder Público e iniciativa privada para a prestação de serviços públicos – legitimidade constitucional dos contratos de gestão firmados com as chamadas organizações sociais;
- (iv) ADIs 2649 e 3768 – o STF, acolhendo a tese da AGU, concluiu pela constitucionalidade das normas que determinam a concessão de transporte interestadual gratuito para portadores de deficiência e idosos comprovadamente carentes – passe livre.

Além das ações acima, em que foram acatados os argumentos da SGCT, pode-se citar outros casos em que o AGU apresentou manifestação em ADIs, com julgamento ainda em aberto pelo STF:

- (i) *ADI 3239* – foi feita a defesa do reconhecimento efetivo dos direitos das *Comunidades Quilombolas*, demonstrando-se

---

12 As informações do Presidente da República, nas ações em que conste como requerido, serão elaboradas pela Consultoria-Geral da União, com aprovação do AGU.

13 Art. 103, § 3º. Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

que o Decreto nº 4.887/2003 tão-somente regulamentou o que previsto na lei de criação da Fundação Palmares<sup>14</sup> e no diploma que fixa as atribuições do Ministério da Cultura<sup>15</sup>;

- (ii) *ADI 3330* – sustentou-se a constitucionalidade da Lei nº 11.096/05 (*PROUNI*), que garante a concessão de bolsas de estudos integrais e parciais a estudantes de baixa renda;
- (iii) *ADI 3347* – a AGU defendeu a constitucionalidade da Portaria 540/2004, do Ministério do Trabalho e Emprego, que instituiu o Cadastro de Empregadores que tenham mantido trabalhadores em condição análoga à de escravo, conhecido por *Lista Suja*.

Destaque-se, entretanto, que o Advogado-Geral da União também atua, por designação do relator, em algumas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, quando se vislumbra interesse da União. Pode-se assim destacar as manifestações do AGU elaboradas pela SGCT nos seguintes casos:

- (i) ADPF 144 – o STF ratificou a constitucionalidade da Lei Complementar nº 64/90 (Lei de Inelegibilidades), notadamente no sentido de que se deve aguardar o trânsito em julgado dos processos criminais e ações de improbidade, antes de se negar o registro de candidaturas, em homenagem, como destacado pela AGU, à segurança jurídica e ao princípio da inocência;
- (ii) ADPF 186 – o AGU manifestou-se pela constitucionalidade da implementação, pela Universidade de Brasília em seus concursos vestibulares, de cotas de 20% para negros;
- (iii) ADPF 167 – manifestação pela preservação da competência do Tribunal Superior do Eleitoral para julgar os Recursos contra Expedição de Diploma nas eleições federais e estaduais.

---

14 Art. 2º, III, da Lei nº 7.668/88.

15 Art. 14, IV, “c” da Lei nº 9.648/98.

Além dessa atuação reativa nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, a Secretaria-Geral de Contencioso tem sugerido ao Advogado-Geral o ajuizamento, pelo Presidente da República, de diversas ações (ADI, ADPF e ADC), com o intuito de preservar a supremacia do ordenamento jurídico constitucional.

No tocante às Ações Declaratórias de Constitucionalidade, ressaltam-se as ações a seguir, todas ajuizadas pelo Presidente da República, por meio da Advocacia-Geral da União e do trabalho desenvolvido pela Secretaria-Geral de Contencioso:

- (i) *ADC 04* – o STF julgou constitucional, em sede cautelar, o art. 1º da Lei nº 9.494/1997, que disciplina a aplicação pelos juízes da tutela antecipada contra a *Fazenda Pública*, ficando vedada a concessão de tutela de urgência que implique aumento, extensão de vantagens, reclassificação ou equiparação de servidores públicos;
- (ii) *ADC 18* – foi ajuizada esta ação para que se declare a constitucionalidade da inclusão dos valores do ICMS na base de cálculo da COFINS<sup>16</sup>. A medida liminar foi deferida, suspendendo-se, até julgamento final da ação, os processos em que se discuta a constitucionalidade da aludida norma;
- (iii) *ADC 19* – a ação tem por objeto a declaração de constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei 11.340/2006, conhecida como *Lei Maria da Penha*, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher;
- (iv) *ADC nº 20* – ação ajuizada no STF, cujo objeto é o art. 9º, III, da Lei Federal nº 8.745, de 09 de dezembro de 1993, que disciplina a contratação por tempo determinado pelos órgãos da Administração Federal direta e indireta, e veda a recontração de servidor, antes de decorridos vinte e quatro meses de encerramento de seu contrato anterior.

Em relação à atuação proativa da Secretaria-Geral de Contencioso no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, merecem destaques os seguintes casos:

---

16 Art. 3º, § 2º, I, da Lei nº 9.718/98.

- (i) *ADPF 101* – o STF julgou procedente a ação ajuizada pelo Presidente da República, acolhendo a argumentação apresentada no sentido da *vedação à importação de pneus usados*. Foi destacada a necessidade de proteção ao meio ambiente e à saúde pública, especialmente a partir de uma política de destinação de resíduos sólidos;
- (ii) *ADPF 145* – ajuizada pelo Presidente da República, tendo por objeto a impenhorabilidade dos bens públicos em decorrência da extinção da Rede Ferroviária Federal S.A./RFFSA, por afronta ao art. 100 da Constituição Federal, que define a necessidade de expedição de precatórios como forma de obtenção de valores decorrentes de sentenças proferidas em desfavor da Fazenda Pública;
- (iii) *ADI 4085* – ajuizada pelo Presidente da República em face da Lei nº 1.729/2007, do Estado de Rondônia, que disciplina o *exercício da pesca profissional, amadora e de subsistência* em certas bacias hidrográficas localizadas naquela unidade federativa, por usurpação da competência legislativa da União de estabelecer normas gerais sobre pesca e dispor sobre os bens de domínio da União.

Os casos supramencionados ilustram, ainda que de modo superficial, a complexidade do trabalho desenvolvido pela SGCT no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, o qual tem garantido a confirmação da constitucionalidade de normas legais relativas a importantes políticas públicas federais nas diversas áreas, como por exemplo segurança, inclusão social, servidores públicos e saúde.

## **5 DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL E DOS PEDIDOS DE SUSPENSÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Diariamente a Secretaria-Geral de Contencioso analisa inúmeros pedidos de ajuizamento de ações perante o STF, com a finalidade de obstaculizar pagamentos indevidos; evitar lesão à ordem, à segurança ou à saúde públicas, ou mesmo para cassar decisões que desrespeitem a autoridade do que decidido pelo Supremo Tribunal Federal ou que usurpem sua competência.

O exame não é simples. Exige o acompanhamento estreito das decisões monocráticas e colegiadas proferidas pela Suprema Corte, de modo a viabilizar a análise quanto ao cabimento de eventual medida, sempre à luz do mais recente posicionamento do STF. Com isso, tem-se uma prévia avaliação à viabilidade e o grau de êxito da ação a ser ajuizada, como forma de se alcançar o resultado obtido sem sobrecarregar desnecessariamente o Supremo Tribunal Federal. Assim, se de um lado a denominada atuação proativa é fundamental para a defesa do interesse público e para o fortalecimento da Advocacia-Geral da União, por outro, revela-se imprescindível uma atuação responsável, que retrate o verdadeiro respeito da Instituição pelo interesse público, pela administração da Justiça e pelo cidadão. Tais valores, por óbvio, não se compatibilizam com o manejo de ações descabidas, razão pela qual a Secretaria-Geral de Contencioso se dedica ao referido exame preliminar antes do manejo de eventual medida perante a Suprema Corte.

No que se refere às reclamações constitucionais ajuizadas, uma vez constatada a viabilidade do ajuizamento, a Secretaria-Geral de Contencioso submete, de pronto, a questão ao Supremo Tribunal Federal. Tal instrumento, como sabido, é cabível para impugnar provimentos jurisdicionais ou atos administrativos que desrespeitem a autoridade de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal ou usurpem sua competência, como determina o art. 102, § 2º, da Constituição Federal. Trata-se de típica ação de competência originária do tribunal. Sobre essa ação, dispõe a Lei nº 8.038/1990 que, sendo julgada procedente, o Tribunal determinará medida adequada à preservação de sua competência ou cassará a decisão que desrespeite seu julgado<sup>17</sup>, devendo o Presidente determinar o imediato cumprimento da decisão, com lavratura posterior do acórdão<sup>18</sup>.

Assim, nos moldes concebidos pela legislação de regência, a reclamação constitucional tem se revelado importante instrumento de preservação do interesse público, principalmente em ações envolvendo a observância do que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 04/DF, já que o *Poder Judiciário não poderá deferir antecipação dos efeitos da tutela nas ações contra a Fazenda Pública em situações que impliquem:*

---

17 Art. 17 da Lei nº 8.038/1990.

18 Art. 18 da Lei nº 8.038/1990.

- a) reclassificação ou equiparação de servidores públicos;
- b) *concessão de aumento ou extensão de vantagens pecuniárias*;
- c) outorga ou acréscimo de vencimentos;
- d) pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público; ou
- e) esgotamento, total ou parcial, do objeto da ação, desde que tal ação diga respeito, exclusivamente, a qualquer das matérias acima referidas.

Assim, com espeque na decisão proferida pelo STF na aludida ADC nº 4-MC, foram ajuizadas diversas reclamações, destacando-se as seguintes:

*Rcl nº 6345 (foi deferida liminar para suspender decisão precária que determinou o pagamento de valor retroativo referente à progressão funcional obtida pela carreira de Policial Rodoviário Federal);*

*Rcl no 6879 (impediu-se a promoção de militares obtida via antecipação dos efeitos da tutela);*

*Rcl nº 7271 (evitou-se a posse de candidato ao cargo de Procurador da República reprovado na prova objetiva);*

*Rcl nº 6926 (barrou-se a posse de candidatas aprovadas para formação de cadastro de reserva para o cargo de Técnico Judiciário do Ministério Público da União) e*

*Rcl nº 6385 (sustou-se a posse de candidato a Delegado de Polícia Federal reprovado em exame psicológico).*

Há, ainda, diversos outros temas que ensejaram a propositura de reclamação pela SGCT perante a Suprema Corte. Dentre eles, sobressaem os seguintes:

- (i) a apresentação de reclamações requerendo a observância, por Juízes Trabalhistas brasileiros – nos termos do que

decidido na ADC nº 11/MC –, do prazo de 30 (trinta) dias para o ajuizamento de embargos à execução trabalhista, por pessoa jurídica de direito público;

- (ii) obtenção de provimento jurisdicional que determinou a sustação das atividades da Faculdade de Medicina de Garanhuns, tendo em vista que esta funcionava sem autorização do Ministério da Educação (*Rcl nº 6.198*);
- (iii) argumentando-se ofensa à Súmula Vinculante nº 10, foram ajuizadas reclamações sob o fundamento de que o reconhecimento da responsabilidade subsidiária da União por verbas trabalhistas de empresas terceirizadas não poderia prescindir da avaliação da constitucionalidade do art. 71 da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93) pelos Tribunais do Trabalho pátrios (*Rcl nºs 6.665 e 6.763*).

Em relação às medidas de suspensão, a SGCT atua para tentar suspender, no Supremo Tribunal Federal, a execução de decisão nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas<sup>19</sup>. Esses pedidos podem ser apresentados para suspender liminares, sentenças, acórdãos, medidas cautelares e tutelas antecipadas.

Para serem apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal, as causas ensejadoras dos pedidos de suspensão, além de reunir os demais requisitos legais, devem versar sobre matéria constitucional.

O instrumento tem-se revelado eficaz na defesa dos interesses da União, por viabilizar a suspensão de decisões judiciais que afrontam a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas, evitando, muitas vezes, o levantamento indevido de vultosas quantias que, dificilmente, regressariam aos cofres públicos.

Dentre as suspensões apresentadas pela SGCT, registrem-se as situações a seguir:

- (i) garantiu-se a continuidade do procedimento licitatório de florestas, dando prosseguimento e efetividade à política de

<sup>19</sup> Art. 4º da Lei nº 8.437/1992.

planejamento ambiental e manejo florestal sustentável (*STA* nº 235);

- (ii) obteve-se suspensão de decisão liminar que obrigava a União a manter os pagamentos de complementação de aposentadorias e pensões da CERES – Fundação de Seguridade Social, instituído pela EMBRATER – Empresa Brasileira de Assistência Técnica e Extensão Rural, tendo o STF reconhecido a impossibilidade de a União financiar fundo privado de previdência complementar (SL nº 163), além de diversas suspensões que impediram o levantamento indevido de valores dos cofres públicos.

Vê-se que a reclamação constitucional e o pedido de suspensão constituem instrumentos que efetivamente auxiliam na eficiente atuação em defesa dos interesses da União, o que impõe o constante aprimoramento da comunicação entre os diversos órgãos de contencioso da Advocacia-Geral da União. Isso porque a rápida ciência da Secretaria-Geral de Contencioso quanto a decisões contrárias aos interesses da União pode impedir a ocorrência de danos irreversíveis aos cofres públicos e à coletividade.

## 6 DA EDIÇÃO DE SÚMULAS DA AGU

As súmulas da Advocacia-Geral da União, por autorizarem a não interposição de recursos ou a desistência daqueles já interpostos, produzem impactos positivos não somente no âmbito da Instituição. Sob o ponto de vista interno, aliás, é indiscutível o fato de que a edição de súmulas tem o condão de gerar economia de tempo e de evitar o desperdício de recursos humanos e materiais. O reconhecimento administrativo de certos direitos, com base em jurisprudência reiterada dos Tribunais Superiores, autoriza os Advogados Públicos a não mais insistirem na discussão judicial de questões já superadas, apresentando recursos com poucas chances de êxito ou meramente protelatórios.

No entanto, a grande virtude da súmula da Advocacia-Geral da União consiste no respeito ao cidadão, que passa a ter seus direitos reconhecidos, sem se submeter às delongas decorrentes do processo judicial até a entrega da prestação jurisdicional definitiva. Soma-se a tal aspecto o fato de que a publicação da súmula acaba por desafogar, de modo direto e imediato, o Poder Judiciário, reduzindo o número de

processos judiciais, pois as controvérsias passam a ser dirimidas no seio da Administração.

A edição dessas súmulas tem previsão na própria Lei Orgânica da AGU como uma das atribuições do AGU<sup>20</sup>, a qual veda aos membros da AGU contrariar o disposto nos referidos enunciados<sup>21</sup>, e estabelece, ainda, o caráter obrigatório em relação a todos os órgãos da AGU, inclusive os que representam as autarquias e fundações públicas federais<sup>22</sup>.

O Decreto n° 2.346/1997 apresenta as seguintes orientações:

Art. 2º Firmada jurisprudência pelos Tribunais Superiores, a Advocacia-Geral da União expedirá súmula a respeito da matéria, cujo enunciado deve ser publicado no Diário Oficial da União, em conformidade com o disposto no art. 43 da Lei Complementar n° 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Art. 3º À vista das súmulas de que trata o artigo anterior, o Advogado-Geral da União poderá dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais.

Por esse arcabouço normativo, percebe-se que, além das próprias unidades da AGU, também os órgãos vinculados devem observar o quanto disposto nas referidas súmulas.

Registre-se que foi editada, ainda, a Medida Provisória n° 2.229-43, de 6 de setembro de 2001, direcionada ao cumprimento desses enunciados pelos Procuradores Federais (art. 38, § 1º, inc. II) e a Lei n° 9.650, de 27 de maio de 1998, com disposição similar dirigida aos Procuradores do Banco Central (art. 17-A, inciso II).

Internamente, a competência para o exame sobre a viabilidade de edição de súmula sempre ficou a cargo da Secretaria-Geral de Contencioso. Nesse sentido previu-se no Ato Regimental n° 1, de 7/02/1997; no Ato Regimental n° 2, de 25/06/1997; no Ato Regimental n° 3, de 19/08/2005; e, por fim, no Ato Regimental n° 1, de 2/07/2008.

<sup>20</sup> Art. 4º, XII, da LC n° 73/93.

<sup>21</sup> Art. 28, II, da LC n° 73/93.

<sup>22</sup> Art. 43 da LC n° 73/93.

Neste último, determinou-se que o caráter obrigatório das súmulas para os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 da LC nº 73/93, estabelecendo-se que elas representam a consolidação da jurisprudência iterativa dos Tribunais.

Explicitando o que se entende por *jurisprudência iterativa*, referida norma frisou que compreende as decisões judiciais que consagram entendimento repetitivo, unânime ou majoritário dos membros do Pleno ou de ambas as Turmas do STF, dos Órgãos Especiais ou Seções Especializadas dos Tribunais Superiores, ou de ambas as Turmas que as compõem, sobre a interpretação da Constituição ou de lei federal em matérias de interesse da União, suas fundações e autarquias<sup>23</sup>.

Quanto ao papel desempenhado pelo Secretário-Geral de Contencioso no processo de elaboração das súmulas, dispôs o ato, ainda, que:

*Art. 4º Compete ao Secretário-Geral de Contencioso propor ao Advogado-Geral da União a edição de Súmulas da AGU, resultantes da jurisprudência iterativa dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal, bem como as providências pertinentes à sua edição.*

Parágrafo único. Até o dia 31 de janeiro de cada ano, o Secretário-Geral de Contencioso consolidará as Súmulas da AGU e as encaminhará ao Advogado-Geral da União para publicação no Diário Oficial da União, Seção 1, por três dias consecutivos. (grifo nosso)

Atualmente, estão em vigor 47 enunciados de Súmula da AGU. Dentre as mais recentes, destaque-se a *Súmula nº 47*, que atesta o direito dos militares ao recebimento da diferença do reajuste de 28,86%, decorrente das Leis nºs 8.622/93 e 8.627/93, observada a limitação temporal ocorrida a partir da publicação da Medida Provisória (MP) nº 2.131/00. Já a *Súmula nº 46* autoriza a exclusão de municípios do Sistema de Administração Financeira (Siafi) ou do Cadastro Informativo de Créditos (Cadin), nos casos em que o prefeito atual tiver adotado as providências para ressarcir, à União, os valores relacionados às dívidas da administração anterior.

---

<sup>23</sup> Art. 2º, parágrafo único, do AR nº 01/2008.

Registre-se, também, a *Súmula nº 45* que estabelece que pessoas com visão monocular podem fazer concurso público como portadores de deficiência física e a *Súmula nº 44*, a qual reconhece aos segurados do INSS o direito ao recebimento do pagamento de auxílio-acidente junto com aposentadoria, nos casos em que o incidente tiver ocorrido entre 24 de julho de 1991 e 10 de novembro de 1997.

Autorizados pela *Súmula nº 42*, os advogados públicos puderam reconhecer o direito do servidor ao reajuste de 11,98%, o que viabilizou a desistência de inúmeras ações nos tribunais, ao passo que centenas de ex-combatentes e seus dependentes tiveram o direito à assistência médico-hospitalar gratuita em hospitais militares devidamente reconhecido, por força da *Súmula nº 36*.

No tocante aos critérios aplicáveis aos exames psicotécnicos nos editais de concurso, a *Súmula nº 35* reconhece que referido exame deve estar previsto de forma clara e objetiva no edital do certame, o qual deve prever também a possibilidade de o candidato recorrer administrativamente. Por sua vez, o servidor que tiver recebido de boa-fé parcelas remuneratórias, por equívoco da Administração Pública, não está obrigado à devolução dos valores, conforme também reconhece a *Súmula nº 34*.

As referidas súmulas apenas ilustram a importância do instrumento para a Instituição e para a sociedade, e a Secretaria-Geral de Contencioso tem buscado cumprir seu papel, examinando as sugestões recebidas e propondo ao Advogado-Geral da União a edição dos enunciados, nas hipóteses que preencham os requisitos legais.

## **7 DA ATUAÇÃO ESTRATÉGICA DA SGCT**

Considerando a relevância dos temas defendidos pela AGU no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em especial daqueles relativos à defesa da constitucionalidade e legitimidade das diversas políticas públicas, bem como da necessidade de um aprimoramento constante desse trabalho, a Secretaria-Geral de Contencioso tem se dedicado, de modo especial, à estratégia de sua atuação.

Apesar de contar formalmente com uma área para o desempenho dessa função apenas a partir da publicação do aludido AR nº 03, de 16.08.2005, a SGCT já promovia o acompanhamento dos casos

considerados relevantes.

As sessões plenárias e das Turmas do Supremo Tribunal Federal receberam, partir de 2005, tratamento peculiar<sup>24</sup>, o que tem permitido a observância de perto do desenrolar dos julgamentos de questões relevantes que, como é sabido, normalmente não é concluído em uma única assentada.

Além de estar presente, a SGCT apresenta memoriais nos casos de maior relevo, destrinchando os pontos de controvérsia ou de dúvida que tenham sido levantados pelos Ministros durante as sessões, e apresentando documentos para corroborar os argumentos. Com isso, faz-se o movimento inverso ao de apenas esperar a finalização do julgamento para se recorrer da decisão. A SGCT trabalha arduamente antes e durante o julgamento, destacando os principais pontos da controvérsia.

É nesse sentido que são feitas também as sustentações orais nos processos importantes. De regra, a SGCT dá subsídios ao Advogado-Geral da União para que ele desempenhe essa função. Entretanto, desde 2007, o AGU delegou essa competência para o Secretário-Geral de Contencioso<sup>25</sup> que, em caso de impossibilidade daquele, defende na Tribuna do STF os interesses da União e das mais altas autoridades da República.

Visando, da mesma forma, ao esclarecimento dos pontos apresentados pela União, a SGCT propõe ao AGU e o auxilia em audiências regulares com os Ministros da Suprema Corte, para que os processos relevantes recebam o devido destaque. Em tais oportunidades, os memoriais são pessoalmente entregues aos Ministros.

Esse trabalho tem rendido muitos frutos, com registro, inclusive, pelos próprios Ministros do STF, que examinam e comentam o material que lhes foi apresentado. De fato, com esse acompanhamento de perto do desenrolar dos casos mais relevantes, a SGCT tem conseguido reverter decisões que aparentemente lhe seriam desfavoráveis.

---

24 Esse acompanhamento já era feito desde o ano de 2003, mas somente em 2005 passou a ser feito relativamente a todas as sessões de julgamento do STF.

25 Conforme Portaria de delegação nº 476, publicada no DOU de 17 de maio de 2007, através da qual foram delegadas também ao SGCT as atribuições de receber intimações e notificações, bem como assinar as peças processuais produzidas na AGU.

Nesse sentido, é de se acentuar o julgamento proferido pelo STF na citada ACO nº 453, que teve início em 1998 e terminou em 2007. Nesse caso, a SGCT enfatizou as questões essenciais em diversos memoriais distribuídos aos membros daquela Corte, evitando a renovação do julgamento, conforme pretendia o Estado autor.

Observa-se, também, uma preocupação da SGCT com a uniformização das teses defendidas pela União nos controles difuso e concentrado de constitucionalidade, visando sempre a observância da mesma linha de defesa nos diversos processos nos quais determinado tema esteja sendo discutido. Além disso, a SGCT procura desenvolver seu trabalho em harmonia com a Procuradoria-Geral Federal e com a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, órgãos que também representam a União, na Suprema Corte, no tocante à administração indireta e às questões de natureza tributária, respectivamente.

Nesse contexto, internamente, têm sido elaborados estudos e desenvolvidas teses de defesa para aprimorar as peças judiciais e subsidiar a atuação da própria Secretaria-Geral de Contencioso, bem como do Advogado-Geral da União em audiências públicas em que se discuta temas de interesse da União.

## **8 DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A expectativa da Secretaria-Geral de Contencioso é de poder sempre defender, com êxito, a implementação de políticas públicas de cunho social e/ou econômico, o erário, o interesse público e o bem comum. Para tanto, deve estar sempre atenta à evolução da jurisprudência constitucional, a qual não considera mais o texto literal da Constituição. Muito mais do que isso, o Supremo vem mostrando que é absolutamente necessário interpretar a norma de forma sistemática.

Nesse sentido, a evolução da interpretação constitucional é algo que não se pode negar ou mesmo inibir. O Supremo Tribunal Federal cada vez mais envida esforços para que a prestação jurisdicional seja satisfatória aos anseios do bem comum e da celeridade, como medida mesmo de justiça, o que exige o correspondente alinhamento da conduta da Secretaria-Geral de Contencioso.

Exercer, portanto, a advocacia pública perante a Suprema Corte do país, a quem compete proferir a última palavra sobre a interpretação

constitucional das normas vigentes, é tarefa complexa – e sempre será assim –, que exige aparelhamento constante e aprimoramento dos meios de atuação. Por outro lado, trata-se de missão ímpar no cenário institucional não somente por envolver o debate de temas da mais alta relevância para a nação brasileira, como também pelos efeitos determinantes de sua atuação para os demais órgãos que integram a Advocacia-Geral da União.

## 9 AGRADECIMENTOS

Pedindo licença para romper as formalidades de estilo, não poderia encerrar essa singela exposição sem agradecer a toda equipe da Secretaria-Geral de Contencioso que durante todos esses anos tem, comigo, vencido os desafios diários no sentido de apresentar um trabalho de qualidade junto à Suprema Corte do país e de contribuir para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, nos moldes insertos no art. 3º, I, da Constituição da República, e isso mediante a defesa contínua e incansável das políticas públicas. O trabalho de excelência é o nosso objetivo inafastável. Seu alcance, temos a certeza, demanda a união de todos – advogados públicos e servidores –, e o compromisso com os mais elevados valores.

A todos aqueles que colaboraram para a construção da Secretaria-Geral de Contencioso, tal como hoje ela se encontra, meus sinceros agradecimentos. Advogados públicos que estiveram na SGCT e ingressaram em outras carreiras jurídicas ou que passaram a exercer suas funções em outras unidades da Advocacia-Geral da União, não sem antes deixarem sua parcela de contribuição na edificação desta Secretaria; Advogados públicos que compõem a SGCT e que souberam compreender a nossa missão institucional, não poupando esforços no sentido de promover a melhor defesa do interesse público; servidores da SGCT que, não obstante tantas dificuldades, souberam manter acesa a chama da perseverança e que, de maneira essencial, vêm colaborando para a eficiência dos trabalhos da Secretaria; estagiários que aprendendo nos ensinam; empregados terceirizados prestadores de serviços à SGCT, que, com elevado compromisso com a coisa pública, diariamente nos auxiliam no cumprimento de nossos deveres; a todos, meu reconhecimento e minha gratidão!

Grace Maria Fernandes Mendonça

Secretária-Geral de Contencioso

# CRIME DE DESOBEDIÊNCIA: ABUSIVIDADE DO APRISIONAMENTO DE AGENTE PÚBLICO NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO

*Adel El Tasse, Procurador Federal,  
Professor de Direito Penal, em cursos de graduação  
e pós-graduação, Mestre e Doutorando em Direito Penal.  
Integrante da coordenadoria do Paraná da,  
Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais*

SUMÁRIO: 1 Considerações Preliminares; 2. Breves apontamentos sobre o crime de desobediência; 3 O Agente Público e o não atendimento a ordem judicial; 4 Consequências penais do uso abusivo da prisão processual; 5 Conclusões; 6 Referências.

**RESUMO:** Tem havido contínua decretação de prisão de agentes públicos, inclusive de Advogados públicos, por crime de desobediência. A hipótese caracteriza ato abusivo, pois não há tipicidade penal, revestindo-se o ato de aprisionamento do agente público, desta forma, de caráter delituoso.

**PALAVRAS CHAVE:** Crime. Desobediência. Atipicidade. Agente Público. Advogado Público.

**ABSTRACT:** There have been arrest orders for public agents, such as Public Attorneys, for unlawful conduct and crime of disobedience. These practices entail abusive acts, that are not described in legal codes, which leads to unjust arrest of public agents.

**KEYWORDS:** desobience, Crime, public Agent, public attorney.

## 1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Nos últimos tempos tem sido comum assistir ao decreto de prisão de agentes públicos sob a afirmação do cometimento de crime de desobediência, com base no argumento de que a entidade pública em que atuam, que representam ou defendem em juízo, deixou de dar atendimento a comandos emanados de autoridade judicial.

Em verdade, o que se observa é um reiterado equívoco no tratamento da matéria penal, deixando manifesto, não o cometimento do delito de desobediência pelo agente público, mas o de abuso de autoridade por quem expede a ordem de seu aprisionamento.<sup>1</sup>

A atuação do agente público não permite que se fale do cometimento de crime de desobediência, dispondo a relutância ao cumprimento da ordem judicial por sua parte, quando no exercício de suas funções, tratamento próprio, que não o da figura do crime de desobediência, tipificado no artigo, do Código Penal.<sup>2</sup>

Dessa forma, com serenidade se pode afirmar ser impossível o aprisionamento do agente público, quando atua no exercício de suas funções, por crime de desobediência, por via de consequência se visualizando o abuso de poder quando há o decreto e/ou aprisionamento do agente público com base na alegação de que praticou o delito em questão.

- 1 Sempre há de se ter muita cautela quando se fala do cerceamento da liberdade pessoal, pois “as garantias estruturais do Estado Democrático de Direito não admitem transação, cessão, renúncia, mitigação ou a utilização de mecanismo tendente a diminuí-las, sob o embasamento de qualquer argumento, por mais popular que seja em determinado momento no caminho de uma sociedade. A democracia é mais que uma carta de intenções, é um compromisso real do povo consigo mesmo e com as futuras gerações. A vigilância com os ímpetos intervencionistas do Estado deve ser permanente, pois somente a estrutura democrática é fonte e forma legítima do exercício do poder. Neste sentido, não se pode aceitar, a pretexto de um utilitarismo em níveis tão excessivos que nem o Cardeal Mazarin ou Maquiavel conceberam, a quebra de estruturas fundamentais do processo democrático, na medida em que tais renúncias, além dos danos imediatos e visíveis que produzem, são como a fissura na represa, que compromete sua estrutura e permite que a água jorre e a inundação ocorra. Admitir fissuras nas garantias em que se funda o Estado Democrático é permitir que as águas do arbítrio e das violências contra a auto-afirmação dos povos jorre e inunde tudo e o período de trevas retorne sutil e consistente, tal qual previram todos os tiranos quando do poder foram retirados.” (El TASSE, Adel. *Ciências Penais*: Revista da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais. Volume 5, Editora Revista dos Tribunais, p.279.)
- 2 Sobre a interpretação dos conteúdos penais, é muito importante observar que “tendo em vista o primado do princípio da legalidade (art. 1º, CP), é força destacar que toda interpretação encontra limites na letra da lei, de modo que a interpretação extensiva somente deverá ser empregada para incluir no âmbito de um preceito penal comportamentos que o seu teor literal admitiu.” (PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*: Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 178.)

Há muito se tem denunciado uma tentativa de “administrativização” do Direito Penal, quando o que deveria ocorrer, com o desenvolvimento da estrutura democrática no Estado brasileiro, seria justamente o inverso.

Melhor explicando, o Direito Penal estabelece nos Estados Democráticos a principal barreira ao exercício do poder punitivo pelo Estado. Toda manifestação punitiva é sempre carregada de seletividade e não consegue produzir qualquer efeito positivo na sociedade, razão porque a estrutura democrática preocupa-se em deter o avanço dos mecanismos punitivos, estabelecendo regras sólidas calcadas nas garantias penais.<sup>3</sup>

O Direito administrativo também apresenta uma face punitiva bastante pronunciada, quer na relação da Administração Pública com os seus servidores; quer nas relações da Administração Pública com a sociedade e tais manifestações punitivas são tão seletivas e negativas e, por via de consequência, ilegítimas, quanto as que o Direito Penal se propõe a deter.<sup>4</sup>

A problemática está em que o avanço dogmático experimentado pelo Direito Penal não encontra indicadores mínimos de comparação nos outros ramos do Direito e, em específico, no Direito Administrativo,

---

3 Quando se pensa em punições, seja em qualquer âmbito jurídico, vale sempre ter em conta que “o poder punitivo do Estado não é, e jamais será, por maiores que sejam os esforços do pensamento garantista, um meio hábil para resolver os choques de interesses havidos na sociedade. A opção punitiva representa uma renúncia à resolução da questão e a eleição de um meio de força para tratar da matéria, apenas com o sentido simbólico de impor sofrimento a uma das partes envolvidas no conflito.” (EL TASSE, Adel. *O que é a impunidade*. Curitiba: Juruá, 2008. p.36)

4 Convém anotar, ao tratar do poder punitivo administrativo em comparação com o penal, que “ao direito penal e ao processo penal cabe estabelecer limites ao poder punitivo do Estado, que quer sempre ser ilimitado em sua irracionalidade, enquanto ao direito civil e ao processo civil é que compete conter grande parte dos casos de litigiosidade, com isso diminuindo consideravelmente a conflituosidade social e afastando o processo de interiorização do discurso da impunidade, a permitir à sociedade enfrentar-se com seus reais problemas. Melhor explicando, o poder punitivo, como acima referido, não exerce qualquer função, não reduz em nada a litigiosidade, ao contrário, amplia-a, na medida em que produz novas vítimas nas pessoas próximas ao condenado, que muitas vezes ficam desamparadas e na própria vítima ou seus familiares, que sempre julgam ter sido pequena a resposta em relação ao mal que subjetivamente sentem ter sofrido. A opção punitiva, como se vem tratando, portanto, é uma escolha por não resolver nada, apenas por retribuir com sofrimento ao condenado o seu ato de ofensa à lei, bem como ampliar os problemas sociais com novas vitimizações. Ao direito civil e ao processo civil, por outro lado, assiste a possibilidade de pacificar pessoas que se encontrem em litígio, ofertando soluções razoáveis que sejam adequadas a encerrar conflitos. Ocorre que dentro da lógica de ampliação do poder punitivo, pouco interessa que os mecanismos de contenção da litigiosidade cumpram seu papel, importando mais que instrumentos como o direito civil e processo civil sejam ruins e funcionem mal, exatamente como ocorre nos países da América Latina.” (EL TASSE, op. cit. p.38)

de maneira que este ainda exerce as ações punitivas com bases bastante autoritárias e sem limites de controle democráticos, inerentes à superação dos regimes autoritários do século passado.<sup>5</sup>

Para que se faça um comparativo basta que se analise o conteúdo de toda a violência intrínseca que representa a ação punitiva administrativa, sob o ponto de vista do imenso fosso que separa as regras garantistas democráticas de qualquer processo criminal, para as ações praticamente inquisitivas presentes em um processo administrativo disciplinar, onde, por exemplo, quem julga produz a prova e busca sempre a condenação, ou seja, representa o típico retrato do juiz inquisidor, já rechaçado há mais de um século no processo penal.<sup>6</sup>

Quando se afirma a ocorrência de “administrativização” do Direito Penal, o que se afirma é a existência de uma perigosa tendência a bloquear os avanços dogmáticos penais, aproximando as suas regras ao conteúdo, ainda em certa medida, autoritário de muitas das construções do Direito Administrativo. O adequado, em face ao avanço democrático, seria que o Direito Administrativo, em seu viés punitivo, fosse estruturado com base no desenvolvimento dogmático do Direito Penal, como a propósito há muito sustenta a doutrina pátria.<sup>7</sup>

---

5 No pensamento de Maier “As garantias, segundo a doutrina constitucionalista, são as asseguradas para impedir que seja atingido o rol de direitos que são atributos essenciais dos membros da comunidade.” (HENDLER, Edmundo. *La razonabilidad de las leyes penales: la figura del arrepentido. Teorías Actuales en el Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc. 1998, p.393-394. Livre tradução.)

6 É bastante relevante a observação de que “o atual paradigma, por sua vez, percebido no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988, passou a exigir um aprimoramento das tutelas jurisdicionais a fim de maximizar a aplicação dos direitos fundamentais, tão violados pelos paradigmas antidemocráticos anteriores. O Estado Democrático de Direito, na verdade, muito mais do que imprimir a necessidade de uma constituição como vinculação jurídica do poder, trouxe para o epicentro a pessoa humana e sua dignidade. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana passa a conformar um núcleo mínimo onde emanam diretrizes para interpretação e aplicação dos direitos fundamentais. Ora, se os direitos fundamentais constituem um mínimo para a manutenção da dignidade humana, qualquer interpretação ou aplicação restritiva desses direitos não se amolda às exigências desse paradigma constitucional, sendo, portanto, ilegítima.” (COSTA, Renata Pereira Carvalho. *A atuação do magistrado sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito. A exigência de superação dos paradigmas anteriores*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2151, 22 maio 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12897>>. Acesso em: 22 maio 2009.)

7 A doutrina penal brasileira, preocupada com ausência de limites democráticos do poder punitivo administrativo, há muito sustenta que “*não existe diferença ontológica entre o crime e a infração administrativa ou entre a sanção penal e a sanção administrativa*”, [...] “*todas as garantias do Direito Penal devem valer para as infrações administrativas, e os princípios como o da legalidade, tipicidade, proibição da retroatividade, da analogia ne bis in idem, da proporcionalidade, da culpabilidade etc. valem integralmente inclusive no âmbito administrativo.*” (GOMES, Luiz Flávio. Responsabilidade penal objetiva e culpabilidade nos crimes contra a ordem tributária, RIOBJ n° 11/95. P. 03.)

Ocorre que essa tendência de “administrativização” do Direito Penal tem feito, em muitos casos, serem deixadas de lado as refinadas e relevantes construções teóricas havidas ao longo da história penal, repercutindo no tema ora em estudo, numa evidente sensação ao julgador que pode, para reafirmar o seu poder, determinar a prisão indiscriminada das pessoas.

O crime de desobediência encontra definição e limites claramente estabelecidos pela legislação penal, que deve ser interpretada em acordo com o conjunto de garantias que fundam o Direito Penal iluminista.

Com efeito, analisada a questão sob o prisma delineado no parágrafo anterior, a conclusão única possível é a do abuso contínuo na decretação de prisões de agentes administrativos sob a falsa justificativa de que estão em estado de flagrância do crime de desobediência.<sup>8</sup>

## 2 BREVES APONTAMENTOS SOBRE O CRIME DE DESOBEDIÊNCIA

O crime de desobediência encontra-se regulado no artigo 330, do Código Penal brasileiro, com a seguinte redação: “Art. 330. Desobedecer a ordem legal de funcionário público. Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.”

No estudo de qualquer delito, há de se ter cautela especial com a verificação dos aspectos atinentes ao tipo objetivo, valendo ter em conta os ensinamentos de WELZEL, no sentido de que:

O tipo objetivo é o núcleo real-objetivo de todo crime. Crime não é somente vontade má, mas a vontade má que se manifesta em um fato. O fundamento real de todo crime é a objetivização da vontade em um fato externo. O fato externo é, por tanto, a base da construção dogmática de delito (como, ainda, o ponto de partida da investigação criminal do delito). A objetivização da vontade encontra tipicamente sua expressão nas “circunstâncias do fato” objetivas, cuja totalidade constitui o tipo objetivo.<sup>9</sup>

---

8 Sobre a estrutura Penal é fundamental observar que “as consequências jurídicas ao delito não podem ser fruto da agressividade e do sensacionalismo ora reinantes na sociedade, mas sim representar soluções racionais que permitam à sociedade diminuir sua violência e enfrentar com inteligência e efetividade, o problema do delito.” (El TASSE, *Adel. Teoria da Pena*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 149.)

9 WELZEL. Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Depalma, 1956. p. 71. livre tradução.

Dessa forma, mesmo que de maneira abreviada, sempre que se analisa um tipo estabelecedor de conteúdo delitivo é essencial, pela importância de que o tipo objetivo se reveste, que algumas considerações sobre o mesmo sejam realizadas.<sup>10</sup>

Justamente no aspecto do tipo objetivo do crime de desobediência, no que refere à origem da ordem descumprida, é que se deve considerar que o funcionário público, quando investido em tal condição, age em nome do Estado, sendo, portanto, necessário, para que ocorra o delito de desobediência, que tenha havido lesão, caracterizada pelo descumprimento à ordem regular emanada pelo funcionário público.<sup>11</sup>

Em razão do exposto no parágrafo anterior, tem-se claro que o sujeito passivo do delito em comento é “o Estado desprestigiado na sua autoridade, e secundariamente, o funcionário autor da ordem desobedecida.”<sup>12</sup>

Questão relevante no presente texto é a da definição, a partir do tipo objetivo, do sujeito ativo do delito, ou seja, de quem tem a capacidade para cometer o crime.<sup>13</sup>

O crime de desobediência se inscreve no rol dos chamados crimes comuns, ou seja, crimes que podem ser praticados por qualquer pessoa, não exigindo qualquer predicado especial de seu autor, porém é questão há muito debatida na doutrina a da possibilidade de que o delito seja praticado por funcionário público, uma vez que se inscreve nos crimes praticados *por particulares* contra a Administração Pública.

É de HUNGRIA o exemplo sempre referido para jogar luzes na problemática em prudência:

---

10 Sobre o tipo penal, apresenta relevância observar ter sido “*Beling em 1906, com sua já tradicional obra ‘Lehre vom vrbrechen’, quem funda a teoria do tipo penal. Anteriormente a ele existia certo acordo na ciência em conformar-se com a ação antijurídica e cominar-lhe pena.*” (DONNA, Edgardo Alberto. *Teoría Del delito y de La pena: imputación delictiva*. Buenos Aires, Ástrea, 2003, p. 65. livre tradução.)

11 Vale considerar que afetação ao bem jurídico e constitui em característica necessária para a tipicidade. Neste sentido: RUSCONI, Maximiliano. *Imputación. Tipo y Tipicidad Conglobante*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005. p. 24.

12 CUNHA, Rogério Sanchez. *Direito Penal: Parte Especial*. Volume 10. São Paulo: RT, 2006. p. 102.

13 Apenas numa lembrança conceitual, “*no delito há dois sujeitos: um ativo (aquele que pratica o fato descrito na norma penal incriminadora e aquele que de qualquer modo com ele colabora), e outro passivo – o que sofre lesão do bem jurídico de que é titular.*” (VIANA, Agnaldo. *Direito Penal: Teoria Geral do fato punível e das sanções penais*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 35.)

O crime de desobediência (art. 330 do CP) encontra-se no capítulo dos crimes praticados por particular contra a administração e, portanto, não o caracteriza a contumácia de Delegado de Polícia que deixa de instaurar inquérito ou de realizar diligências requisitadas, pois o fez no exercício do cargo, na condição de funcionário público, e não como particular.<sup>14</sup>

Efetivamente, quando o agente público pratica ou deixa de praticar qualquer ato, revestido da condição funcional, não pode ser sujeito ativo do crime de desobediência, que é reservado ao particular, ou seja, o funcionário público somente pode praticar crime de desobediência se atua fora das suas atividades funcionais, na condição de particular.

Para tornar fácil visualizar o campo próprio em que o titular de cargo público pode cometer o crime de desobediência, basta refletir no caso concreto se a ordem recebida e descumprida diz respeito às funções do agente ou estão fora do âmbito da mesma. Caso a ordem recebida esteja fora do âmbito das funções públicas o agente responde por crime de desobediência, estando inseridas nestas não há o que se falar do delito em questão.

Outro ponto muito importante do tipo objetivo, na análise a que se propõe o presente texto, é o elemento “ordem legal”.

Tenha-se claro que “ordem é o comando imposto pelo funcionário através de um ato de seu ofício. Ordem não se confunde com solicitação ou recomendação. Deve ser legal do ponto de vista formal e material.”<sup>15</sup>

Afirmar que a ordem deve ser formal e materialmente legal significa dizer que a mesma, além de se revestir de todas as formalidades exigíveis para o ato, deve ser emanada por quem tiver competência para fazê-la e endereçada a quem puder efetivamente cumpri-la, revestindo-se em seu conteúdo de absoluta licitude.

Não há, portanto, crime de desobediência se a ordem é emanada de funcionário público incompetente para exarar a determinação; ou tendo como destinatário pessoa sem capacidade (entendida em sentido amplo) para cumprir a determinação; ou, ainda, com conteúdo contrário ao sistema jurídico.

14 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Volume 9, Rio de Janeiro: Forense, 1944. p. 420.

15 TELES, Ney Moura. *Direito Penal*. Volume III. São Paulo: Atlas, 2004. p. 449.

### 3 O AGENTE PÚBLICO E O NÃO ATENDIMENTO A ORDEM JUDICIAL

Ao proceder uma análise tranquila dos aspectos do tipo objetivo do crime de desobediência, torna-se seguro afirmar que não há qualquer possibilidade de se cogitar do cometimento de tal delito por agente público, quando não atende uma ordem judicial emanada, em razão da função pública por ele exercida.

Nesse sentido, há ato abusivo quando se determina a prisão de funcionário público, atuando em tal condição, por desatender a uma ordem judicial, na medida em que a conduta do mesmo não preenche o critério de tipicidade penal a permitir a incidência de qualquer medida, processual ou definitiva, de natureza criminal.

Interessa recordar que o crime de desobediência é tipificado no capítulo específico que trata dos crimes praticados por particular contra a Administração Pública e, na hipótese do agente público, contra quem é expedida a ordem de aprisionamento, por haver aparente descumprimento de ordem judicial pela instituição na qual aquele atua, sua conduta é praticada no exercício da função pública, portanto, não se trata de atuação de particular contra a Administração Pública.

A doutrina é peremptória em afirmar que no crime de desobediência o “sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, desde que não se trate de funcionário público no exercício de suas funções.”<sup>16</sup>

A Jurisprudência é pacífica na matéria, já tendo inclusive se manifestado o Pretório Excelso e taxativamente afirmado que “*O crime de desobediência somente é praticado por agente público quando este está agindo como particular.*”<sup>17</sup>

No mesmo sentido: STF, RT 567/397; STJ, RT 777/559; TRF 4ªR, RT 774/612.

---

16 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Especial*. Volume 4. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 457.

17 Origem: STF - Supremo Tribunal Federal. Classe: HC - HABEAS CORPUS. Processo: 76888 UF: PI -PIAUÍ. Fonte DJ 20-11-1998 PP-00003 EMENT VOL-01932-01 PP-00150. Relator: CARLOS VELLOSO.

Votação: Unânime. Resultado: Indeferido. VEJA : HC-69428, HC-70525, HC-69850, HC-71875. N.PP.:(11). Análise:(ARL). Revisão:(JBM/AAF). Inclusão: 12/01/99, (SVF).

Bem a propósito, o Egrégio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA tem sólida jurisprudência, conforme se pode abaixo observar:

RHC. PENAL. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. PREFEITO MUNICIPAL. NÃO CONFIGURAÇÃO.

1. Em princípio, diante da expressiva maioria da jurisprudência, o crime de desobediência definido no art. 330 do CP só ocorre quando praticado por particular contra a Administração Pública, nele não incidindo a conduta do Prefeito Municipal, no exercício de suas funções. É que o Prefeito Municipal, nestas circunstâncias, está revestido da condição de funcionário público.

2. Constrangimento indevido representado pela cláusula “sob pena de incidir em crime de desobediência à ordem judicial” corporificado em intimação para pagamento em 48 horas de vencimentos em atraso, não pleiteado em medida cautelar inominada, cujo provimento liminar, em segunda instância, assegura apenas a reintegração em cargo do qual foi o servidor demitido.

3. Recurso provido. Decisão: Por unanimidade, dar provimento ao recurso. Segundo o STJ, além de funcionário público não responder por crime de desobediência, Juiz do trabalho não pode decretar prisão.<sup>18</sup>

Vale transcrição as palavras do magistrado pernambucano Pierre Souto Maior Coutinho de AMORIM ao comentar a decisão supra transcrita, quando registra que:

o acórdão, acima reproduzido, tem por fundamento básico a atipicidade do seguinte fato: crime de desobediência praticado por funcionário público. Em diversas outras decisões, alguns juízes têm determinado o trancamento de ações penais ou de inquéritos policiais com base nessa suposta atipicidade.<sup>19</sup>

18 HC 6000/DF ; HABEAS CORPUS (1997/0049412-8) Fonte DJ DATA:19/12/1997 PG:67533 Relator: Min. ANSELMO SANTIAGO (1100) Data da Decisão 17/11/1997 Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA. Publicada em 06/08/2002. Min. FERNANDO GONÇALVES (1107) Data da Decisão 29/10/1998 Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA.

19 AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. Funcionário público e crime de desobediência. Aspectos processuais e substanciais. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3550>>. Acesso em: 14 maio 2009.

Outros vários precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça fornecem idêntica interpretação ao conteúdo da lei federal estampada no artigo 330, do Código Penal, ou seja, que não se aplica ao funcionário público, quando a ordem endereçada a este disser respeito à sua atuação funcional.<sup>20</sup>

Registre-se que os Tribunais Regionais adotam idêntica posição em torno da matéria, conforme exemplo do precedente abaixo colacionado do Egrégio Tribunal Regional Federal da Quarta Região:

HABEAS CORPUS. DESOBEDIÊNCIA. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. FATO ATÍPICO. PREVARICAÇÃO. AUSÊNCIA DE ELEMENTAR.

1. Impetrado o presente mandamus contra o oferecimento de peça acusatória e havendo sido esta recebida, não mais o Procurador da República, mas sim o Juiz Federal se reveste da condição de autoridade coatora.

2. A conduta atribuída ao paciente é atípica. Não se trata de desobediência (art. 330 do CP - crime praticado por particular contra a administração em geral) pois não pode ser sujeito ativo do ilícito funcionário público no exercício de suas funções. Tampouco é hipótese do delito previsto no art. 319 do CP (prevaricação), uma vez que a peça acusatória não fez qualquer referência ao interesse ou sentimento pessoal do paciente.

3. Falta, assim, justa causa para o prosseguimento da ação penal.

4. Ordem concedida.<sup>21</sup>

---

20 “Desobediência à ordem de juiz pelo Delegado de Polícia: crime não caracterizado — STJ: Embora não esteja a autoridade policial sob subordinação funcional ao Juiz ou ao membro do Ministério Público, tem ele dever funcional de realizar as diligências requisitadas por estas autoridades, nos termos do art. 13, II, do CPP. A recusa no cumprimento das diligências requisitadas não consubstancia, sequer em tese, o crime de desobediência, repercutindo apenas no âmbito administrativo-disciplinar”. (RT 747/624.) [...]

“Impossível o Delegado de Polícia cometer o crime de desobediência (art. 330 do CP), que somente ocorre quando praticado por particular contra a Administração Pública.” (DJU de 5-6-1995, p. 16675.)

21 Data Publicação 11/09/2002. Origem: TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO. Classe: HC - HABEAS CORPUS – 3191. Processo: 200204010056655 UF: RS Órgão Julgador: OITAVA TURMA. Data da decisão: 29/04/2002 Documento: TRF400084168. Fonte DJU DATA:29/05/2002 PÁGINA: 639 DJU DATA:29/05/2002. Relator (a) JUIZ ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO .Decisão A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Relator.

O contido na ementa acima, aliás, é a linha geral seguida nos decisórios dos Tribunais brasileiros<sup>22</sup>, que de outra maneira não poderiam se posicionar sob pena de sério ataque ao estabelecido pelo tipo penal do delito de desobediência, o que representaria afronta a um

22 “HABEAS CORPUS. INQUÉRITO. TRANCAMENTO.DESOBEDIÊNCIA. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. ATENDIMENTO AO ATO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE DOLO.

1 - Se o ato judicial restou atendido, revela-se a ausência de dolo do agente em desobedecer a ordem emanada, reconhecendo-se atípica a conduta perpetrada.

2 - De regra o funcionário público somente será sujeito ativo do crime de desobediência quando fora das respectivas funções.

3 - Ordem de habeas corpus concedida.” (Origem: TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO. Classe: HC - HABEAS CORPUS. Processo: 200404010114305 UF: RS Órgão Julgador: OITAVA TURMA. Data da decisão: 26/05/2004. Documento: TRF400096210. Fonte DJU DATA:16/06/2004 PÁGINA: 1244. Relator (a) JUIZ LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO. Decisão A TURMA, POR UNANIMIDADE, CONCEDEU A ORDEM, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.)

[...]

“ HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. DESOBEDIÊNCIA. ART. 330 DO CP. ATIPICIDADE.

- O Superior Tribunal de Justiça adota entendimento no sentido de que funcionário público pode praticar o delito de desobediência, capitulado no artigo 330 do CP, apenas quando a ordem não se refere às funções que desempenha.

- O crime de desobediência só se configura quando há descumprimento à ordem legal, emanada da autoridade e endereçada diretamente para quem tem o dever legal de cumpri-la.

- Ordem concedida.” (Data Publicação 16/06/2004. Outras Fontes 75/04-G-STs 16/06/04 DE 16/06/04 (CIRCULA16/06/04

Acórdão Origem: TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO. Classe: HC - HABEAS CORPUS - 5418

Processo: 200404010113234 UF: RS Órgão Julgador: SÉTIMA TURMA. Data da decisão: 27/04/2004 Documento: TRF400095886 . Fonte DJU DATA:12/05/2004 PÁGINA: 711. Relator (a) JUIZA MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE Decisão APRESENTADO EM MESA. A TURMA, POR UNANIMIDADE, CONCEDEU A ORDEM, NOS TERMOS DO VOTO DA DESEMBARGADORA FEDERAL RELATORA.)

[...]

“HABEAS-CORPUS. TRANCAMENTO. INQUÉRITO POLICIAL. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. DESOBEDIÊNCIA. ART. 330 DO CP. CONDUTA ATÍPICA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Não pode ser sujeito ativo do crime de desobediência (delito praticado por particular contra a administração em geral) funcionário público no exercício de suas funções. Precedentes do STJ e desta Turma.

2. In casu, é atípica a conduta imputada ao Superintendente Regional da Caixa Econômica Federal, na medida em que a ordem não foi expressamente a ele dirigida, mas sim a procurador constituído da empresa pública. Ademais, a determinação judicial foi atendida, ainda que tardiamente, demonstrando a inexistência de dolo.

3. Restando cabalmente evidenciada a ausência de justa causa para o prosseguimento das investigações, determina-se o trancamento do inquérito.”(Data Publicação 12/05/2004 .Outras Fontes nº 54/04 05/05/04 De 12/05/04 Pags. 7112/05/04.Orgem: TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO. Classe: HC - HABEAS CORPUS - 3409. Processo: 00204010280464 UF: RS Órgão Julgador: OITAVA TURMA. Data da decisão: 02/09/2002 Documento: TRF400087179. Fonte DJU DATA:11/09/2002 DJU DATA:11/09/2002. Relator (a) JUIZ AMIR SARTI. Decisão PROSSEGUINDO O JULGAMENTO, A

dos pilares essenciais do Estado de Direito, qual seja, o princípio da legalidade em matéria penal.<sup>23</sup>

Nunca é demais recordar que a legalidade em matéria penal, “dá lugar a uma série de garantias e consequências em que se manifesta o seu aspecto material — não simplesmente formal —, o que importa em restrições ao legislador e ao intérprete da lei penal.”<sup>24</sup>

Sendo assim, não pode o intérprete, a que título seja, mesmo ao argumento muito comum e também muito vazio de concessão de efetividade ao poder judicial, interpretar o estabelecido em tipo incriminador de conduta para afirmar o que a lei não diz, ou seja, para estender o âmbito de criminalização além dos limites precisos definidos pelo legislador.<sup>25</sup>

Em outras palavras adaptadas ao campo do presente estudo, na medida em que a lei diz que o crime de desobediência é praticado por particular contra a Administração Pública não pode o intérprete pretender criminalizar o agente público, quando em tal condição atua. Age o intérprete, em tal exemplo, ao arrepio da lei, praticando, portanto, ele sim ato delituoso, qual seja, o abuso de autoridade.

Determinar o aprisionamento de uma pessoa quando esta não praticou nenhum fato típico penal representa, no Estado Democrático,

---

TURMA, POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR, CONCEDEU A ORDEM, NOS TERMOS DO VOTO DO DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO, QUE LAVRARÁ O ACÓRDÃO.)

23 Sempre é importante a lembrança de que “o princípio da legalidade, substancial ao Estado de Direito, tem sua origem histórica na Revolução francesa e sua origem ideológica no pensamento iluminista. Veio a supor o desejo dos homens de substituir o governo caprichoso dos homens pela vontade geral, pela vontade expressada através da norma, da lei.” (MATEU, Juan Carlos Carbonell. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 3. ed. Valencia: tirant lo blanch alternativa, 1999. p. 108. livre tradução.)

24 PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Volume 1. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p131.

25 Argumentos aparentemente de boa-fé e dotados de retórica socialmente insinuante, quando sacrificam as garantias protetivas do homem, são capazes de gerar monstruosidades, conforme observa Agamben: “Não há motivos para duvidar de que as razões humanitárias que empurraram Hitler e Moler a elaborar imediatamente depois da tomada de poder um programa de eutanásia foram de boa fé, como de boa fé atuavam certamente, desde seu ponto de vista, Biding e Hoche ao propor o conceito de ‘vida indigna de ser vivida [...]’ contrariamente a um difundido preconceito, o nazismo não se limitou simplesmente a utilizar e a destorcer para seus próprios fins políticos os conceitos políticos que lhe eram necessários; a relação entre a ideologia nacional socialista e o desenvolvimento das ciências sociais e biológicas do momento, em particular o da genética, é mais íntimo e complexo e, a cada vez mas inquietante.” (AGAMBEN, Giorgio, *Homo Sacer*, Madrid: Pre-textos, s.d., 177-184. livre tradução).

uma das maiores violências possíveis de prática pela autoridade judicial.<sup>26</sup>

Ao definir o crime de desobediência, o legislador deixou fora do seu âmbito de incidência o agente público quando no exercício da função, prendê-lo ao argumento da desobediência por descumprimento de ordem judicial é, assim, gravíssimo atentado ao regime democrático.<sup>27</sup>

Aspecto específico merecedor de algumas considerações adicionais é o relativo ao aprisionamento de Advogados públicos, em razão do descumprimento de ordem judicial pelo ente estatal a que representam.

Essa questão é agregada de abuso adicional na medida em que se determina a prisão do agente público que sequer tem a competência para a prática do ato cujo descumprimento se deu. Atribua-se a nomenclatura que a lei entender cabível, Procurador Federal, Advogado da União, Procurador Estadual etc., o fato é que está sempre e invariavelmente se falando de Advogado que atua dentro do *munus* próprio estabelecido para a advocacia e com as prerrogativas que também lhes são inerentes.<sup>28</sup>

---

26 Merece referência a seguinte assertiva: “o processo penal funciona em um Estado Democrático de Direito como um meio necessário e inafastável de garantia dos direitos do acusado. Não é um mero instrumento de efetivação do Direito Penal, mas, verdadeiramente, um instrumento de satisfação de direitos humanos fundamentais e, sobretudo, uma garantia contra o arbítrio do Estado” (MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Volume 27. O Processo Penal como instrumento da Democracia. Editora Síntese. p. 14.)

27 Quando se trata de práticas abusivas e comprometedoras da estrutura democrática sempre vale referir à seguinte observação: “toda a América está sofrendo as conseqüências de uma agressão aos Direitos Humanos (que chamamos de injusto jus humanista), que afeta o nosso direito ao desenvolvimento, que se encontra consagrado no art. 22 (e disposições concordantes) da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Este injusto jus humanista tem sido reconhecido pela Organização dos Estados Americanos (OEA), através da jurisprudência internacional da Comissão dos Direitos Humanos, que declara ter sido violado o direito ao desenvolvimento em El Salvador e no Haiti. A existência deste injusto jus humanista não é, pois, uma afirmação ética, mas uma afirmação jurídica, reconhecida pela jurisprudência internacional. Este injusto jus humanista de violação de nosso direito ao desenvolvimento não pode ser obstaculizado, uma vez que se resguarda de seus efeitos, que se traduzem num aumento das contradições e da violência social interna que, vista em perspectiva, nos levaria a genocídios internos e à destruição do sistema produtivo, submetendo-as a um desenvolvimento ainda pior, como decorrência de uma violência incontrolável. Se a intervenção do sistema penal é, efetivamente, violenta, e sua intervenção pouco apresenta de racional e resulta ainda mais violenta, o sistema penal nada mais faria que acrescentar violência àquela que perigosamente, já produz o injusto jus humanista a que concomitantemente somos submetidos. Por conseguinte, o sistema penal estaria mais acentuando os efeitos gravíssimos que a agressão produz mediante o injusto jus humanista, o que resulta um suicídio.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. 4.ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 80-81.)

28 Não por outra razão, há muito temos apontado ser desnecessária a existência de Lei Orgânica para tais carreiras estatais, desde que sejam superados “dramas existenciais” existentes no âmbito das mesmas, reconhecendo-se em definitivo a condição de Advogados aos seus agentes, pois, então, o Estatuto da OAB

É bastante claro que o Advogado não responde pelos atos praticados ou que deixaram de ser praticados pela pessoa, natural ou jurídica, de direito público ou privado, a que representa processualmente. Desta forma, determinar o aprisionamento do Advogado público porque o órgão a que o mesmo defende praticou ou deixou de praticar determinado ato representa teratologia insuplantável.

Apenas como exemplo, tenha-se em conta que o Pretório Excelso, no recentíssimo julgamento das Reclamações (RCLs) 5133 e 7181, afirmou categoricamente que o Advogado de órgão público não pode ser multado sob a alegação de ser litigante de má-fé, mas apenas o pode o órgão que ele defende.

A questão tangencia exatamente o que aqui se afirma, sobre a prisão por descumprimento de ordem judicial, qual seja, a evidência de que o Advogado público defende o órgão público, mas com ele não se confunde, como o Advogado privado não se confunde, hipoteticamente, com o acusado de tráfico de drogas ou de homicídio a que defende, e diferente disto, até hoje, apenas Torquemada<sup>29</sup>, Nicolau Emerich<sup>30</sup> e seus seguidores durante a inquisição pensaram.

Não bastasse o acima exposto, a demonstrar a total ilegalidade e abusividade do decreto de prisão de agente público por cometimento de crime de desobediência, há de se observar que “*a competência para o processamento e julgamento do delito é do Juizado Especial Criminal.*”<sup>31</sup>

---

e da Advocacia se constitui em legislação suficiente a regerar a atuação, definir obrigações e prerrogativas ínsitas a tais carreiras. Por tal razão também entendemos que a matéria disciplinar relativa à atividade específica da condução processual pelos Advogados Públicos é de competência da Ordem dos Advogados do Brasil, instituição das mais importantes da história do Estado Democrático brasileiro, não cabendo aos órgãos correcionais específicos, que podem tão somente tratar de aspectos residuais que não digam respeito a atividade processual do agente na condição de Advogado público.

29 Há divergências históricas sobre o número de autos-de-fé conduzidos durante a Inquisição por Torquemada, mas acredita-se em algo próximo de 2200, o que o tornou um dos mais famosos inquisidores dominicanos, conhecido como “O Grande Inquisidor”. Tomás de Torquemada nasceu em Valladolid em 1420 tendo morrido em Ávila em 1498. Torquemada desenvolveu suas cruentas ações fundamentalmente contra os Muçulmanos e os Judeus.

30 Nicolau Emerich viveu de 1322 a 1399, se constituindo em um dos mais cruéis e respeitados inquisidores de seu tempo. Autor do Manual dos Inquisidores, espécie de Código Processual Penal da inquisição, nesta obra Emerich apregou a difusão das torturas e das mais variadas violações físicas e morais contra o investigado, bem como, foi um dos fundadores da idéia de que o Advogado que defendia o acusado de bruxaria devia ser investigado como simpatizante da bruxaria. Com isto produziu o efeito por ele desejado de ninguém mais aceitar defender os acusados de bruxaria que eram assim julgados sem qualquer defesa. O respeito que obteve, durante o seu tempo, em razão da violência implacável de seus métodos, o garantia na condição de protegido direto do Papa.

31 PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*: Parte Especial. Volume 4. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 478.

A pena em abstrato cominada para o crime de desobediência varia entre 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa, tendo os Juizados Especiais Criminais competência para o julgamento das infrações de menor potencial ofensivo, sendo certo que por força do contido no artigo 61, da Lei nº. 9.099/95, “*consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.*”

A problemática surgida da definição de competência para julgamento dos crimes de desobediência, no âmbito do Juizado Especial Criminal, é que é estabelecida vedação clara da prisão em flagrante aos crimes submetidos a ele.

Basta que se observe o contido na Lei nº 9.099/95 artigo 65, em especial em seu parágrafo único:

Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, *não se imporá prisão em flagrante*, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

Em palavras bem simples, ainda que se cogite, para meros fins argumentativos, da prática de crime de desobediência por funcionário público quando no exercício das funções, não poderia a autoridade judicial simplesmente expedir sua ordem de prisão, posto que o crime é de competência dos Juizados Especiais, de sorte que havendo comprometimento do infrator em comparecer no dia da audiência está vedado o cerceamento de sua liberdade.

O desejo legislativo de impedir o aprisionamento cautelar do acusado de infração de menor potencial ofensivo é de evidência tamanha que mesmo nas hipóteses que importem em violência doméstica não deve ser aplicada qualquer medida cautelar outra que o afastamento do lar.

O procedimento correto seria, portanto, na hipótese de desobediência à ordem judicial, o de comunicar à autoridade policial da desobediência havida para ser lavrado o competente termo circunstanciado e agendada audiência, em que havendo o compromisso de comparecimento do infrator, estabelece-se obstáculo absoluto ao aprisionamento deste por tal fato.

A violação ao direito da pessoa, quando se determina seu aprisionamento por crime de competência do juizado especial, é bastante significativa, pois se fala de delitos que até mesmo na hipótese de condenação, em sua pena máxima, não permitem a prisão.

#### **4 CONSEQUÊNCIAS PENAIS DO USO ABUSIVO DA PRISÃO PROCESSUAL**

O artigo 4º, “a”, da Lei nº 4.898/65, conhecida como Lei de Abuso de Autoridade, estabelece que “Art. 4º Constitui também abuso de autoridade: a) ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder.”

O texto da Lei nº 4.898/65 é bastante claro em seu objetivo repressivo das ações abusivas que ataquem a liberdade de locomoção da pessoa, salientando no artigo 4º, letra “a”, acima destacado, que a simples ordenação da prisão, independente de seu cumprimento, quando a ordem se dá revestida de abuso de autoridade, já é suficiente a constituir crime.<sup>32</sup>

Por certo a determinação do aprisionamento do agente público em geral, pelo crime de desobediência que, como visto acima, lhe é inaplicável, e do Advogado público, em específico, se constitui em determinação abusiva de aprisionamento, portanto, ocorre clara caracterização do crime de abuso de autoridade na forma descrita no já diversas vezes referido, artigo 4º, letra “a”, da lei em comento.

Caso a ordem abusiva de aprisionamento se cumpra, também tem incidência o artigo 3º, “a”, da lei destacada, que assim trata da matéria “Art. 3º Constitui crime de abuso de autoridade qualquer atentado: a) à liberdade de locomoção.”

---

32 Não há dúvidas de que “o tipo penal envolve tanto o mandante quanto o executor da ordem de prisão ilegal ou abusiva.” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais comentadas*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2006. p. 45.)

O efetivo cumprimento da ordem abusiva emanada da autoridade judicial representa concreto atentado à liberdade de locomoção e por tal razão estabelece a incidência conjunta dos artigos 3º, letra “a”, e 4º, letra “a”, da Lei nº 4.898/65.

Nessa situação tem-se o concurso formal de delitos<sup>33</sup>, na sua modalidade própria, na maneira disciplinada pelo artigo 70, do Código Penal, quando fixa que *“quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade.”*

Dessa forma, a autoridade judicial que determina um aprisionamento abusivo e este ato efetivamente é cumprido comete ato extremamente reprovável pelo sistema punitivo positivado, pois produz dois delitos com a sua ação, incidindo na hipótese do concurso formal e sujeita às sanções fixadas pela lei de abuso de autoridade que, vale observar, contemplam sanções administrativas, civis e penais que podem ser aplicadas autônomas ou cumulativamente.<sup>34</sup>

Há de se considerar, enfim, que a liberdade se constitui em bem jurídico de extremada importância e é objeto de relevante tratamento na Carta Maior, razão porque os atos atentatórios contra a mesma são de gravidade ímpar e ganham relevo especial se praticados por agente

---

33 Sob ponto de vista técnico, *“se houver a prática de duas ou mais condutas caracterizadoras do abuso de autoridade, por meio de uma só ação ou omissão, haverá concurso formal de crimes.”* (ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Legislação penal especial*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 189.)

34 Assim dispõe o artigo 6º da Lei de Abuso de Autoridade:

*“Art. 6º O abuso de autoridade sujeitará o seu autor à sanção administrativa civil e penal.*

*§ 1º A sanção administrativa será aplicada de acordo com a gravidade do abuso cometido e consistirá em: a) advertência; b) repreensão; c) suspensão do cargo, função ou posto por prazo de cinco a cento e oitenta dias, com perda de vencimentos e vantagens; d) destituição de função; e) demissão; f) demissão, a bem do serviço público.*

*§ 2º A sanção civil, caso não seja possível fixar o valor do dano, consistirá no pagamento de uma indenização de quinhentos a dez mil cruzeiros.*

*§ 3º A sanção penal será aplicada de acordo com as regras dos artigos 42 a 56 do Código Penal e consistirá em: a) multa de cem a cinco mil cruzeiros; b) detenção por dez dias a seis meses; c) perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo até três anos.*

*§ 4º As penas previstas no parágrafo anterior poderão ser aplicadas autônoma ou cumulativamente.*

*§ 5º Quando o abuso for cometido por agente de autoridade policial, civil ou militar, de qualquer categoria, poderá ser cominada a pena autônoma ou acessória, de não poder o acusado exercer funções de natureza policial ou militar no município da culpa, por prazo de um a cinco anos.”*

público, em especial se este agente é o Magistrado a quem compete a proteção da ordem jurídica e, no seu aspecto maior, dos bens jurídicos cuja significação é destacada pela Constituição Federal.<sup>35</sup>

## 5 CONCLUSÕES

O presente artigo, de forma breve, buscou refletir sobre o conteúdo de prática usual, e não porque comum; correta ou legal, de aprisionar agentes públicos em razão do descumprimento de ordem judicial, observando com especial atenção o campo dos Advogados públicos, que, não em raras oportunidades, são confundidos com o órgão a que representam.

A reflexão da matéria conduz a inexorável formulação conclusiva de que a determinação da ordem de prisão de um agente público por crime de desobediência é caracterizador do delito de abuso de autoridade pelo Magistrado que expede esta ordem, sendo que, caso a mesma se cumpra, ter-se-á concurso formal delitivo entre as hipóteses capituladas nos artigos 3º e no artigo 4º, da Lei nº 4.898/65.

Efetivamente, se constata que o agente público, quando pratica ou deixa de praticar ato ínsito a sua atuação funcional, não comete crime de desobediência, que é reservado em sua titularidade ativa ao particular.

De maneira complementar, verifica-se que o comum expediente de determinar a prisão do Advogado público, pelo descumprimento de ordem judicial pelo órgão a que este representa, é de confronto ainda maior com a ordem jurídica, pois, além do agente público, no exercício funcional, não cometer crime de desobediência, o Procurador Federal, o Advogado da União, o Procurador Estadual ou Municipal não se confundem com o órgão que representam, pois atuam na condição de Advogado, portanto, não são passíveis de submissão pessoal a sanções por atos do ente a que defendem.

Como última reflexão, ainda sobre a prisão de Advogados

---

35 Sobre o tratamento constitucional brasileiro à vida humana o saudoso Luiz LUISI, assim pontuou: “a Constituição Federal vigente, ao manter a tradição proibitiva da pena de morte, alinhou-se, sem qualquer dúvida, como tendência fortemente majoritária das legislações contemporâneas, no sentido de banir a pena em questão do elenco das sanções penais.” (LUISI, Luiz. *Revista Expressão Jurídica*. A Pena de Morte nas Constituições Contemporâneas e nas Constituições Brasileiras. Santo Ângelo, 1992, p. 21.)

públicos no exercício de suas funções, é procedente acertar que há de se superar em definitiva a opressão que ainda se impõe ao Advogado por não se entender a relevante função que exercita, confundindo-se a nobre função da defesa com o próprio ato, muitas vezes socialmente repudiado, de que é acusada a pessoa defendida. Ao tratar da comum postura hostil praticada contra o Advogado, são imortais as palavras de Carnelutti:

A essência, a dificuldade, a nobreza da advocacia é esta: sentar-se sobre o último degrau da escada ao lado do acusado. As pessoas não compreendem aquilo que de resto nem os juristas entendem; e riem, zombam e escarnecem. Não é um mister, que goza de simpatia do público, aquela do Cirineu. As razões pelas quais a advocacia é objeto, no campo literário e também no campo litúrgico, de uma difundida antipatia, não são outras senão estas. Perfino Manzoni, quando teve que retratar um advogado, perdeu sua bondade e a Igreja deixou introduzir no hino de Santo Ivo, patrono dos advogados, um verso afrontoso. As coisas mais simples são as mais difíceis de entender.<sup>36</sup>

## 6 REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer*. Madrid: Pre-textos, s.d.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Legislação penal especial*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Especial*. vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. São Paulo: Conan, 1995.

COSTA, Renata Pereira Carvalho. A atuação do magistrado sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito. A exigência de superação dos paradigmas anteriores. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2151, 22 maio 2009.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12897>>.

Acesso em: 22 maio 2009.

---

<sup>36</sup> CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. São Paulo: Conan, 1995. p. 27.

CUNHA, Rogério Sanchez. *Direito Penal: Parte Especial*. vol. 10. São Paulo: RT, 2006.

DONNA, Edgardo Alberto. *Teoría Del delito y de La pena: imputación delictiva*. Buenos Aires: Ástrea, 2003.

EL TASSE, Adel. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais*. vol. 5, Revista dos Tribunais.

EL TASSE, Adel. *O que é a impunidade*. Curitiba: Juruá, 2008.

\_\_\_\_\_. *Teoria da Pena*. Curitiba: Juruá, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. Responsabilidade penal objetiva e culpabilidade nos crimes contra a ordem tributária, *RIOBJ* n° 11/95.

HENDLER, Edmundo. *La razonabilidad de las leyes penales: la figura del arrepentido*. Teorías Actuales en el Derecho Penal, Buenos Aires, Ad-Hoc. 1998.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Volume 9, Rio de Janeiro: Forense, 1944.

LUISI, Luiz. *Revista Expressão Jurídica*. A Pena de Morte nas Constituições Contemporâneas e nas Constituições Brasileiras. Santo Ângelo, 1992.

MATEU, Juan Carlos Carbonell. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 3. ed. Valencia: tirant lo blanch alternativa, 1999.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O Processo Penal como instrumento da Democracia. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Pena*, vol. 27. Síntese.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais comentadas*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2006.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. vol. 1, 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial*. vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais.

RUSCONI, Maximiliano. *Imputación. Tipo y Tipicidad Conglobante*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005.

TELES, Ney Moura. *Direito Penal*. vol. III. São Paulo: Atlas, 2004.

VIANA, Agnaldo. *Direito Penal: Teoria Geral do fato punível e das sanções penais*. Curitiba: Juruá, 2008.

WELZEL. Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Depalma, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

# O IPI NÃO-CUMULATIVO E A IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO CRÉDITO ORIUNDO DA AQUISIÇÃO DE INSUMOS ISENTOS

*Bernardo Alves da Silva Júnior*  
*Procurador da Fazenda Nacional em Brasília –*  
*DF. Bacharel em Direito e Especialista em*  
*Direito Processual pela Universidade Federal do Piauí*

SUMÁRIO: 1 Contextualização do tema; 2 A regra matriz da não-cumulatividade do IPI e a impossibilidade do creditamento na aquisição de insumos isentos; 3 Conclusão; 4 Referências.

**RESUMO:** Trata-se de estudo sobre a não-cumulatividade do Imposto sobre Produtos Industrializados, com enfoque especial na questão relativa ao aproveitamento, na saída do produto final do estabelecimento industrial, do pretense crédito derivado da aquisição de insumos isentos na operação de origem. Aborda-se a disciplina constitucional do tema com a atenção voltada para as controvérsias que fervilham na doutrina e jurisprudência, apresentando-se, ao final, as conclusões que parecem amoldar-se aos comandos normativos de regência.

**ABSTRACT:** The present study concerns the non-accrual of the Tax on Industrialized Products (IPI), with special focus on the use of the presumed credit derived from the acquisition of inputs exempt in the original operation, at the moment the product leaves the industrial establishment. The constitutional discipline of the theme is discussed here, with emphasis on the numerous controversies that arise in literature and in court decisions, and the conclusions that seem to comply with the normative commands are presented at the end of this study.

**PALAVRAS-CHAVE:** IPI. Não-cumulatividade. Crédito. Aquisição. Insumos. Isentos. Impossibilidade.

**KEY WORDS:** IPI. Non-accrual. Credit. Acquisition. Inputs. Exempt. Impossibility.

## 1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA

Acerbos atritos vêm ocorrendo há tempos entre a Fazenda Pública e os contribuintes acerca da possibilidade do crédito de IPI derivado da aquisição de insumos desonerados no início da cadeia produtiva.

Após muita polêmica, o Supremo Tribunal Federal recentemente resolveu em parte a contenda, em decisão exarada nos Recursos Extraordinários 353.657-5/PR e 370.682-9/SC, no que assentou a inviabilidade do crédito de IPI quanto ao ingresso no estabelecimento de insumos sujeitos à alíquota zero ou não-tributados, entendimento que implicou mudança da orientação até então prevalente naquela Corte.

Contudo, tendo em mente as diferenças e peculiaridades ínsitas aos fenômenos da não-incidência, aplicação de alíquota zero e isenção, ainda pulsam enormes divergências relativas à possibilidade do creditamento de IPI na obtenção de insumos isentos.

Para uma primeira corrente, não existem razões para que seja dado tratamento diferenciado às matérias-primas adquiridas sob o manto da isenção, devendo lhes ser conferida a mesma disciplina das demais espécies de desoneração. De outro lado, há quem defenda que a isenção, por sua natureza e especificidades, deve render ensejo ao crédito de IPI. As cizânias reinam em sede doutrinária e jurisprudencial.

Em face dessa contraposição de pensamentos, pretende-se trazer a seguir alguns subsídios para o fomento da discussão e, quiçá, contribuir para a elucidação da matéria.

## 2 A REGRA MATRIZ DA NÃO-CUMULATIVIDADE DO IPI E A IMPOSSIBILIDADE DO CREDITAMENTO NA AQUISIÇÃO DE INSUMOS ISENTOS

A solução do impasse perpassa inicialmente pela leitura do art. 153, IV, § 3.º, II, da CF/88 e do art. 49 do CTN, dispositivos que fincam as balizas da regra-matriz da não cumulatividade do IPI e do direito ao respectivo crédito, *in verbis*:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

[...]

IV - produtos industrializados;

[...]

§3º. O imposto previsto no inciso IV:

[...]

II – será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores.

Art. 49. O imposto é não-cumulativo, dispondo a lei de forma que o montante devido resulte da diferença a maior, em determinado período, entre o imposto referente aos produtos saídos do estabelecimento e o pago relativamente aos produtos nele entrados.

Parágrafo único. O saldo verificado, em determinado período, em favor do contribuinte, transfere-se para o período ou períodos seguintes.

Em compasso com essas normas, é conveniente a leitura do art. 163 do RIPI (Decreto n.º 4.544, de 26/12/2002):

Art. 163. A não-cumulatividade do imposto é efetivada pelo sistema de crédito, atribuído ao contribuinte, do imposto relativo a produtos entrados no seu estabelecimento, para ser abatido do que for devido pelos produtos dele saídos, num mesmo período, conforme estabelecido neste Capítulo (Lei n.º 5.182, de 1966, art. 49 [...]).

A regra da não-cumulatividade do IPI, como se vê, constitui mecanismo previsto pelo Constituinte com vistas a obviar a sobreposição tributária ou cobrança em duplicidade, de modo a permitir a compensação do tributo devido em uma operação com o que foi cobrado na fase anterior da linha de produção.

Em face dessa sistemática, muitos contribuintes erigiram a interpretação de que lhes era assegurado o crédito de IPI na saída do produto final mesmo na hipótese em que o insumo não fosse tributado. Em prol de sua tese, sustentavam que o não aproveitamento do crédito em referida circunstância nulificaria a benesse tributária prevalente na operação anterior, já que o tributo exigido incidiria sobre a totalidade

do produto industrializado, e não apenas sobre a quantia agregada.

Num primeiro momento a alegação encontrou eco nos tribunais pátrios, consoante se nota do seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPI. CREDITAMENTO. INSUMOS ISENTOS, SUJEITOS À ALÍQUOTA ZERO. Se o contribuinte do IPI pode creditar o valor dos insumos adquiridos sob o regime de isenção, inexistente razão para deixar de reconhecê-lo o mesmo direito na aquisição de insumos favorecidos pela alíquota zero, pois nada extrema, na prática, as referidas figuras desonerativas, notadamente quando se trata de aplicar o princípio da não-cumulatividade. A isenção e a alíquota zero em um dos elos da cadeia produtiva desapareceriam quando da operação subsequente, se não admitido o crédito. Recurso não conhecido.

(RE 350446, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2002, DJ 06-06-2003 PP-00032 EMENT VOL-02113-04 PP-00680)

Esse pensamento, no entanto, restou infirmado mais recentemente, pelo menos no tocante ao creditamento conexado com os insumos sujeitos à *alíquota zero* ou *não-tributados*. É que, como já mencionado, no bojo do RE 353.657-5/PR e 370.682-9/SC o STF assentou ser inviável o aproveitamento de crédito em tais situações, ante a incoerência de qualquer cobrança de tributo nas operações antecedentes. Vem a calhar a transcrição das correspondentes ementas das decisões que veicularam essa conclusão:

IPI - INSUMO - ALÍQUOTA ZERO - AUSÊNCIA DE DIREITO AO CREDITAMENTO. Conforme disposto no inciso II do § 3º do artigo 153 da Constituição Federal, observa-se o princípio da não-cumulatividade compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores, ante o que não se pode cogitar de direito a crédito quando o insumo entra na indústria considerada a alíquota zero. IPI - INSUMO - ALÍQUOTA ZERO - CREDITAMENTO - INEXISTÊNCIA DO DIREITO - EFICÁCIA. Descabe, em face do texto constitucional regeedor do Imposto sobre Produtos Industrializados e do sistema jurisdicional brasileiro, a modulação de efeitos do pronunciamento do Supremo,

com isso sendo emprestada à Carta da República a maior eficácia possível, consagrando-se o princípio da segurança jurídica.

(RE 353657, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 25/06/2007, DJe-041 DIVULG 06-03-2008 PUBLIC 07-03-2008 EMENT VOL-02310-03 PP-00502)

EMENTA: Recurso extraordinário. Tributário. 2. IPI. Crédito Presumido. Insumos sujeitos à alíquota zero ou não tributados. Inexistência. 3. Os princípios da não-cumulatividade e da seletividade não ensejam direito de crédito presumido de IPI para o contribuinte adquirente de insumos não tributados ou sujeitos à alíquota zero. 4. Recurso extraordinário provido.

(RE 370682, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 25/06/2007, DJe-165 DIVULG 18-12-2007 PUBLIC 19-12-2007 DJ 19-12-2007 PP-00024 EMENT VOL-02304-03 PP-00392)

Nessa perspectiva, a Corte Suprema pátria dirimiu as discussões que orbitavam em torno da aplicação do princípio da não-cumulatividade do IPI e o aproveitamento de créditos na saída de produtos quando os insumos estão sujeitos à *alíquota-zero* ou são *não-tributados*. Nestes casos, não se encontra mais espaço para tergiversações, estando pacificado que o benefício não existe, pois não houve cobrança nas etapas anteriores.

Não obstante tais considerações, ainda persistem questionamentos em relação ao crédito de IPI atinente a insumos introduzidos no estabelecimento sob a blindagem da *isenção*.

Aqueles que advogam a tese da possibilidade do crédito de IPI derivado da obtenção de matérias-primas isentas escoram-se, em síntese, nas seguintes alegações:

- 1) que o desprezo pelo crédito advindo da obtenção de matéria-prima isenta aniquilaria a manifesta intenção do legislador de desonerar aquele insumo;
- 2) que a não tributação e a aplicação de alíquota zero guardam relação de pertinência com o princípio da seletividade, ao passo que a isenção conecta-se com o princípio da não-

cumulatividade, constatação que impõe o resguardo do creditamento de IPI em relação a esta<sup>1</sup>;

- 3) que a regra-matriz de incidência do IPI não mantém nenhum nexos com a regra-matriz do direito ao crédito de IPI, de maneira que a desoneração da matéria-prima não tem o condão de afetar o surgimento do bônus<sup>2</sup>; e
- 4) que o texto constitucional não reproduziu as restrições expressamente previstas para o ICMS, tratando-se assim de um silêncio eloqüente, permissivo.

Na jurisprudência é possível encontrar-se adeptos dessa corrente, conforme revela o seguinte excerto de julgado do Superior Tribunal de Justiça:

[...] IPI – AQUISIÇÃO DE INSUMOS NÃO TRIBUTADOS OU SUJEITOS À ALÍQUOTA ZERO – DIREITO AO CREDITAMENTO – INVIABILIDADE – PRONUNCIAMENTO DA SUPREMA CORTE – ALÍQUOTA APLICÁVEL EM SEDE DE CREDITAMENTO – PREVISÃO NA TIPI – CORREÇÃO MONETÁRIA DOS CRÉDITOS ESCRITURAIS DO IPI DECORRENTES DA AQUISIÇÃO DE INSUMOS E MATÉRIAS-PRIMAS ISENTOS – INCIDÊNCIA.

[...] Contudo, em se tratando de insumo ou matéria-prima adquirido sob regime de isenção, há direito ao creditamento porque a exclusão do crédito tributário tem por finalidade gerar um benefício para o contribuinte de fato, com vistas a desonerar o produto que chega ao consumidor final.

4. Nos casos de créditos escriturais de IPI decorrentes da aquisição de insumos ou matérias-primas isentos, demonstra-se aplicável, para fins de cálculo do creditamento, a alíquota prevista na tabela do referido tributo. [...]

---

1 MACHADO, Hugo de Brito. Crédito de IPI na aquisição de insumos não tributados. 2004. Disponível em: <<http://www.hugomachado.adv.br>>. Acesso em: 15 jul 2009.

2 CARVALHO, Paulo de Barros. Isenções Tributárias do IPI em face do Princípio da Não-Cumulatividade (Parecer). São Paulo, *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 33, p. 156, 1998.

(REsp 663.482/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/12/2007, DJ 07/02/2008 p. 294)

Em que pese o calibre e a abundância dos argumentos em contrário, a geração de crédito de IPI em decorrência da compra de insumos isentos não se afigura lúdica, por carecer de amparo normativo e contrariar o escopo do Constituinte.

Convém esclarecer, de início, que os fenômenos jurídicos de desoneração tributária comentados não se confundem. A *não-incidência* atine a fatos que estão fora do campo de abrangência da norma, ou seja, que não se enquadram na descrição abstrata impositiva do tributo, de modo a sequer ser formado o elo “norma-fato” que geraria a obrigação tributária. A *isenção*, a seu turno, espelha um benefício fiscal decorrente de lei, destinado a dispensar o pagamento de um tributo devido. Aqui há incidência da norma e nasce a obrigação tributária, mas a lei escoa o sujeito passivo do seu adimplemento, impedindo o sujeito ativo de constituir o crédito e cobrá-lo (esta é a visão dualista consagrada pelo CTN e STF, não obstante existam controvérsias na doutrina que não convém trazer à baila neste momento por desbordar do objeto desta análise). Por fim, a *alíquota-zero* consiste em instrumento de política fiscal governamental, com vistas a promover incentivos, no qual o sujeito ativo reduz a nada o valor a ser recolhido em certas operações (art. 153, § 1.º, da CF). Neste caso, a norma de incidência permanece íntegra, porém um de seus elementos – o quantitativo – é reduzido a zero. Há fato gerador e a alíquota existe em sua essência, mas o seu reflexo concreto, em decorrência do cálculo, é livrar o sujeito passivo do pagamento.

Deixando de lado as discordâncias conceituais existentes na doutrina quanto às aludidas figuras jurídicas, o importante é saber que em todas elas o efeito prático é idêntico, qual seja, o afastamento do dever de pagar tributo e da respectiva cobrança.

Partindo dessa premissa, é preciso ter em mente, de logo, que o desate da querela há de ser haurido da própria Constituição Federal, haja vista que o princípio da não-cumulatividade do IPI deita raízes naquela norma máxima e ali deve encontrar o devido suporte para a sua escoreta exegese.

Assim, as diversidades conceituais e essenciais dos fenômenos

jurídicos da *não-incidência, aplicação de alíquota zero e isenção*, e a alegação da necessidade da preservação desta última para garantir-se a força de lei isentiva, não se entremostam suficientes para lastrear eventual distinção de tratamento no tocante ao crédito de IPI.

Não há como se justificar o creditamento em apreço na preservação de isenção conferida pelo legislador infraconstitucional se tal benesse não se amoldar às balizas encartadas no preceito maior e prevalente, qual seja, a CF/88. Sobrepujar uma regra constitucional em prol da manutenção de um favor fiscal concedido pelo legislador comum implicaria inaceitável subversão do sistema, em manifesto maltrato à hierarquia normativa vigente no ordenamento jurídico pátrio. Se a lei inferior não coadunar com a norma maior que lhe dá fundamento e validade, obviamente que aquela deve sucumbir em face desta.

Além disso, em termos práticos, cumpre admitir que a propalada nulificação da isenção não sói acontecer, uma vez que, se não há ônus na aquisição do insumo, o estabelecimento é beneficiado com a redução do valor que pagaria em condições normais de tributação, sendo certo que na saída do produto acabado o IPI incidente é repassado ao comerciante, não havendo ônus para o industrial. Aqui não resta dúvida de que a isenção atende aos objetivos almejados. Pensar o contrário renderia ensejo à obtenção de vantagem indevida pelo industrial, vez que estaria ele se compensando de um crédito cujo correspondente débito, em verdade, estaria sendo transferido a terceiros.

Destarte, o afastamento do crédito de IPI debatido não fulminaria o preceito da não-cumulatividade, nem representaria mero diferimento, pois a desoneração da operação de origem atinge o seu desígnio de fomentar a atividade industrial, incentivando a obtenção do insumo, em nítido prestígio, outrossim, ao princípio da seletividade.

Nesse sentido, malgrado cuide dos insumos sujeitos a alíquota-zero ou não-tributados, mas cujas razões são inteiramente aplicáveis às matérias-primas isentas, bastante elucidativas são as palavras do Min Marco Aurélio, consignadas em seu voto no julgamento do RE 353.657/PR, *in litteris*:

Concluir que, no caso, sob pena de tratar-se de simples diferimento, cabe o creditamento sem que antecedido de previsão legal de alíquota para tanto, da cobrança do tributo, importa em estender o

benefício a operação diversa daquela a que está ligado e, mais do que isso, em sobreposição incompatível com a ordem natural das coisas. Haverá, alfim, o creditamento e a transferência, ao adquirente do produto industrializado, da totalidade do ônus representado pelo tributo, conforme parâmetros da nota fiscal, sem abater-se, nessa operação, o pseudocrédito, já que esse permanecerá na escrituração fiscal de quem de direito, na conta crédito e débito daquele que se mostra como o contribuinte de direito, embora não arcando, ante a figura do contribuinte de fato, com o ônus concernente ao tributo. Sob qualquer ângulo que se examine o pleito dos contribuintes, surgem perplexidades que jamais poderão ser tidas como simples decorrência do sistema constitucional.

Sob esse enfoque, cabe voltar a atenção para a disciplina constitucional do princípio da não-cumulatividade do IPI, fonte na qual se deve buscar inspiração para dirimir as dúvidas sobre a possibilidade do crédito advindo dos insumos obtidos mediante isenção.

A par do disposto no art. 153, IV, § 3.º, II, da CF/88 e do art. 49 do CTN, depreende-se que, em linhas gerais, o legislador criou um sistema de créditos que garante ao contribuinte a utilização do montante do IPI cobrado nas operações anteriores para ser deduzido do tributo devido na operação de saída do produto final do estabelecimento. Trata-se da técnica de compensação denominada “imposto sobre imposto”, segundo a qual “deduz-se do montante do imposto devido em cada operação o montante cobrado nas anteriores”, conforme ensina Marco Aurélio Greco<sup>3</sup>.

Nesse panorama, os esforços interpretativos despendidos no sentido de contornar a inviabilidade do surgimento do crédito de IPI na aquisição de insumos isentos não merecem nenhum beneplácito, ante o preciso delineamento conferido pela Constituição Federal ao regime da não-cumulatividade do indigitado tributo, segundo o qual a compensação será assegurada tão-somente quanto ao montante “cobrado” nas operações anteriores.

Ora, se a isenção constitui fenômeno que promove a exclusão

---

3 GRECO, Marco Aurélio. Alíquota zero: IPI não é imposto sobre valor agregado. Belo Horizonte, *Biblioteca Digital Revista Fórum de Direito Tributário - RFDT*, ano 2, n. 8, mar./abr. 2004. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=13577>>. Acesso em: 17 julho 2009.

do crédito tributário (art. 175 do CTN), é inequívoco que os seus efeitos constituem obstáculo intransponível à adoção de qualquer medida do Fisco tendente a cobrar o correspondente tributo. Sendo assim, incorrente qualquer cobrança na obtenção do insumo isento, é impossível vislumbrar a existência de ofensa ao princípio da não-cumulatividade do IPI na exigência da exação incidente sobre o produto final. A inexistência de cobrança cumulativa é de obviedade cristalina e decorre da expressa disposição literal da Carta Magna, além de constituir a única conclusão que se permeia de razoabilidade.

É digna de nota, de outra parte, a observação de que a ausência no texto constitucional, quanto ao IPI, das restrições existentes relativamente ao ICMS (art. 155, § 2.º, II) não constitui fundamento válido para salvaguardar o crédito sob comentário. A um, em razão de não se poder extrair de um mero silêncio normativo a existência de um direito subjetivo, até porque a concessão de benesses fiscais demanda exegese literal; a dois, porque o exame da vantagem em foco há de ser empreendido sob os auspícios do princípio da não-cumulatividade do IPI, dentro dos lindes normativos que lhe foram precisa e especificamente estabelecidos pelo Constituinte.

A CF/88, aliás, é clara ao verberar no seu art. 150, § 6.º, que “qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativo a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal [...]”, de modo que não haveria como presumir um crédito de IPI meramente fictício, que não encontra correspondência na realidade fática.

Demais disso, em face da norma regente da matéria, vale advertir que apesar de haver individualidade das regras que tratam da incidência e do crédito de IPI, não é concebível que sua análise seja realizada de forma dissociada, haja vista que a *Lex Mater*, ao cuidar da não-cumulatividade, imbricou o direito ao crédito à exigência do tributo na operação antecedente. Logo, o crédito de IPI, em tais circunstâncias, está necessariamente conectado à incidência do tributo na operação anterior. Em outros termos, se o Constituinte impôs a condição da existência de “cobrança” do tributo para o surgimento do bônus na fase seguinte, é indubitável que esta exigência tem como antecedente lógico a subsunção do fato à norma de incidência, com a conseqüente imposição tributária.

Nesse contexto, não custa repisar, se a entrada do insumo não for tributado, seja qual for o título que sirva de arrimo para a desoneração – não-incidência, alíquota zero ou isenção-, não há direito ao crédito de IPI, pois cumulação não haverá na cobrança do imposto na saída do produto final.

Em abono a esse raciocínio, é válido transcrever a lição de Leandro Paulsen<sup>4</sup>:

Mesmo tratando-se de matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem ensejadores, via de regra, de creditamento, não se tem como pretendê-lo no caso de a sua entrada não ser onerada pelo IPI, seja por força de isenção, de alíquota zero, de imunidade ou de simples não-incidência.

Implicando, a não-cumulatividade, por força do disposto no art. 153, § 3.º, II, da CF, a compensação do que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores, mostra-se imprescindível a incidência do imposto gerando ônus tributário. Do contrário, não há que se falar em cumulatividade e, portanto, em direito a crédito para evitá-la.

O STF hodiernamente tem trilhado idêntico caminho na análise da questão, afastando o creditamento do IPI nas hipóteses em que o ingresso do insumo não sofre o efeito do tributo, ainda que sob o rótulo da isenção. Interessante é a leitura de julgados daquela Suprema Corte, que bem traduzem o entendimento ora perfilhado:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IPI. INSUMOS ISENTOS, NÃO TRIBUTADOS OU SUJEITOS À ALÍQUOTA ZERO. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. CRÉDITO PRESUMIDO. INEXISTÊNCIA. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO. INAPLICABILIDADE. 1. A expressão utilizada pelo constituinte originário --- montante “cobrado” na operação anterior --- afasta a possibilidade de admitir-se o crédito de IPI nas operações de que se trata, visto que nada teria sido “cobrado” na operação de entrada de insumos isentos, não tributados ou sujeitos à

---

<sup>4</sup> PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. *Impostos Federais, estaduais e municipais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 93.

alíquota zero. Precedentes. 2. O Supremo entendeu não ser aplicável ao caso a limitação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 372005 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 29/04/2008, DJe-088 DIVULG 15-05-2008 PUBLIC 16-05-2008 EMENT VOL-02319-06 PP-01268 LEXSTF v. 30, n. 357, 2008, p. 192-197)

Ementa: Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Insumos. IPI. Alíquota zero, isenção ou não-tributação. Crédito na operação posterior. Impossibilidade. Ausência de violação ao art. 153, § 3o, II, da CF/88. Precedentes. 3. Limitação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Inaplicabilidade. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 444267 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 18/12/2007, DJe-036 DIVULG 28-02-2008 PUBLIC 29-02-2008 EMENT VOL-02309-03 PP-00529)

Ainda em sede judicial, despontam diversas decisões no âmbito dos Tribunais Regionais Federais em harmonia com a tese aqui esposada, a exemplo dos seguintes arestos:

TRIBUTÁRIO - IPI - INSUMOS E MATÉRIA-PRIMA NÃO-TRIBUTADOS OU SUJEITOS À ALÍQUOTA ZERO - INEXISTÊNCIA DE DIREITO AO CREDITAMENTO - NOVA ORIENTAÇÃO DO E. STF - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.

[...]

4 - O pormenor de se tratar de insumo ou matéria-prima isenta não altera as conclusões acima indicadas. Independentemente da natureza (não-incidência qualificada/dispensa legal do tributo) e dos efeitos decorrentes da norma de isenção (não ocorre o fato gerador/ocorre o fato gerador), o fato é que, na isenção, não há tributo cobrado, do que se conclui inexistir crédito passível de ser compensado. Com efeito, o resultado para insumo e matéria-prima não-tributados, sujeitos a alíquota zero ou isentos é o mesmo. Ademais, nesse caso, também se presume a repercussão tributária, ou seja, o repasse do ônus tributário a terceiro, considerado o contribuinte de fato.[...]"

(TRF – 1.<sup>a</sup> Região, AMS 2002.37.01.000858-6/MA, Rel. Desembargador Federal Catão Alves, Sétima Turma, e-DJF1 p.230 de 13/03/2009)

TRIBUTÁRIO – AÇÃO ORDINÁRIA - IPI – NÃO CUMULATIVIDADE – ARTIGO 153 § 3º, INCISO II, DA CF – CREDITO PRESUMIDO – INSUMOS ADQUIRIDOS SOB REGIME DE ISENÇÃO, ALÍQUOTA ZERO OU NÃO INCIDÊNCIA – INEXISTÊNCIA DE DIREITO AO CREDITAMENTO – PRECEDENTES DO STF – AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO – APELAÇÃO IMPROVIDA.

[...]

2. O STF, no julgamento dos RE's nºs 370.682-SC e 353.657-PR, ocorrido em 25 de junho de 2007, por apertada maioria, formou entendimento no sentido da inexistência de direito do contribuinte a créditos presumidos de IPI relativos a insumos adquiridos sob o regime de alíquota zero ou não incidência, a serem abatidos do montante do tributo incidente sobre o produto final.

3. A ratio decidendi adotada naqueles julgamentos é aplicável à hipótese de insumos isentos, uma vez que a isenção e a alíquota zero produzem os mesmos efeitos práticos, as mesmas conseqüências econômicas quanto à não-cumulatividade. Em ambos, não há incidência de norma obrigacional tributária, não há débito tributário, não há tributo a recolher. Os dois institutos ensejam exoneração do contribuinte, de sorte que não há motivo razoável para que seja distinto o tratamento jurídico a eles dispensado no tocante ao aproveitamento de crédito presumido referente aos insumos.

(TRF – 2.<sup>a</sup> Região, AC n.º 411313, Rel. Desembargador Federal LUIZ MATTOS, Terceira Turma, DJU - Data::19/12/2008 - Página::132)

TRIBUTÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. IPI. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. INSUMOS ISENTOS, NÃO-TRIBUTADOS OU REDUZIDOS À ALÍQUOTA ZERO. CRÉDITO PRESUMIDO. INEXISTÊNCIA. SÚMULA 63 DO TRF4.

1. A teor da súmula 63 desta Corte, “não é aplicável a Súmula 343 do STF nas ações rescisória versando matéria constitucional”.
2. De acordo com a inteligência do art. 153, § 3º, inc. II, da Constituição Federal, somente os valores efetivamente recolhidos na operação anterior é que podem gerar créditos do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, por ocasião da saída do produto final do estabelecimento industrial.
3. Assim, por não haver “cobrança” do imposto na operação de entrada, relativamente à aquisição de insumos isentos, não-tributados ou sujeitos à alíquota zero, é vedada a aquisição de crédito - presumido - relativamente a tais operações. Precedentes da Primeira Seção deste Tribunal Regional. A orientação do Pretório Excelso segue no mesmo sentido, consoante se observa do julgamento do REXT 353.657/PR, concluído em 25.06.2007.
4. Procedência do pedido para rescindir o v. acórdão prolatado na AC nº 2000.71.00.006451-1/RS, e, em juízo rescisório, negar provimento ao apelo.
5. Condenada a ré em honorários advocatícios de 10% sobre o valor dado à causa.

(TRF – 4.<sup>a</sup> Região, AR n.º 2008.04.00.032920-3/RS, Rel. VÂNIA HACK DE ALMEIDA, Primeira Seção, D.E. 06/05/2009)

No contencioso administrativo federal esse também é o entendimento que tem prevalecido, como se constata do acórdão do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais abaixo transcrito:

Assunto: Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI

CRÉDITOS RELATIVOS A INSUMOS ISENTOS OU DE ALÍQUOTA ZERO.

[...] O Princípio da não-cumulatividade do IPI é implementado pelo sistema de compensação do débito ocorrido na saída de produtos do estabelecimento do contribuinte com o crédito relativo ao imposto que fora cobrado na operação anterior referente à entrada de matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem.

Não havendo exação de IPI nas aquisições desses insumos, em razão dos mesmos serem isentos, NT ou de alíquota zero, não há valor algum a ser creditado. [...]

(CARF, Acórdão n.º 201-81698, RV n.º 140231, Rel. Walber José da Silva, Primeira Câmara, Data da Sessão: 03/02/2009)

Nessa ordem de idéias, apesar das divergências ainda encontradas em sede doutrinária e judicial, afigura-se indeclinável a inteligência de que a isenção excludente do crédito tributário na aquisição do insumo introduzido no estabelecimento industrial constitui óbice insuperável para a produção do crédito de IPI não-cumulativo, pois não haverá o que compensar na saída do produto final se a operação anterior não sofreu nenhum ônus tributário.

### 3 CONCLUSÃO

A não-cumulatividade do IPI traduz mecanismo de estatura constitucional (art. 153, IV, § 3.º, II, da CF/88) engendrado com o desígnio de impedir a sobreposição de tributos na linha de produção industrial. A sua sistemática é levada a cabo, segundo literal dicção da CF/88, mediante a compensação do “que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores”

Muitas discussões têm sido travadas quanto à obtenção do crédito de IPI não-cumulativo em decorrência da aquisição, pelo estabelecimento industrial, de insumos livres de tributos, especialmente quando essa desoneração decorre de isenção. Não obstante as controvérsias existentes sobre o tema, a única conclusão que se compatibiliza com os ditames constitucionais é a de que a aquisição de insumos isentos não tem o condão de gerar crédito de IPI não-cumulativo, na esteira de raciocínio idêntico ao que prevalece quanto à obtenção de matéria-prima não-tributada ou sujeita à alíquota zero.

A inexistência de ônus tributário nas fases antecedentes da cadeia produtiva, independente do rótulo jurídico que se lhe empreste, constitui razão bastante para afastar a geração do crédito de IPI, pois a regra constitucional é patente ao permitir a compensação, ou se for o caso o ressarcimento, unicamente diante da ocorrência de cobrança de tributo na operação anterior.

Tendo em mente que a isenção exclui o crédito tributário, forçoso é admitir que sua verificação é incompatível com a cobrança do tributo, sendo certa, nesta situação, a impossibilidade do surgimento do crédito de IPI. Os contorcionismos jurídicos levados a efeito com a intenção de legitimar o creditamento em análise estão em desalinho com o texto literal da Carta Magna e com os princípios nela impregnados.

A prevalecer a possibilidade do indigitado crédito em razão da aquisição de insumos isentos, além de desprezar-se a disciplina constitucional, estar-se-ia cedendo passo a enriquecimentos indevidos, pois os bônus seriam auferidos pelo industrial sem os correspondentes ônus incidentes sobre o produto final, que são repassados às fases subseqüentes da cadeia. Além disso, haveria lesão ao princípio da seletividade, já que o incentivo destinado à compra do insumo seria forçadamente transportado para outro estágio, em frontal colisão com o intento do legislador.

Seja por razões estritamente jurídicas, seja por razões de política fiscal, o crédito de IPI não-cumulativo decorrente da aquisição de insumos isentos afigura-se flagrantemente inconstitucional e ilógico.

Em boa hora os tribunais pátrios estão a enfrentar o tema e, embora ainda haja dissonâncias, deseja-se, em respeito às normas vigentes, que impere o entendimento de que é impossível o aludido crédito ante a isenção dos insumos adquiridos pelo estabelecimento industrial.

## REFERÊNCIAS

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 22. ed. São Paulo. Malheiros. 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. Isenções Tributárias do IPI em face do Princípio da Não-Cumulatividade (Parecer). São Paulo, *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 33, p. 142-166, 1998.

GRECO, Marco Aurélio. Alíquota zero: IPI não é imposto sobre valor agregado. Biblioteca Digital, Belo Horizonte, *Revista Fórum de Direito Tributário - RFDT*, ano 2, n. 8, mar./abr. 2004. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=13577>>. Acesso em: 17 julho 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. *Crédito de IPI na aquisição de insumos não tributados*. 2004. Disponível em: <<http://www.hugomachado.adv.br>>. Acesso em: 15 jul 2009.

MELO, José Eduardo Soares de. *Curso de Direito Tributário*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário, Constituição e Código Tributário Nacional à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. *Impostos Federais, estaduais e municipais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SOUZA, Rachel Nogueira de; SILVA, Saulo Medeiros da Costa. *Alíquota Zero e Isenção: Naturezas Jurídicas e Consequências Práticas Quanto à Compensação Tributária*. IPBET, Campina Grande. Disponível em: <<http://ipbet.org/images/artigos/37/artigo-aliquotazeroeisencao.pdf>>. Acesso em: 17 jul 2009.

**ANÁLISE CRÍTICA DA ATUAÇÃO  
DO PODER JUDICIÁRIO  
EM RELAÇÃO AOS BENEFÍCIOS DA  
SEGURIDADE SOCIAL**

*Carlos Côrtes Vieira Lopes  
Procurador Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breves noções acerca da Seguridade Social; 2 A separação das funções de Poder (art. 2º, da CRFB/1988); 3 Análises de casos concretos; 4 Teses novas favoráveis ao INSS e pouco acolhidas; 5 Conclusão; 6 Referências.

**RESUMO:** Trata-se de trabalho a respeito da atuação do Poder Judiciário em relação ao controle dos atos da Administração Pública, onde é feita uma análise crítica das decisões que extrapolam este poder de controle, bem como deixam de aplicar teses favoráveis ao INSS que, pelo Direito, seriam inquestionáveis. Aborda uma série de casos concretos onde se demonstra que a atuação judicial está se equiparando a de um administrador de assistencialismo, o que afronta uma série de princípios constitucionais e poderá gerar a ruptura do sistema previdenciário no futuro.

**ABSTRACT:** It is working on the role of the judiciary in relation to the control of acts of government, which is a critical analysis of the decisions that go beyond the power of control and no longer apply theories that support the INSS, by law, would be unquestionable. It addresses a number of cases where it shows that judicial action is treated as a trustee of welfarism, which humiliated a number of constitutional principles and could lead to rupture of the pension system in the future.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo levar a análise dos intérpretes do Direito uma questão que gera preocupação para quem lida com a Previdência Social. Trata-se do numeroso quantitativo de decisões do Poder Judiciário que ampliam o espectro da lei, aumentando seus limites, através de interpretações extensivas no que tange aos benefícios previstos na CRFB/88 e nas leis para seguridade social.

Essas decisões são das mais variadas instâncias do Poder Judiciário, de Juízes Federais, de Juízes Estaduais, de Turmas Recursais de Juizados Especiais Federais, de Tribunais Regionais Federais, do Supremo Tribunal Federal (STF), do Superior Tribunal de Justiça (STJ), da Turma Nacional de Uniformização (TNU), dentre outros. Em razão da grande maioria das ações da seguridade social encontrar-se no âmbito dos Juizados Especiais Federais, as principais questões deste trabalho serão verificadas em relação às decisões da TNU.

Esclareço, ainda, de início, que o presente estudo não tem por objetivo desqualificar o Poder Judiciário, que a meu ver é a instituição mais séria e uma das mais relevantes, assim como a Advocacia Geral da União, o Ministério Público e a Defensoria Pública.

### 1 BREVES NOÇÕES ACERCA DA SEGURIDADE SOCIAL

A seguridade social dividi-se em três âmbitos distintos: Assistência Social, Saúde e Previdência Social (art. 194, da CRFB/88). Este último é o único âmbito em que se exige uma contrapartida do cidadão, ou seja, somente fazem jus aos benefícios previdenciários os cidadãos que contribuam para o RGPS, adquirindo e mantendo a qualidade de segurado ou seus dependentes. A saúde<sup>1</sup> é um direito de todos e dever do Estado (art. 196, da CRFB/88). E, por fim, mas não menos importante, a assistência social é um benefício concedido aos idosos e portadores de deficiência que tenham renda familiar per capita inferior a  $\frac{1}{4}$  do salário-mínimo, independente de qualquer tipo de contribuição. O financiamento da seguridade social será feito por toda

---

1 Para maiores detalhes sobre Direito à saúde, ver artigo de minha autoria, tendo como co-autor o advogado Marcelo Dealtry Turra. TURRA, Marcelo Dealtry; LOPES, Carlos Côrtes Vieira. Direito à saúde como direito de cidadania. Alguns aspectos práticos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 881, 1 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7648>>.

sociedade, de forma direta ou indireta, na forma que dispões o art. 195, da CRFB/88.

A assistência social é benefício custeado com recursos da União Federal, mas com gestão realizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, autarquia federal responsável pela sua concessão e pagamento ao beneficiário. Tem como fundamento legal a lei 8.742/93 e o artigos 33/36, da L. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso)

O Regime Geral de Previdência Social (RGPS) é de responsabilidade integral do INSS, tendo caráter contributivo e filiação obrigatória, observando-se os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial (art. 201, da CRFB/1988). Atualmente regula-se pelas leis 8.212/91 e 8.213/91, bem como pelo Dec. 3.048/99.

O art. 195, §5º, da CRFB/1988, por sua vez, deixa claro que a interpretação acerca dos benefícios concedidos pela Seguridade Social deverá ser estrita, não podendo ser extensiva: “Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”.

Ocorre que este dispositivo não está sendo observado pelo Poder Judiciário, passando este a atuar como legislador positivo nessa matéria, o que é vedado pelo ordenamento jurídico, conforme será analisado a seguir.

## 2 A SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES DE PODER (ART. 2º, DA CRFB/1988)

O artigo 2º da nossa Carta Magna disciplina o “princípio da separação dos Poderes”<sup>2</sup>, tendo a seguinte redação: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Através dessa separação, cada Poder é investido de uma série de competências constitucionais determinantes, sendo vedada a utilização por outro dessas competências, a fim de lhes garantir

---

2 Há doutrinadores que entendem equivocada a expressão, por entenderem que o Poder é uno, o que se divide são as funções desse poder. Utilizam para fundamentar esta posição dos ensinamentos de Montesquieu, em sua obra “O espírito das leis”. A meu ver esta posição está equivocada, tendo em vista que o ordenamento pátrio tem por base a sua lei maior, a Constituição da República, promulgada pelo Poder Constituinte Originário, sendo este iniciador e desvinculado de qualquer doutrina anterior. Ora, não é a Constituição que deve se adequar à doutrina, mas sim a doutrina que deve fazer uma leitura adequada da Constituição. Trata-se do mesmo erro que incidem diversos penalistas ao afirmarem que a pessoa jurídica não pode responder por crime, querendo se utilizar de teorias trazidas do exterior que não se adéquam à Constituição Federal.

autonomia. A função primordial do Poder Judiciário, por exemplo, é a de julgar, não de elaborar leis (função legislativa) ou administrar (função executiva).

De acordo com o sistema democrático, a fim de evitar abusos, a Constituição Federal apesar de declarar que os Poderes são independentes e harmônicos, previu a possibilidade de intervenção de um Poder sobre o outro, como forma de controle de freios e contrapesos (“Checks and Balances”), com a utilização das funções que não lhes são determinantes.

No presente trabalho, a forma de controle que interessa é tão somente aquela exercida pelo Poder Judiciário sobre o Poder Executivo. Controle, segundo MARÇAL JUSTEN FILHO, “é um processo de redução do poder, entendida essa expressão no sentido da vontade e do interesse de um sujeito sobre outrem”<sup>3</sup>.

O controle exercido pelo Poder Judiciário sobre à Administração Pública é um mero controle de legalidade, não cabendo ao Poder Judiciário se imiscuir na atividade de decisão de mérito do ato administrativo, por entender que uma medida seria mais adequada que outra. Mérito do ato administrativo, segundo o eminente administrativista supra mencionado:

é núcleo de natureza decisória, produzido por uma escolha de vontade pessoal do agente estatal em virtude de uma autorização legislativa. A fiscalização poderá examinar os requisitos externos de regularidade da atuação discricionária, o que significa verificar se todos os requisitos legais procedimentais foram respeitados e se a autoridade administrativa atuou visando à realização dos direitos fundamentais, com observância dos valores democráticos.

Não se admite que o Juízo de conveniência e oportunidade, inerente à atividade administrativa, seja revisado pelo órgão de fiscalização.

[...]

O Judiciário desempenha atividade de fiscalização propriamente jurídica, na acepção de que se trata de verificar a compatibilidade

---

3 FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 879.

dos atos administrativos com as normas jurídicas de hierarquia mais elevada [...].<sup>4</sup>

Maria Sylvia Zanela Di Pietro, por sua vez, deixa claro os limites deste controle:

O Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da legalidade e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da moralidade (art.5º, inciso LXXIII, e 37).<sup>5</sup>

Por estes ensinamentos, constata-se que o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre a Administração Pública refere-se apenas ao controle de legalidade, devendo o magistrado se colocar na posição de servidor público e nessa posição ter o seguinte pensamento: de acordo com a lei o benefício deveria ser concedido? Essa a razão pela qual o processo em que não haja comprovação de requerimento administrativo deve ser extinto sem julgamento do mérito, por falta de interesse de agir, na modalidade necessidade (enunciado 77 do FONAJEF). Se não há ilegalidade, não há controle judicial a ser exercido. Não bastasse isso, quando o órgão colegiado for afastar a incidência de uma norma legal, faz-se imprescindível a reserva de plenário (art. 97, da CRFB/88), conforme determina a Súmula Vinculante de nº 11 do STF.

Ora, a Administração Pública, por forma dos preceitos do *caput* do art. 37, da CRFB/88, se além ao princípio da legalidade e, por força do art. 195, §5º, do mesmo diploma legal, não pode conceder, majorar ou estender benefício da seguridade social sem previsão da fonte de custeio. Ressalta-se, aqui, que a interpretação extensiva ou a analogia não podem ser utilizadas quando a lei traz um silêncio eloqüente.

Dessa forma, se o controle do Poder Judiciário é restrito ao exame de legalidade ou não do ato administrativo, não se pode admitir decisões judiciais que burlam esta forma de controle, e concedam benefícios da seguridade social quando o INSS observou a lei.

---

4 FILHO, op. cit., p. 894-895.

5 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 640. Ressalto aqui meu entendimento de que o ato imoral é aquele que tem desvio de finalidade e, assim, seria de plano ilegal, por vício em um dos seus requisitos de validade, qual seja a finalidade de interesse público.

Em relação à definição de princípio da legalidade, trago lição de Maria Sylvania Zanella Di Pietro:

Esse princípio, juntamente com o controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isso porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites de atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade.

É aqui que melhor se enquadra aquela idéia de que, na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei.

Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. [...]

*Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei.*<sup>6</sup>  
(grifo nosso)

Complementando esse pensamento, trago lições de Odete Medauar:

O sentido do princípio da legalidade não se exaure com o significado de habilitação legal. Este deve ser combinado com o primeiro significado, com o sentido de ser vedado à Administração editar atos ou tomar medidas contrárias às normas do ordenamento. A Administração, no desempenho de suas atividades, tem o dever de respeitar todas as normas do ordenamento.<sup>7</sup>

Estas decisões, não apenas afrontam os dois dispositivos constitucionais acima, como também geram desigualdade na prestação da seguridade social e desequilíbrio atuarial do sistema, o que gera ao Poder Executivo e a toda sociedade uma sensação de insegurança jurídica.

6 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 67-68.

7 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 12. ed. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2008. p. 124.

A desigualdade é gerada em razão da falta de critérios objetivos para concessão do benefício, cada juiz entende de uma forma diferente se a norma previdenciária deve ser estendida ou não. O pior é explicar ao cidadão porque que, em cidade com mais de um Juízo, o benefício assistencial de seu vizinho que, tendo as mesmas condições econômicas e o mesmo numero de familiares, foi concedido por um Juízo e o seu, que teria caído em Juízo diverso, foi indeferido. Trata-se de flagrante *afronta ao princípio da isonomia* – art. 5º, *caput*, da CRFB/88. Alexandre de Moraes aborta o assunto de maneira clarividente:

A igualdade se configura como uma eficácia transcendente, de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar compatibilidade com os valores que a Constituição, como norma suprema, proclama.

[...]

Importante, igualmente, apontar a tríplice finalidade limitadora do princípio da igualdade – limitação ao legislador, ao intérprete/ autoridade pública e ao particular.

[...]

*O intérprete/autoridade pública não poderá aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias. Ressalte-se que, em especial, o Poder Judiciário no exercício de sua função jurisdicional de dizer o direito ao caso concreto, deverá utilizar os mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas.*<sup>8</sup> (grifo nosso)

Em relação ao desequilíbrio atuarial do sistema de previdência social, isto ocorre em razão da atuária ser uma ciência que estuda riscos econômicos e financeiros, baseado em manipulação de dados estatísticos. Estes dados são formados com base apenas no que consta na lei e na CRFB/88, tomando por base o orçamento, o gasto com pagamento de benefícios e etc. A questão é analisada de forma didática por Fábio Zambite Ibrahim:

---

8 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.32.

A atuária, ciência do seguro, irá cotejar o risco protegido e os recursos disponíveis para sua cobertura, vislumbrando sua viabilidade em diversos cenários, especialmente dentro das expectativas futuras em relação ao envelhecimento da população e às tendências da natalidade populacional.

Por meio dessas análises, é possível aos administradores do regime previdenciário a adoção de medidas eficazes, em tempo hábil, para correção de desvios, de modo a preservar a segurança e a confiabilidade do sistema e evitar a sua falência, o que iria excluir a proteção de milhões de segurados.<sup>9</sup>

Portanto, decisões judiciais inesperadas, que trazem interpretações extensivas, vedadas pelo ordenamento jurídico, alteram um dos coeficientes do cálculo atuarial previdenciário, causando prejuízo ao erário público, tanto diretamente, quanto em relação à perspectiva de seus cálculos futuros. Em razão disso, para manter o sistema previdenciário equilibrado e evitar sua ruptura, o Governo Federal não tem como aumentar de forma significativa o teto máximo dos benefícios do RGPS.

### 3) ANÁLISES DE CASOS CONCRETOS

Quando verificamos os tipos de decisões que vem sendo proferidas em casos concretos, podemos ter certeza de que o controle exercido pelo Poder Judiciário em relação à Administração Pública extrapola a sua função, passando a atuação judicial a ser exercida, de forma inconstitucional, na posição de legislador positivo, ferindo todos os dispositivos já mencionados, principalmente o princípio da legalidade (art. 37, caput, da CRFB/88) e o princípio da vedação à extensão de benefício previdenciário sem que haja prévia dotação orçamentária (art. 195, §5º, da CRFB/88).

Na maioria das vezes o órgão julgador afasta a referida norma sem afetar a matéria a plenário, ofendendo assim o princípio da reserva de plenário (art. 97 da CRFB/88) e a Súmula Vinculante n. 10, emitida pelo STF.

Isso ocorre em diversos casos, como nos seguintes, que não chegam nem perto de serem exaustivos:

9 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p.38.

- a) Quando concedem pensão por morte, com prova documental precária, dando um valor muito grande à prova testemunhal, mesmo quando contraditória, o que afronta a norma que exige ao menos três documentos contemporâneos ao óbito que comprovem a dependência econômica (art. 22, §3º, do Dec. 3.048/99).
- b) Quando ultrapassa norma prevista no art. 70 do Dec. 3.048/99, que limita a conversão de tempo de atividade especial em comum apenas até a data de 28 de maio de 1995;
- c) Quando ultrapassa a norma prevista no art. 15, §2º, da L. 8.213/91, a fim de permitir a comprovação do desemprego por qualquer meio ou, em alguns casos, nem sequer exigir tais provas (Enunciado 25 da Súmula da TNU);
- d) Quando permite a contagem de tempo pelo trabalhador rural com menos de 14 anos, contrariando norma constitucional que veda o trabalho dos menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos (Enunciado 5 da Súmula da TNU). Vale ressaltar que não existe direito adquirido a regramento jurídico anterior à norma elaborada pelo Poder Constituinte derivado, até mesmo porque as normas que forem materialmente contrárias à Constituição não são recepcionadas, são consideradas nulas;
- e) Quando estende o conceito de incapacidade para concessão de Benefício de Prestação Continuada – LOAS para menores de 16 anos e nos casos em que se equiparam à invalidez exigida para aposentadoria por invalidez (Enunciado 29 da Súmula da TNU). Ora, o BPC-LOAS, em redação dada pelo art. 20, §2º, da L. 8.213/91, seria devido para aqueles que tenham incapacidade para a vida independente e para o trabalho. Se o menor de 16 anos não pode trabalhar, não faria jus ao referido benefício. Em relação à incapacidade, esta não deveria se equiparar àquela necessária para concessão da aposentadoria por invalidez, isso porque para este benefício exige-se apenas a incapacidade total e permanente PARA O TRABALHO, enquanto para concessão de BPC-LOAS exige-se a incapacidade não apenas para o trabalho, como também para a VIDA INDEPENDENTE;

- f) Quando passa a entender que mesmo que o trabalhador utilize de Equipamento de Proteção Individual (EPI) eficaz, o período de tempo de contribuição deve ser contado como se fosse de atividade especial (Enunciado 9 da Súmula da TNU). É preciso ter em mente que o tempo exercido em atividade especial é aquele considerado com exposição permanente e habitual aos agentes nocivos previstos nos regulamentos da Previdência Social, pois isso poderia causar prejuízos à saúde e/ou integridade física do segurado. Contudo, a partir do momento em que o trabalhador é obrigado pela empresa a utilizar EPI e este é eficiente e eficaz cessa a exposição ao agente nocivo, eis que o segurado está devidamente protegido, não havendo mais qualquer risco à sua saúde e/ou integridade física (art. 57, §4º, da L. 8.213/91);
- g) Quando permite a aplicação da Tabela de Santa Catarina para revisão de benefícios previdenciários pela ORTN/OTN (Enunciado 38 da Súmula da TNU). Nesses casos, a revisão refere-se a benefícios concedidos, em regra, há mais de 20 anos e, como se sabe, o INSS tem a obrigação de guarda dos processos administrativos por determinado período de tempo, em regra de 5 anos. Ora, aqui, não apresentando o autor a relação dos salários de contribuição que foram utilizados no cálculo da Renda Mensal Inicial (RMI) de seu benefício, a ação judicial deveria ser julgada improcedente, eis que, pelo art. 333, I, do Código de Processo Civil, o ônus da prova dos fatos constitutivos de seu direito cabe, exclusivamente, ao autor. Não é possível aceitar a utilização de um índice, criado com base em coincidências, SEM PREVISÃO LEGAL, a fim de garantir uma revisão de benefício que, muitas das vezes, seria de valor inferior ao que foi concedido judicialmente, causando prejuízo ao erário público;
- h) E, o mais absurdo de todos os casos, quando aplica de forma extensiva o art. 34, parágrafo único da L. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso). Pelo art. 34, parágrafo único, da L. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), o benefício de prestação continuada – LOAS – concedido a outro idoso que seja membro da família, será excluído do computo da renda *per capita* para concessão de benefício da mesma espécie, pelo requerente idoso. O controle do Poder Judiciário sobre o ato

do INSS nesse caso acaba não sendo de legalidade, mas sim de ilegalidade. Tratam-se de benefícios distintos, advindo de recursos diversos (o benefício assistencial tem recursos advindo do erário da União Federal e não paga gratificação natalina; o benefício previdenciário advém de erário do INSS e paga gratificação natalina). Como já foi dito, o Controle do Poder Judiciário sobre a Administração Pública deve ser apenas de legalidade. Diante disso surge a seguinte indagação: Se o magistrado fosse funcionário do INSS e tivesse que indeferir ou deferir o benefício, nessa hipótese, observando-se o princípio da legalidade, o que ele faria? Certamente a resposta seria pelo indeferimento. O servidor público tem que obedecer ao que está na lei e esta não estendeu a hipótese do art. 34, parágrafo único, da L. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), para todo e qualquer benefício previdenciário de valor equivalente a um salário mínimo. Trata-se de hipótese que sequer poderia haver interpretação extensiva, eis que não houve omissão do legislador, mas sim silêncio eloqüente.

#### 4 TESES NOVAS FAVORÁVEIS AO INSS E POUCO ACOLHIDAS

Outro fator de desequilíbrio do sistema atuarial decorre de decisões judiciais que não acolhem teses que são favoráveis ao INSS.

Como exemplo disso, trago à baila, a tese da decadência da revisão de benefícios previdenciários concedidos antes de 28 de junho de 1997, em ações ajuizadas posteriormente a 28 de junho de 2007, sob a alegação infundada de que a decadência não poderia retroagir para prejudicar benefícios concedidos antes de sua criação legal. Ocorre que, nesse caso, não estamos falando de aplicação retroativa da lei que criou o prazo decadencial, mas sim de aplicação imediata da norma jurídica, conforme ensinamentos de Paul Roubier<sup>10</sup>. Entendimento correto sobre a matéria foi sumulado pela Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado do Rio de Janeiro, através do enunciado nº 63<sup>11</sup>, cuja redação é a seguinte:

---

10 ROUBIER, Paul. *Les Conflits de Lois Dans Le Temps*: Paris: 1929.

11 Para maiores detalhes sobre o assunto recomendo a leitura de artigo de minha autoria, denominado "Decadência do Direito à revisão de benefício previdenciário (uma análise de Direito Intertemporal)", publicado na Revista Direito e Política, n. 16 (IBAP); Revista de Direito do Trabalho, n. 8 (CONSULEX); Revista da EMERJ, n. 43; Revista da EMARF, n. 1, vol. 11; Revista Virtual da AGU, n. 77; Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 24.

Em 01.08.2007 operou-se a decadência das ações que visem à revisão de ato concessório de benefício previdenciário instituído anteriormente a 28.06.1997, data da edição da MP 1.523-9, que deu nova redação ao art. 103 da L. 8.213/91.<sup>12</sup>

O Rio de Janeiro é, por enquanto, o único estado em que esta tese teve uma excelente receptividade. Preferindo o Poder Judiciário de outros estados continuarem a proferir decisões que representam uma sangria de dinheiro público, criando benefícios em que para o segurado não existiria prazo decadencial de revisão, mas para a Administração Pública sim. Ora, como é possível explicar que a Administração pode ser compelida a observar um prazo decadencial, contado a partir da vigência da lei de sua criação, e o segurado não, podendo optar por rever seu benefício a qualquer tempo?

Outra questão que merece análise mais aprofundada diz respeito à aplicação das teorias do *venire contra factum proprium* e da *supressio* em favor da Administração Pública. Tratam-se de instituto de Direito Privado que pode ser facilmente aplicado ao Direito Público, eis que referem-se a dois comportamentos de uma mesma pessoa para com outrem, com base no princípio da boa-fé objetiva, que vedam o comportamento contraditório.

O *venire contra factum proprium* refere-se a situação em que uma determinada pessoa, durante determinado lapso temporal, comporta-se de tal maneira que a outra pessoa cria uma legítima expectativa de que seu comportamento não se alterará, quebrando a boa-fé objetiva. São, portanto, quatro os seus elementos: comportamento, geração de expectativa, investimento na expectativa gerada e comportamento contraditório.

A *supressio*, por sua vez, consiste “em limitação ao exercício de direito subjetivo que paralisa a pretensão em razão do princípio da boa-fé objetiva. Para sua configuração, exige-se (I) decurso de prazo sem exercício do direito com indícios objetivos de que o direito não mais será exercido e (II) desequilíbrio, pela ação do tempo, entre o benefício do credor e o prejuízo do devedor. Lição de Menezes Cordeiro” (TJRS, Apelação Cível Nº 70001911684, Segunda Câmara Cível, Tribunal de

---

12 O Superior Tribunal de Justiça tende a adotar este entendimento, reformando a jurisprudência sedimentada da corte, conforme decisões no RESP 110.526 e no RESP 110.836.

Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 04/12/2000).

Exemplificando, trago um caso concreto onde atuei. O segurado, em 1998, requereu e teve concedido benefício de auxílio-doença por um mês, com Data de Cessação de Benefício (DCB) previamente fixada na Carta de Concessão, tendo este cessado em novembro de 1998. No final de 2007, o segurado, agora autor, ajuíza ação pretendendo o restabelecimento do referido benefício, cessado há quase 10 anos atrás, alegando que o INSS agiu de forma ilegal ao cessá-lo sem que o mesmo tivesse readquirido condições de trabalho. A defesa do INSS em Juízo, nesse tipo de ação, acaba por ser prejudicada eis que, em se tratando de concessão muito antiga, por vezes a Autarquia Previdenciária não encontra o processo administrativo de concessão, até mesmo porque o seu dever de guarda desses processos, em regra, é de 5 anos. Assim, não é possível verificar se o autor pleiteou ou não o restabelecimento do benefício ou não. Ora, será que nesse caso é justo que o INSS seja obrigado a pagar todo o período em que o segurado esteve sem receber benefício, mesmo sabendo que o grande culpado é o próprio autor, que demorou quase 10 anos para ajuizar uma ação judicial, sem nem mesmo ter requerido novamente o benefício? A solução para este caso está na aplicação das teorias do *venire contra factum proprium* e *supressio*, teorias que já são bem aceitas em nossa jurisprudência pátria<sup>13</sup>, eis que o INSS tinha a legítima expectativa de não esperar que uma pessoa que ficou anos sem receber o benefício de auxílio-doença e somente havia recebido prestação equivalente a um mês de benefício, venha agora a pleitear quase 10 anos de benefício.

## 5 CONCLUSÃO

Conforme se verificou no presente trabalho, as decisões do Poder Judiciário, por vezes (e muitas vezes), extrapolam o seu poder de Controle sobre a Administração Pública, afrontando a diversos princípios constitucionais, como o princípio da independência e harmonias entre os poderes, o princípio atuarial do sistema da Seguridade Social, o princípio da legalidade, o princípio da vedação à extensão de benefícios da seguridade social sem prévia dotação orçamentária, princípio da reserva de plenário, dentre outros.

---

13 No Superior Tribunal de Justiça (STJ) há diversas decisões: AI 1.130.131, AI 1.113.634, AI 1.085.209, RESP 207.509, RESP 214.680, AI 921.308.

Assume, assim, as funções similares a de um administrador assistencial, concedendo benefícios e permitindo revisões que, por nosso ordenamento jurídico, não seriam admitidos. Frise-se que o Poder Judiciário não apenas está estendendo, de forma exacerbada, as normas da seguridade social, como tem deixado de aplicar teses, com fundamentos incontestáveis, que são favoráveis à Administração Pública, como a da decadência do direito à revisão de benefício previdenciário, do *venire contra factum proprium* e da *supressio*.

Isso faz com que haja um prejuízo incalculável ao erário público, gerando prejuízo ao cálculo atuarial de todo o sistema de Seguridade Social e causando insegurança jurídica à Administração no que tange às ações de política pública. O assistencialismo que está sendo feito pelo Poder Judiciário agora, nas ações referentes aos benefícios da seguridade social, irá gerar prejuízos para as futuras gerações de segurados, inclusive com a possibilidade de ruptura econômica da Previdência Social, gerando sua “quebra”, sua “falência”.

Portanto, faz-se necessária uma reflexão aos operadores do Direito que atuam nessa área, a fim de questionar qual o país que esperamos no futuro.

## 6 REFERÊNCIAS

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

FILHO, MARÇAL JUSTEN. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 12. ed. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.



# REEXAME NECESSÁRIO. SENTENÇAS CONDENATÓRIAS ILÍQUIDAS PROFERIDAS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

*Eliana Alves de Almeida Sartori*  
*Procuradora Federal*  
*Especialista em Direito Econômico e Tributário e em*  
*Direito Público em exercício na ANS*  
*NUJUR/DF/PROGE/PF/ANS*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Duplo Grau de Jurisdição; 2 Reexame Necessário; 3 Sentença Condenatória Líquida e Ilíquida; 4 Valor da Causa; 5 A interpretação conferida ao § 2º do art. 475 do CPC; 5.1 Interpretação Doutrinária; 5.2 Interpretação Jurisprudencial; 6 Riscos advindos da busca prioritária da celeridade processual em detrimento da segurança jurídica; 7 Conclusão; 8 Referências.

**RESUMO:** Busca-se por meio deste artigo a análise crítica das alterações promovidas no Código de Processo Civil quanto ao reexame necessário, em especial, as inovações trazidas pelo parágrafo 2º do art. 475 que ao homenagear o princípio da celeridade e eficácia processual, provocou interpretações desastrosas à segurança jurídica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Princípio do duplo grau de jurisdição obrigatório. Reexame necessário. Exceções. Sentenças Condenatórias Ilíquidas.

**ABSTRACT:** This work presents a search based on an critical analysis of the changes promoted in the Code of Civil Procedure regarding the review necessary, in particular, the innovations brought by paragraph 2 of article 475 that pay tribute to the principle of procedural speed and efficiency, that caused the disastrous interpretations to legal security.

**KEYWORDS:** Principle of two levels degree of compulsory jurisdiction. Review needed. Exceptions. Damning Gross Sentences.

## INTRODUÇÃO

A abordagem deste artigo científico visa a demonstrar a irresignação pelos atropelos ocasionados no sistema jurídico em prol da celeridade e eficiência processual, execrando vários outros princípios basilares que, igualmente, buscam estabilizar e manter a segurança jurídica.

A pecha que adveio sobre a Administração Pública, como a maior responsável pela demora na entrega da tutela jurisdicional diante o número exacerbado de processos judiciais em que é parte, é uma visão por demais simplista. Isso porque, pós vinte anos de nossa Carta Magna, o cidadão brasileiro não só possui maior e melhor consciência de seus direitos individuais e sociais, mas verdadeira e realmente os reivindicam.

A desmistificação de afronta a princípios pela Fazenda Pública, a exemplo, do princípio da igualdade e, por conseguinte, relembrar sobre a premência e relevância do interesse público – a busca pelo bem estar comum –, afastando a visão de um Estado voraz e insano.

E, enfim, abordar criticamente as controvérsias existentes sobre sentenças condenatórias ilíquidas *versus* fixação do valor da causa para efeitos fiscais, combatendo, portanto, alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Para tanto, iniciarei o trabalho conceituando, rapidamente, em linhas gerais, o duplo grau de jurisdição, o reexame necessário, a sentença condenatória líquida e ilíquida, para, enfim, adentrar na questão do parágrafo 2º do art. 475, CPC, confrontando a doutrina existente e jurisprudência, bem como os efeitos práticos vivenciados pela Fazenda Pública.

A conclusão tentará demonstrar a afronta à essência de regras basilares do direito, e, o pior, com aval da maioria dos operadores do direito, justificando tal entendimento, na entrega mais célere da prestação jurisdicional. Não se apercebendo do prejuízo ocasionado a todos, vez que o Estado é compreendido por todos os que formam uma Nação!

## 1 O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

O duplo grau de jurisdição é a garantia conferida à parte de poder insurgir-se contra atos judiciais que lhe prejudiquem, com vistas ao reexame por outro órgão, distinto de quem prolatou a decisão, conceito este, assim assinalado por Canotilho (1998, p. 583): “[...] entende-se, no seu sentido mais restrito, a possibilidade de obter o reexame de uma decisão jurisdicional superior (‘instância de segundo grau’).”

Em suma, é a possibilidade de o ato judicial ser recorrível, com vistas a evitar ou emendar erros ou falhas inerentes a julgamentos humanos (falibilidade do juiz) e o inconformismo da parte vencida<sup>1</sup>. Sem contar a admissibilidade de nova apreciação por um órgão colegiado, composto por três juízes, reforçando assim, a idéia de maior probabilidade de acerto no cumprimento da jurisdição.<sup>2</sup>

Há décadas a doutrina promove acalorados debates sobre a previsão constitucional do princípio do duplo grau de jurisdição. Isto em decorrência de inexistir menção expressa ao duplo grau de jurisdição na Constituição Republicana<sup>3</sup>, ao passo que menciona a existência de juízes e tribunais, além da expressa previsão de alguns recursos (ordinários constitucionais, especial, extraordinário). E ainda, se seria um princípio constitucional implícito ou inexistente no sistema constitucional pátrio atual.

O fato de estarem previstos, na Carta Magna, órgãos de jurisdição de segundo grau, somadas a outras garantias constitucionais (ampla defesa e devido processo legal), enseja uma parte da doutrina vislumbrar a consagração implícita do princípio<sup>4</sup>, ao passo que por se tratar de *possibilidade* recursal e diante a competência originária dos Tribunais para julgar como instância ordinária única, enseja outra parte a declarar sem guarida constitucional o princípio do duplo grau de jurisdição.<sup>5</sup>

1 Esta afirmativa é rechaçada por alguns processualistas, a exemplo de Marinoni e Arenhart (2006, p. 505-515), haja vista, entenderem-na atrelada ao controle da atividade do juiz, quando o duplo grau de jurisdição está atrelado a propiciar ao vencido a revisão do julgado.

2 Justificativa parcialmente prejudicada por força da Sumula 253 do STJ: “O art. 557 do CPC, que autoriza o relator a decidir o recurso, alcança o reexame necessário.”

3 Somente houve expressa menção na Constituição Imperial.

4 Dentre outros, destaca-se: J.Frederico Marques, Introdução ao Direito Processual Civil, Forense, 1960, V/265, § 1000; Calmon de Passos, O devido processo e o duplo grau de jurisdição, Rev. Forense, 277/1, 1982 e, Ada Grinover, Os Princípios e o Cód. Processo Civil, Bushatsky, 1973. p.143.

5 Destaca-se, dentre outros, J. C. Barbosa Moreira (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense 9. ed. v/238) e Moraes (2005, p. 72-73).

Em que pesem as correntes doutrinárias divergentes, cujas razões e elementos motivadores são relevantes, fato é que o Supremo Tribunal Federal, em vários julgados, já pacificou entendimento de que o duplo grau de jurisdição, em matéria processual civil e trabalhista, não se reveste de garantia constitucional.

Inúmeros julgados foram proferidos pelo STF<sup>6</sup>, contudo, pela relevância do voto proferido pelo então Ministro Sepúlveda Pertence, relator do RHC 79.785, julgado pelo Pleno do Tribunal em 29/03/2000, DJ de 22.11.1002, a ele nos remetemos com o fito de demonstrar a interpretação consagrada por aquela Corte:

[...] 1. Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado à órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária. 2. Com esse sentido próprio - sem concessões que o desnaturem - *não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária*, já na área cível, já, particularmente, na área penal. 3. A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito Brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8º, 2, h, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de “toda pessoa acusada de delito”, durante o processo, ‘de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior’. [...]. E, mais: ‘[...] III. *Competência Originária dos Tribunais e duplo grau de jurisdição*. 1. *Toda vez que a Constituição prescreveu para determinada causa a competência originária de um Tribunal, de duas uma: ou também previu recurso ordinário de sua decisão (CF, arts. 102, II, a; 105, II, a e b; 121, § 4º, III, IV e V) ou, não o tendo estabelecido, é que o proibiu.*’ [...] (grifo nosso)

6 RE 356287; RE 357311; RE 346882; RE-AgR 216257; AI-AgR 209954 / SP, RE 210246 / GO – GOIÁS; RE 210369; RE 210380; RE

218752; RE 260167; RE 262637; RE 249577; RE 249588; RE 211085; RE 297593; RE 298364; RE 158892; RE 201297; MI-QO 635 /

DF - DISTRITO FEDERAL, MI 97 QO (RTJ-132/14), HC 68846; (RTJ-157/563), HC-71124, HC 86709 (RTJ-90/950); AI-AgR 292984;

AI AgR 294494; AI AgR 294642; AI-AgR 292984; AI AgR 293256; ADI-MC 1922 e ADI-MC 1976.

Destaque-se que o Relator expôs, em seu voto, que opiniões contrárias ao posicionado pelo Supremo não passam de *wishfull thinking*, carecendo de uma base dogmática sólida, pautadas na utilidade dos recursos como instrumentos de segurança, de controle e de isonomia.

A tese estaria embasada na competência originária de alguns tribunais e a inexistência de previsão legal de recurso para outro Tribunal, a exemplo da competência do Supremo Tribunal Federal – STF para julgar atos praticados pelos senadores ou governantes (competência fixada em razão das partes – *rationae personae*). Nestes casos, realmente, não faz sentido a *garantia* da dualidade de instâncias, vez que o julgamento é proferido pelo órgão colegiado.

Acresce-se a este argumento, como afirmou o próprio Ministro Sepúlveda Pertence no voto retromencionado, que a Constituição Federal não vedou à lei ordinária estabelecer possíveis exceções, desde que analisado caso a caso, *em prol da segurança e presteza jurídica*.

No espectro deste artigo, menciona-se posicionamento do STF quanto à recepção do art. 34, §2º, da Lei n.º 6.830/80 (Execução Fiscal) pela Constituição Federal de 1988, em sede de recurso extraordinário, de relatoria do então Ministro Moreira Alves. Entendeu a Corte Máxima que em limitando o direito a recurso a causas de pequeno valor pecuniário, atendeu o legislador à proporcionalidade.

Como se denota, não só a Carta Política traz limitações ao direito de recurso, como também não veda ao legislador infraconstitucional a fazê-lo, estabelecendo as exceções que entender cabíveis, desde que não leve à supressão desse princípio, atendendo sempre ao princípio da proporcionalidade ao restringir, além de visar a segurança e presteza jurídica.

## 2 REEXAME NECESSÁRIO

De plano registra-se a irrelevância de se enfrentar a questão do eventual caráter recursal do reexame necessário. Isso porque, a doutrina e a jurisprudência majoritária já o fizeram exaustivamente e, como é comezinho, a resposta é negativa, ou seja, o reexame necessário não ostenta natureza recursal.

Reexame necessário é a denominação mais comumente utilizada pelos processualistas ao duplo grau de jurisdição obrigatório previsto no art. 475<sup>7</sup>, do Código de Processo Civil - CPC, muito embora haja leis especiais que igualmente o prevê. Ater-se-á ao Codex, haja vista nele estar positivado o dispositivo objeto de estudo.

Menciona o dispositivo em questão que a sentença proferida em desfavor da Fazenda Pública estará sujeita ao duplo grau de jurisdição e não produzirá efeito senão depois de confirmada pelo Tribunal. Ora, como visto anteriormente, consiste o duplo grau de jurisdição na possibilidade de reexame ou de reapreciação da sentença definitiva por outro órgão de jurisdição que não o prolator da decisão, via de regra, de hierarquia superior.

Como se depreende, o duplo grau de jurisdição necessário ou reexame necessário possui a natureza jurídica de condição de eficácia de sentença, implicando assim dizer que não transita em julgado a sentença que o houver omitido (Súmula STF 423: não transita em julgado a sentença que houver omitido o recurso ex officio, que se considera interposto *ex lege*)

Na visão do Prof. Leonardo J. Carneiro da Cunha<sup>8</sup> ao enfrentar tal tema - sujeição das sentenças ao duplo grau de jurisdição (art. 475, CPC) - explícita que a previsão destas não produzirem efeitos senão depois de confirmadas pelo tribunal, “significa (dizer) que certas sentenças haverão de ser, obrigatoriamente, reexaminadas pelo tribunal ao qual está vinculado o juiz sob pena de jamais transitarem em julgado”.

7 Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001).

I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001).

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI). (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001).

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal advocá-los. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001).

8 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 4 ed. rev. amp. e atual, São Paulo: Dialética, 2006. p. 170.

Santos, Ernane Fidélis<sup>9</sup>, taxativamente expressa em sua obra que “O reexame obrigatório não está relacionado com a eficácia da sentença, mas com a coisa julgada.” Isso porque, em sua opinião, a sentença gera efeitos desde sua prolação, contudo, seus efeitos ficam suspensos, até que ocorra o trânsito em julgado. Afirma, inclusive, que “O reexame obrigatório não impede a antecipação de algum efeito da tutela quando ocorrerem os requisitos.”

Outra peculiaridade é trazida pelo juiz de direito, Prof. Hélio do Vale Pereira (2006, p. 139) ao alertar que há decisões que surtem imediata eficácia, independente da remessa necessária, a exemplo da prerrogativa legal conferida às sentenças que concedem segurança – art. 12 da Lei do Mandado de Segurança e a hipótese de suspensividade em ocorrendo dano irreparável na Ação Civil Pública – art. 14 da Lei n.º 7.347/85.

A finalidade do reexame necessário, na visão de Humberto Gomes de Barros:

[...] consiste no resguardo do interesse público, traduzido no máximo de certeza e justiça das sentenças em que haja sucumbência da Fazenda Pública. Assim, verificada tal situação, independente de haver provocação da parte interessada, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, sob pena de a sentença não produzir seus respectivos efeitos. Não o fazendo o juiz da causa, deverá o presidente do tribunal avocá-los.<sup>10</sup>

Nesse sentido, as lições de Hélio do Valle Pereira<sup>11</sup>, sobre a finalidade do reexame são completas e perfeitas, quando afirma que este:

Mira a relevância dos bens jurídicos em disputa. É a compreensão de que a derrota do poder público não é apenas a vitória do particular (o que não estimularia nenhuma perplexidade ou preocupação), mas

---

9 SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil. Processo de Conhecimento 1*, 12 ed rev, amp e atual, São Paulo: Saraiva, 2007. p.639.

10 BARROS, Cleilton da Silva. *Considerações Prognósticas do Reexame Necessário no Processo Civil Brasileiro*. DF: Revista AGU n.º 69, Out/2007. Disponível em: <[http://www.escola.agu.gov.br/revista/ano\\_VI\\_outubro/2007/consideracoesprognosticas\\_Cleiltondasilva.pdf](http://www.escola.agu.gov.br/revista/ano_VI_outubro/2007/consideracoesprognosticas_Cleiltondasilva.pdf)>. p. 07.

11 PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual de Fazenda Pública em Júízo*. 2 ed. rev, amp e atual, Rio de Janeiro/São Paulo/Pernambuco: Renovar, 2006. p. 136.

a derrocada de um ente que tem perfil singular, que representa a coletividade. Crê-se que entre as vontades pessoais dos representantes dos litigantes e a conveniência de maior meditação sobre a causa deve preponderar o segundo valor. Nada há de irracional nessa conclusão nem se ofende a princípio constitucional. Não há, em consequência, fraude à isonomia. O fator que levou à distinção é justificável.

De outra monta, salienta o Advogado da União, Clemilton de Barros<sup>12</sup>, em seu estudo disponível no sítio da Advocacia-Geral da União que o interesse público sofre variações de acordo com o objeto da remessa necessária e, este nem sempre se traduz apenas na defesa da Fazenda Pública, haja vista outras situações de cabimento da remessa necessária previstas no nosso ordenamento jurídico.

Justifica seu ponto de vista, mencionando os casos de remessa necessária, em sede de Ação Popular e do Mandado de Segurança, vez que nestes o interesse público envolve, no primeiro caso, a proteção dos reflexos voltados para a verificação minuciosa do pedido popular e da causa de pedir popular, de modo a proporcionar um novo exame sobre a matéria, quando a sentença extingui o processo por carência ou julgar improcedente o pedido popular e, no segundo caso, a proteção da Administração Pública, ao contrário do art. 475, CPC que protege a defesa da Fazenda Pública, nas duas situações ali contidas.<sup>13</sup>

Isso posto, o cabimento do reexame necessário se dá quando forem prolatadas sentenças em desfavor da Fazenda Pública nas duas situações elencadas no dispositivo legal citado, sendo que o inciso I se refere às sentenças proferidas em processo de conhecimento e o inciso II em processo de execução.<sup>14</sup>

Forçoso concluir, portanto, que a exigência do reexame necessário não alcança as decisões interlocutórias proferidas contra as pessoas jurídicas de direito público. Contudo, na opinião de Didier Jr. e Cunha(2007, vol. 3, p. 395) “se a decisão interlocutória resolver definitivamente parte do mérito da causa” (art. 269, CPC), não fará coisa julgada material, sendo possível a defesa da obrigatoriedade de reexame pelo Tribunal.

12 BARROS, op. cit., p. 1-2.

13 BARROS, op. cit., p. 08.

14 Em se tratando da Fazenda Pública não há que se falar em processo sincrético. Continuam a ser aplicadas as regras constantes do Art. 730 e seguintes do CPC.

Igualmente há debates fervorosos na doutrina processualista sobre o cabimento do reexame necessário quando a sentença for sem resolução do mérito. Isso porque alguns entendem que o dispositivo legal, ao referir-se à sentença proferida contra a Fazenda Pública, indicaria que o ato judicial extingue o processo com julgamento do mérito<sup>15</sup>. Tese este abarcada e pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça, a exemplo dos vários julgados, dentre eles, destaca-se: REsp 510594; REsp 512017; EREsp 251841-1; REsp 599858; EREsp 251841 e AGRG no REsp 311013.

Quanto ao procedimento, “Cabe ao juiz, ao proferir a sentença que se enquadra em uma das hipóteses do art. 475, CPC, determinar, expressamente, a remessa dos autos ao tribunal que lhe seja hierarquicamente superior e ao qual esteja vinculado funcionalmente. A ausência de tal determinação impede o trânsito em julgado”.<sup>16</sup>

Registre-se, ainda, que não há preclusão em relação à determinação da remessa necessária, podendo, fazê-lo a qualquer momento, sendo certa, inclusive a avocação dos autos pelo Tribunal.

Como visto no tópico anterior, o duplo grau de jurisdição pode ser limitado por lei infraconstitucional e, neste compasso, foram inseridos os §§ 2º e 3º no art. 475, CPC, pela Lei n.º 10.352/2001 que, prevê o descabimento deste instituto nos casos de fixação de alçada de tribunal e jurisprudência do STF ou Súmulas de Tribunais (hierarquicamente superior ou de Instâncias superiores), respectivamente.

Frente ao objeto de estudo estar atrelado à situação prevista no § 2º do art. 475, CPC, o qual dispõe que “Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de *valor certo* não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.” (grifo nosso), há que se abordarem instrumentos processuais constantes de nossa norma processual civil vigente, para empós, nos atermos à questão crucial de forma crítica.

---

15 Ernane Fidélis dos Santos é pelo cabimento do reexame obrigatório tanto na sentença definitiva quanto na terminativa, bastando que ocorra uma das hipóteses previstas em lei. (2007, p. 640). Acompanham-no Candido Rangel Dinamarco (Apud Cunha, Leonardo José Carneiro da, 2006. p.177/178) e Leonardo José Carneiro da Cunha (2006. p.176-178)

16 DIDIER Jr, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 4 ed. (2ª tiragem), vol. 3, Bahia: Podivm, 2007. p. 395.

### 3 SENTENÇA CONDENATÓRIA LÍQUIDA E ILÍQUIDA

Toda sentença julga o pedido postulado pela parte autora ao propor uma demanda judicial. Nosso ordenamento jurídico prevê a hipótese de pedido certo ou determinado e, admite excepcionalmente, o pedido genérico (art. 286, CPC).

Muitos debates foram travados pelos estudiosos em processo civil sobre a melhor interpretação a ser conferida à expressão: pedido certo ou determinado, vez que é quase uníssono o uso equivocado de redação por parte da doutrina, pois o real sentido desta expressão não está a indicar alternativa, mas sim cumulação, sendo certo, que a locução “ou” deveria ser “e”.

Divergindo parcialmente de tal entendimento, Athos Gusmão Carneiro<sup>17</sup> publicou um artigo na Revista Forense onde assim concluiu:

O uso da locução ‘certo ou determinado’ pelo vigente Código [...] não expressa, assim, dois conceitos alternativos, e, cremos, nem mesmo dois conceitos diversos que se devam cumular, mas apenas uma mesma idéia, a de perfeita identificação, sob todos os aspectos, dos objetos imediato (espécie de tutela jurisdicional) e mediato (bem da vida) pretendidos pelo autor. O pedido genérico não deixa de ser um pedido certo e determinado quanto ao an *debeatur*, embora apenas ‘determinável’ no alusivo ao quantum *debeatur*. [...] A ‘certeza’, no caso, está ligada à idéia de completa identificação do objeto, refere-se ao pedido determinado no an e no quantum, isto é, ao ‘pedido líquido’. Formulado um pedido ‘certo’ (ou seja, determinado qualitativa ‘e quantitativamente’), ao juiz é defeso ‘proferir sentença ilíquida’, isto é, sentença indeterminada quantitativamente.

De outra monta, o Códex ao ditar ser lícito o pedido genérico, fê-lo, regrando de forma exaustiva, as hipóteses possíveis; contudo, pode-se concluir que a regra está a autorizar a formulação de pedido genérico ou ilíquido e, entenda-se, não o definindo em relação ao *quantum debeatur*.

17 CARNEIRO, Athos Gusmão. *A sentença ilíquida e o art. 459, paráq. único, do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense – RF n.º 251/1975, p. 64-69.

Logo, se o pedido for certo e determinado, qualitativa e quantitativamente e, ao final, julgado procedente, será vedado ao juiz prolatar sentença ilíquida (parágrafo único do art. 459, CPC e Sumula 318 do STJ).

Por conseguinte, tudo está a indicar se tratar de sentença condenatória que, além de determinar a alguém uma obrigação de dar, deve dizer o que será dado, ou quando impuser a alguém uma obrigação de fazer ou não fazer alguma coisa é determinar como deve ser feito.<sup>18</sup>

Já na opinião de Marinoni e Arenhart<sup>19</sup>:

[...] a sentença condenatória diferencia-se da sentença declaratória apenas porque abre oportunidade para a execução. É por tal motivo que se afirma e sempre se afirmou que a sentença condenatória é caracterizada pela sanção executiva; na verdade, a sentença condenatória possui esse nome, ao invés de possuir nome de 'declaratória', porque abre oportunidade para a execução.

Ocorre que para dar cumprimento a uma sentença esta deve ser líquida, pois se ilíquida, haverá que se lançar mão do instituto da liquidação de sentença, com vistas a obter o quantum debeatur e, conseqüentemente, executá-lo.

O professor J.J. Calmon de Passos<sup>20</sup>, asseverou em artigo publicado em periódico da magistratura trabalhista que é:

Saber correntio, outrossim, o de que a decisão condenatória deve tornar certo e determinado o seu comando, como certo e determinado deve ser o pedido. Contudo, assim como se permite, por força das circunstâncias do caso concreto, *o pedido relativamente indeterminado (pedido genérico) também se autoriza o magistrado a proferir sentença relativamente indeterminada (sentença ilíquida)*. Tanto ali, quanto aqui, a indeterminação reside na circunstância de que, já conhecido o que

---

18 PASSOS, J.J. Calmon. A Lei n.º 11.232, de 22 de dezembro de 2005. *Questionamentos e Perplexidades. (A montanha que pariu um rato)*. Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba. Editor: 09/10/06. Disponível em: <[http://www.esmat13.com.br/art\\_normal.php?id.notici+692](http://www.esmat13.com.br/art_normal.php?id.notici+692)>. p. 4.

19 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 426

20 PASSOS, op. cit., p. 3.

é devido a quantidade e/ou qualidade do que é devido pede, ainda, determinação. Conclui-se, portanto, não ser tolerável, sob pena de invalidade, haja incerteza provisória no pertinente à qualidade ou quantidade do que é devido. Diria, para facilitar o entendimento, que o substantivo tem de ser definido na sentença, apenas possível, na liquidação, precisar-se o adjetivo, seja ele qualificativo ou determinativo.

Há divergências quanto à justificação para a força executiva dessa espécie de sentença, se constitutiva da sanção ou se constitutiva do estado de sujeição aos atos de execução forçada. Na opinião do Ministro Teori Albino Zavascki<sup>21</sup> (em obra organizada por Didier) a executividade da sentença condenatória decorre da:

circunstância de se tratar de sentença que traz identificação completa de uma norma jurídica individualizada, que, por sua vez tem em si, [...] a força de autorizar a pretensão à tutela jurisdicional. Se há 'identificação completa' da norma individualizada é porque a fase cognitiva está integralmente atendida, de modo que a tutela jurisdicional autorizada para a situação é a executiva.

Barbosa Moreira<sup>22</sup> assevera que se, ao longo do processo de conhecimento, caso não sejam colhidos os elementos necessários à determinação do objeto mediato do pedido, o juiz poderá em sentença de procedência de pedido genérico, deixar de fixar o valor ou de individualizar o objeto. E, por conseguinte, ter-se-á a hipótese de sentença ilíquida e, como tal, impossível utilizar-se das vias executivas, sem antes proceder à liquidação de sentença.

#### 4 VALOR DA CAUSA

Reza o art. 258, CPC, que a toda causa, mesmo as que não possuem valor econômico imediato, há que ser atribuído um valor certo, cabendo ao autor manifestar ao final da petição inicial, a soma pecuniária de sua pretensão (art. 282, CPC).

---

21 ZAVASCKI, Teori Albino. *Sentenças Declaratórias, Sentenças Condenatórias e Eficácia Executiva dos Julgados*. In *Leituras Complementares de Processo Civil*. Organizador: Fredie Didier Jr., 5 ed. rev e amp, Bahia: Podivm, 2007. p. 40.

22 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Novo Processo Civil Brasileiro*. 22. ed. rev e atual, Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 190.

Hélio Tornaghi<sup>23</sup> conceitua o instituto “valor da causa”, da seguinte forma: “por valor da causa deve entender-se o quantum, em dinheiro, correspondente ao que o autor pede do réu. Trata-se, portanto, de valor econômico ou, melhor ainda, financeiro. É a estimativa em dinheiro”.

Para Barbosa Moreira<sup>24</sup>, a atribuição ao valor da causa possui dupla relevância: processual e tributária.

A relevância processual está na importância do valor da causa é importante para várias situações, a exemplo, da sujeição ao procedimento de rito sumário; da competência estabelecida em razão do valor; da fixação de honorários advocatícios da parte vencedora ou da fixação de valor de alçada. Esta última hipótese é o caso do presente estudo, vez que o § 2º do art. 475, CPC limitou o reexame necessário, ao determinar que causas até o valor certo de 60 salários mínimos não incide tal instituto. Outro exemplo é o art. 34, Lei n.º 6.830/80 que determina que em Execução Fiscal de valor igual ou inferior a cinquenta ORTNs, só se admitem embargos infringentes e de declaração.

Quanto à segunda relevância, esta está atrelada a ser o valor da causa a base de cálculo para o lançamento da taxa judiciária.

Entende ainda, o processualista carioca que uma causa pode corresponder a dois valores diferentes, um para efeitos processuais, outro para efeitos tributários. (2002, p. 20), concluindo ser ineficaz a declaração do autor na exordial indicando o valor “apenas para efeitos fiscais”.

Infelizmente, como se verá mais à frente, na prática forense este acertado entendimento não é adotado.

Lecionam Marinoni e Arenhart<sup>25</sup> que:

O valor da causa – que é requisito obrigatório da petição inicial (arts. 282, V, e 259 do CPC) – pode ser legal ou estimado. A primeira hipótese ocorre quando a lei apresenta critérios para que o valor da

---

23 Apud SIQUEIRA, Vitor Chaves. *O valor da causa e seus reflexos no Processo Civil*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG. Artigo inserido no sítio em 21.02.2007. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1762>>. Acesso em 18 jun. 2008. p. 5.

24 MOREIRA, op. cit., p. 18.

25 MARONI; ARENHART, op. cit., p. 104.

causa seja fixado, sendo que, na outra hipótese, diante da ausência desses critérios somente resta ao autor estimá-la. Os arts. 259 e 260 do CPC encarregam-se de estabelecer critérios para que sejam fixados os valores de algumas causas.

Como meio de correção às imperfeições ocasionadas pelo Autor ao fixar um valor dispare à causa, poderá a parte ré valer-se do incidente de impugnação do valor da causa (art. 261, CPC) que deverá ser apresentada em idêntico prazo conferido à Contestação<sup>26</sup>.

Apenas parte da doutrina admite ser possível ao magistrado, de ofício, alterar o valor da causa, isto é, em casos que pode ocorrer à modificação da competência ou do rito processual. Porém, a jurisprudência está inclinada pela permissão, desde que haja ofensa a critério expressamente fixado em lei.<sup>27</sup>

Contudo, tolerar causas cujo valor atribuído for de parca quantia ou superestimado revela-se temerário. Isso porque cabe, ao Estado, representado pelo magistrado, fiscalizá-lo, uma vez que o valor da causa extrapola o interesse das partes.<sup>28</sup>

## 5 A INTERPRETAÇÃO CONFERIDA AO § 2º DO ART. 475 DO CPC

### 5.1. INTERPRETAÇÃO DOUTRINÁRIA

Reza o § 2º do art. 475 que: “Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de *valor certo* não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.” (grifo nosso).

Este parágrafo segundo foi introduzido por meio da Lei n.º 10.352/2001 e versa sobre a possibilidade de exclusão do reexame

26 Marinoni e Arenhart (2006, p. 105) entendem que a impugnação não necessita ser apresentada simultaneamente com a Contestação, devendo apenas ser observado o prazo legal.

27 SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil. Processo de Conhecimento 1*. 12. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 445.

Segundo Ernane Fidélis houve deliberação, por unanimidade, no VI Encontro de Tribunais de Alçada em Belo Horizonte no sentido de permissão ao juiz de ofício alterar o valor da causa.

28 SIQUEIRA, Vitor Chaves. *O valor da causa e seus reflexos no Processo Civil*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG. Artigo inserido no sítio em 21.02.2007. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1762>>Acesso em 18 jun.2008. p. 19.

necessário às causas envolvendo os entes públicos descritos no inciso I, do art. 475 (União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas respectivas autarquias e fundações), quando o valor da condenação do direito controvertido ou da execução não for superior a 60 salários mínimos.

A justificativa para sua inserção, além de contribuir para desafogar os tribunais com reexame de causas de pequeno valor<sup>29</sup>, foi prestigiar os princípios da celeridade e efetiva entrega da tutela jurisdicional. Na opinião de Luiz Manoel Gomes Jr. “As despesas com a remessa obrigatória e a necessidade de que os julgadores dêem maior atenção aos feitos de real relevância econômica justificam a opção legislativa.”<sup>30</sup>

Do estudo levado a cabo, inexistente qualquer mácula quanto a esta previsão legal, eis que já se sabe que o STF entendeu não ser o princípio do duplo grau de jurisdição uma garantia constitucional e, ser totalmente plausível a legislação ordinária prever sua concessão ou mesmo sua restrição. Por outro lado, por tratar-se de simples fixação processual de valor de alçada, inexistente qualquer impedimento em se utilizar o salário mínimo como parâmetro.<sup>31</sup>

Bem, o mote da questão é conferir a melhor interpretação à dispensa fulcrada em condenação ou direito controvertido de *valor certo* não excedente a 60 salários mínimos, vez ser este o âmago do presente esforço intelectual.

Isso porque o texto conferido pelo legislador a esse dispositivo é de clareza mediana: é o valor certo da condenação ou do direito controvertido, na data do julgamento, que será objeto da dispensa do reexame necessário diante o limite fixado – igual ou inferior a 60 Salários Mínimos.

Sustenta Hélio do Valle Pereira<sup>32</sup> que:

---

29 Machado, Antonio Claudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado e Anotado*. SP: Manole, p. 862.

30 GOMES Jr., Luiz Manoel. *A remessa obrigatória e as modificações originárias da Lei n.º 10.352/01*. in Linhas Mestras do Processo Civil. Comemoração dos 30 anos de vigência do CPC. Coordenadores: Dinamarco, Pedro da Silva; Costa, Hélio Rubens Batista Ribeiro e Ribeiro, José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro, São Paulo: Atlas, 2004, capítulo 20. p.448.

31 SANTOS, op. cit., p. 641.

32 PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual de Fazenda Pública em Juízo*. 2. ed. ver. amp. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 147.

não haverá medida quando a condenação (não o pedido ou o valor da causa) for igual ou inferior a sessenta salários mínimos – o que só poderá ser reconhecido quando a decisão contiver referência expressa à quantia devida. Como diz o CPC, deve-se ter ‘valor certo’ [...].

Faz sentido tal entendimento. Ora, certamente há causas que o valor do pedido se coaduna com o atribuído à causa, porém, ao ser julgada, poderá ser dado parcial provimento ao pedido e, evidentemente, a condenação será em valor inferior ao fixado na inicial. Como também, pode ocorrer, em sentido contrário, isto é, se procedente, cabe a atualização do valor inicialmente fixado, incidindo juros e correção monetária, a ser computado quando prolatada a sentença<sup>33</sup>.

De tudo, não resta dúvida que, somente depois de vencida esta fase processual é que se poderá analisar o cabimento do reexame necessário!

Conseqüentemente, dúvidas inexistem que nestes casos se tratam de sentença líquida. Trata-se de cálculo meramente aritmético. Nem venha suscitar incidências de índices a serem observados ou mesmo percentuais porque é de conhecimento público, vez que se encontram disponíveis em *sites* dos órgãos integrantes do Poder Judiciário.

Ocorre, todavia, que algumas causas não possuem valor certo, mas sim, estimado. E, outras tantas, fixam a causa com um valor ínfimo ou se utilizam da praga “*para efeitos fiscais dá-se a causa o valor de R.\$ 1.000,00!*” Dificilmente, há adoção por parte do magistrado em entender por ineficaz, como pensa Barbosa Moreira conforme esposado no tópico anterior, determinando a alteração do valor indicado por parte do Autor e, diante a omissão deste (caso ocorra), declarar inepta a inicial.

É medida salutar a promoção de diligências pelo Juiz com vistas a emendar a inicial para corrigir o valor do bem litigioso de forma clara. Também poderá fazê-lo no curso da relação processual, com vistas a buscar a definição do real valor e, conseqüentemente, possibilitar à futura definição da (in)existência do reexame.<sup>34</sup>

33 Outra possibilidade seria a incidência da hipótese contida no Art. 290, CPC, acrescendo ao valor do pedido as prestações periódicas vencidas após a propositura da ação, fato corriqueiro em matéria tributária.

34 PEREIRA, op. cit. p.149.

Ora, não quis o legislador ao inserir no § 2º do art. 475, a expressão “valor certo”, se não indicar que a condenação ou o direito controvertido decorra de sentença líquida, pois aquele será o parâmetro para afastar a apreciação pelo Tribunal de ações de menor relevância. É ilógico e totalmente descabido, permitir que a parte autora se utilize de mecanismos maliciosos para imiscuir-se de suportar o ônus financeiro – custas judiciais e taxas judiciárias –, vez que o valor da causa é base de cálculo para se auferir o quantum a ser recolhido aos cofres públicos e, ainda por cima, negar vigência à regra estabelecida no dispositivo legal.

Independentemente da malícia, ardil ou o que quer que seja, fato é que a condenação ou direito controvertido consubstanciado em valor da causa estimado ou “para efeitos fiscais”, se reveste de decisão ilíquida, pois não há como se aferir valor certo de condenação, impondo-se a aplicação do art. 475-A a 475-B, do CPC. E, em assim sendo, afastada a incidência do § 2º do art. 475, CPC, e, por conseguinte, cabível o reexame necessário.

Didier e Cunha<sup>36</sup>, ao enfrentar a presente questão, taxativamente afirmam que:

[...] somente se poderá dispensar o reexame necessário, com fundamento no § 2º do Art. 475, CPC, caso a *sentença seja líquida* e o valor nela quantificado não exceda a 60 (sessenta) salários mínimos, ou caso ela se refira a direito, de valor certo que não supere aquele montante. Fora dessa hipótese não há como se aplicar a regra, sob pena de prejudicar a Fazenda Pública que poderá vir a ser surpreendida numa futura execução ou, até mesmo, num processo de liquidação, no qual se constate ser elevado o valor cobrado ou o montante que envolva o direito discutido.

Finalizam a abordagem, demonstrando preocupação que futuramente comprovar-se-á a gravidade, quando mencionam que “Não se deve levar em conta o valor atribuído à causa, porquanto, não

---

35 Aplicam-se aos processos que envolvem a Fazenda Pública as novas regras de liquidação de sentença do CPC inseridas pela Lei n.º 11.232/2005, todavia, as regras de execução a serem aplicadas estão previstas nos Arts. 730 e 731, CPC que culminará com a expedição do precatório. (CUNHA: 2006, p. 231)

36 DIDIER; CUNHA, op. cit., p. 399.

raras vezes, tal valor não retrata a repercussão financeira da causa. Nem coincide com o quantum envolvido na demanda.”<sup>37</sup>. Interpretação idêntica foi abraçada por Ernane Fídélis dos Santos<sup>38</sup> e Hélio do V. Pereira.<sup>39</sup>

Como visto em tópico anterior, a lei processual civil, ao permitir pedido genérico (relativamente indeterminado), permitiu igualmente, a possibilidade de ser proferida sentença relativamente indeterminada. Em outras palavras, o julgador fixará seu convencimento sobre a existência ou não do direito postulado (*an debeatur*) e, caso procedente, certificar-se do *quantum debeatur*. Ora, as sentenças ilíquidas decorrem das dificuldades para definir o quantum. E este somente é passível de ser auferido quando na fase de liquidação.<sup>40</sup>

Em que pesem as ações maliciosas dos advogados, existem realmente, casos de difícil mensuração econômica quando da propositura de uma demanda, só se tornando possível conhecer o montante que envolva o direito postulado na fase de liquidação.<sup>41</sup>

Ademais, consoante ensinamentos de Calmon de Passos<sup>42</sup>, não é tolerável, sob pena de invalidade, que haja incerteza no tocante ao *an debeatur* (o que é devido), aceitando-se, contudo, a incerteza provisória no pertinente a qualidade ou quantidade do que é devido.

Entretanto, não só o instituto do reexame necessário, mas a própria Fazenda Pública se encontra semelhantemente aos leprosos de épocas remotas. Todos têm horror e repugnância. Isso porque, imputam-lhes a responsabilidade pelo quadro caótico que na última

---

37 Ibid., p. 400.

38 “Se a condenação, a constituição, a desconstituição ou a declaração tiverem referência com determinado bem, não se leva em conta o valor da causa, conforme declarado, mas da efetiva oneração contra a Fazenda Pública. Nesse caso, se dúvida houver, isto é, manifesto não for o valor inferior, o reexame se impõe. O mesmo entendimento deve ser adotado com relação a sentenças ilíquidas, devendo, em cada caso particular, ser avaliada a condenação concretamente.” (2007, p. 641-642)

39 “Deve-se ter em conta, nesse ponto, que não se pode seguir cegamente o valor dado a causa. É verdade que ele deve traduzir a avaliação pecuniária do litígio. Todavia, é corriqueiro que o autor desconsidere esse princípio e se limite a indicar uma quantia simbólica – temeroso de possíveis seqüelas sucumbenciais. (2006, p. 147/148)

40 A doutrina majoritária entende ser plausível a imediata liquidação de sentença, frente à exigência constitucional do trânsito julgado estar atrelada apenas a expedição do precatório. (2006, p. 229)

41 CUNHA, 2006, p.190.

42 PASSOS, op. cit., p. 3.

década se encontra o Judiciário, frente ao número gritante de demandas judiciais, muitas delas, é bem verdade, oriundas do Poder Público. Mas aí a enquadrar o instituto como um verdadeiro vilão é no mínimo uma visão simplista.<sup>43</sup>

Novamente, Hélio do Valle Pereira<sup>44</sup>, pois ao iniciar o capítulo sobre o instituto em apreço, afirma de plano que “O reexame necessário é dos institutos que mais antipatia gera quando se tem em consideração o ‘direito processual público’.” Justifica a ojeriza, diante grande parte da doutrina, entender que o instituto prestigia desnecessariamente as instâncias recursais (descaso com a decisão singular) e homenageia o prolongamento do processo.

É a visão de Marinoni e Arenhart<sup>45</sup>, ao afirmarem que: “[...] o recurso transformou-se em boa desculpa para o réu sem razão protelar a definição da causa”. Razão esta de concluírem que “Nas hipóteses de ‘causas de maior simplicidade’ não há razão para se insistir em um duplo juízo sobre o mérito”, até porque, para eles, o princípio do duplo grau de jurisdição não é um princípio garantido pela Constituição Federal.<sup>46</sup>

Sem aparte, corrobora-se a eleição das “causas de maior simplicidade” como um critério para a concretização do princípio da celeridade. Desde que efetivamente caracterizada a hipótese legalmente prevista, observando-se todos os requisitos e critérios formais, em homenagem à segurança jurídica.

Mas, infelizmente, não estão a homenagear tal princípio alguns membros da Corte Especial, pois também se permitiram envolver pela grande onda negativa avassaladora em desfavor da Fazenda Pública em nome da *divindade satânica*<sup>47</sup> da celeridade e efetiva entrega da tutela jurisdicional, objetivando melhorar a visão do Poder Judiciário que, igualmente, se encontra negativa.

---

43 É bem verdade que o sistema processual carecia urgentemente de modificações. Ocorreram fortes e sérias mudanças no comportamento mundial e que, por óbvio, provocaram alterações comportamentais sócio-econômicas no Brasil. Nunca se pregou ou admitiu o **direito** como algo estático, mesmo porque é uma ciência jurídica e, portanto, mutável.

44 PEREIRA, op. cit., p. 135.

45 MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 509.

43 Ibid., p. 511.

47 A expressão é literalmente plágio da utilizada por Calmon de Passos. (2006, p. 2).

## 5.2 INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL

A abordagem se aterá à instância máxima – Superior Tribunal de Justiça – vez ser o órgão competente, em sede recursal, para conferir a correta interpretação da lei e unificar a jurisprudência.<sup>48</sup>

Sua organização é estruturada pelo critério da especialização. Há três seções de julgamento, cada uma delas composta por duas turmas que analisa e julga matérias de acordo com a natureza da causa submetida a apreciação. Acima delas está a Corte Especial, órgão máximo do Tribunal.<sup>49</sup>

Matéria afeta ao Direito Público está a cargo das Turmas da 1ª e 3ª Seções e, respectivamente, assim se encontram divididas:

- a) aprecia matérias de Direito Público, com destaque para as *questões administrativas e tributárias*, entre outras; e
- b) julga causas que envolvam matérias de Direito Penal, *como habeas-corpus, bem como questões previdenciárias, mandados de segurança contra ministros de Estado* e matérias de *Direito Público e Privado* não cobertas pela Primeira e Segunda seções.

Cabe às Seções julgarem os embargos de divergência, que buscam uniformizar a interpretação do Direito entre as *turmas de uma mesma seção*, quando estas divergirem. E, nos casos em que há divergência de interpretação entre *turmas de diferentes seções*, o exame da questão é remetido à Corte Especial.

Assim, como se pode depreender, as turmas que compõem a 1ª e 3ª Seção são as competentes para julgarem e conferirem a melhor interpretação ao cabimento do reexame necessário e, em caso de divergência, observando-se as regras de competência, será a Seção ou a Corte Especial.

---

48 A missão do STJ é processar e julgar as matérias de sua competência originária e recursal, assegurando a uniformidade na interpretação das normas infraconstitucionais e oferecendo ao jurisdicionado uma prestação acessível, rápida e efetiva. <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=800.07.10.2008](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=800.07.10.2008)>

49 Informações obtidas no sítio do STJ.

E, conforme se demonstrará a seguir é o que ocorreu. As turmas da 1ª Seção estão a conferir uma interpretação em total respeito à lei processual vigente e as turmas da 3ª Seção, infelizmente, lhe negando vigência.

Isso porque a 5ª e 6ª Turma do STJ estão a conferir uma interpretação ao § 2º do art. 475, CPC, totalmente equivocada e divergente à da sua 1ª Turma. Estão a defender que a expressão “valor certo” contida neste dispositivo legal processual deve ser aferida quando da prolação da sentença e, se não for líquida a obrigação, deve-se utilizar o valor da causa, devidamente atualizado, para o cotejamento com o parâmetro limitador do reexame necessário.

Dos vários julgados<sup>50</sup> proferidos pelas turmas que compõem a 3ª Seção daquela Corte, destaca-se o AgRg no Recurso Especial n.º 1.038.243-PR(2008/0052370-9) de relatoria do Ministro Hamilton Carvalhido que, em julgamento de 20.05.2008 (DJ de 25.08.2008), foi o seu voto acordado, unanimemente, pelos membros da 6ª Turma. Ocorre que para justificar a interpretação acima esposada, constata-se em seu voto, que os elementos de direitos que o levaram à conclusão, são por demais superficiais. Veja-se:

[...], o valor da causa é, pois, um dos parâmetros utilizados pela lei para restringir o reexame necessário. Para não malferir o espírito da lei, a interpretação do dispositivo legal deve guardar consonância com os fins objetivados pelo legislador, quais sejam, *manter o resguardo do patrimônio público, mormente quando há valores vultosos em discussão*, e, ao mesmo tempo, restringir o alcance do reexame necessário, dispensando-o quando o *exíguo valor da causa* não justifica a utilização da máquina judiciária para dilação do prazo para solução do conflito.

Conclui sua exegese invocando decisões do STJ no sentido que a expressão valor certo deve ser aferida quando da prolação da sentença e se, ilíquida a obrigação, deve-se utilizar o valor da causa, devidamente atualizado, para o cotejamento limitador do reexame necessário.

Ora, a vingar tal entendimento, dificilmente as demandas de

---

50 Dentre outros, cita-se: REsp n.º 576.698; AgRgAg n.º 721.784; REsp n.º 655.046; AgRgREsp n.º 922.375; AgRgREsp n.º 911.273.

relevância de interesse da Fazenda Pública serão submetidas ao reexame necessário. É raríssimo se fixar valores vultosos no valor da causa. Por que suportar dispêndios, previamente, se poderá fazê-lo ao final? Quiçá após dez anos! E a motivação para tanto, já foi devidamente abordada no presente estudo.

Além do mais, o parâmetro balizador é o *valor da condenação* e, como já visto, muitas das vezes, em nada tem a ver com o valor da causa. A regra é simples: sentença condenatória líquida = valor certo e, sentença condenatória ilíquida = valor incerto.

Certo é que, das inúmeras demandas em desfavor da Fazenda Pública já submetidas ao STJ, muitas das sentenças condenatórias ilíquidas, após a liquidação, demonstrarão valores acima do limite fixado no dispositivo legal. E, nada há de contradição nisto. A uma, porque a lei vigente permite a fixação de valor estimado e, a duas, porque há total tolerância na fixação do valor da causa como “meramente para efeitos fiscais”. Portanto, absurdo, conferir interpretação que o valor certo da condenação de sentença ilíquida, se resumirá à atualização do valor fixado na inicial.

Assim, diante a 5ª e 6ª Turma integrarem a Terceira Seção do STJ e, terem conferido a mesma interpretação a dispositivo legal, todo e qualquer recurso com supedâneo no dispositivo legal enfrentado estão sendo improvidos, invocando, inclusive a incidência do enunciado nº 83 da Súmula Corte Superior de Justiça.<sup>51</sup>

Divergentemente de tal posicionamento, a 1ª Turma, ao interpretar o mesmo dispositivo entendeu por sua inaplicabilidade em sentenças ilíquidas, “posto que a exegese deve ser levada a efeito em prol do interesse público”, afirmando ainda que:

[...] 5. A condenação baliza-se pelo valor do pedido, que só pode ser genérico nas hipóteses do art. 286, do CPC, tanto mais que diante do pedido líquido é defeso ao juiz proferir decisão ilíquida. Destarte, não havendo pedido condenatório faz-lhe as vezes para fins do art. 475, § 2º, do CPC o “valor” do direito controvertido, encartado na inicial através do *valor* da causa.

---

51 “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.”

6. *Entretanto, somente nas hipóteses de pedido genérico e ilíquido autorizadas na lei é lícito submeter a sentença ao duplo grau, posto que a exegese deve ser levada a efeito em prol do interesse público, inexistindo nos autos prova antecipada do “quantum debeatur”, como no caso sub judice.*

7. Destarte, o pedido teve o valor *fixado por estimativa*, sendo certo que, nestas hipóteses, não há impugnação e vigora o princípio in dubio pro fisco, maxime, porque a sentença é ilíquida, conspirando em prol da ratio essendi do art. 475, § 2º, do CPC. [...]

(REsp 651929, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgamento de 15.03.2005, DJ 25/04/2005 p. 241).

De outra monta, a 1ª e 2ª Turma, estavam a divergir sobre a incidência do § 2º do art. 475, CPC ao rito do Mandado de Segurança, frente às disposições contidas no parágrafo único do art. 12 da Lei n. 1.533/51. A primeira entendia pela incidência e a segunda a negava.

É o que se pode depreender do trecho do acórdão proferido pelo Ministro Francisco Peçanha Martins:

[...] Inaplicável o § 2º do Art. 475 do CPC, que dispensa a remessa necessária da sentença quando sucumbir a Fazenda Pública e o direito ou valor controvertido for inferior a 60 salários mínimos, por se tratar o feito de mandado de segurança que possui legislação própria, constante do art. 12 da Lei 1.533/51, sendo aplicável o princípio da especialização. (REsp 786561, 2ª Turma, julgamento de 17.11.2005, DJ 06.02.2006).<sup>52</sup>

Em que pese a 1ª Turma entender pela aplicabilidade da regra<sup>53</sup> ao Mandado de Segurança, impõe-se abordar o entendimento esposado pelo Ministro Teori Albino Zavascki, que em vários julgados de sua relatoria, ao interpretar tal dispositivo legal, posicionou-se no sentido de que o parâmetro para se verificar é o valor da condenação ou do direito controvertido e não o valor da causa, sendo irrelevante o valor que tenha sido atribuído à causa. Em outras palavras, a definição do

---

52 Idêntica interpretação foi conferida pela 5ª Turma do STJ em reiterados julgados, a exemplo do REsp 595110, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, em julgamento de 15.12.2005, DJ 06.02.2006.

53 A exceção imposta pelo § 2º do art. 475, quanto ao cabimento do reexame necessário, aplica-se às sentenças em mandado de segurança. Precedente: REsp 687216/SP, Primeira Turma, Relator Min. José Delgado, julgamento de 17.02.2005, DJ de 18.04.2005.

cabimento ou não do reexame necessário leva em conta, não a petição inicial (ou o valor da causa nela constante), e sim a sentença.<sup>54</sup>

Frise-se que diante a divergência entre suas turmas, a 1ª Seção decidiu em julgamento de 13.02.2008 que a limitação ao reexame necessário prevista no art. 475, § 2º, do CPC (introduzida pela Lei 10.352/01), não é aplicável à sentença proferida em mandado de segurança.

PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – REEXAME NECESSÁRIO – ART. 475, § 2º, DO CPC – ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI Nº 10.352/01 – INAPLICABILIDADE – ART. 12, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 1.533/51 – PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE.

1. Não se aplica ao mandado de segurança o § 2º do art. 475 do CPC, inserido pela Lei 10.352/01, dispositivo que estabelece valor de alçada para exigir-se duplo grau de jurisdição.

2. A regra especial, contida no art. 12, parágrafo único, da Lei 1.533/51, prevalece sobre a disciplina genérica do Código de Processo Civil (art. 2º, § 2º, da LICC).

3. Embargos de divergência providos.

(EResp 647.717/SP, de relatoria da Min. Eliana Calmon, publicado no DJ de 25.02.2008)

Sem contar manifestação, no mesmo sentido, pela Corte Especial,<sup>55</sup> nos Embargos de Divergência no Recurso Especial – EREsp 687216, de relatoria do Ministro Castro Meira, em julgamento ocorrido em

---

54 “[...] 3. O parâmetro adotado, no citado parágrafo, para definir as hipóteses de não cabimento do reexame necessário não foi o valor da causa, mas o valor da condenação ou do direito controvertido, que há de ser (a) certo e (b) não excedente a sessenta salários mínimos. Trata-se de critério de natureza essencialmente econômica, não suscetível de ser aplicado às causas fundadas em direitos de outra natureza. Ademais, a aferição dos seus pressupostos é feita, não pelos elementos econômicos da demanda, e sim pelos que decorrem da sentença que a julga. [...]” (REsp 625219/SP e REsp 704.677)

55 A interpretação conferida pela 2ª Turma foi igualmente conferida pela 5ª Turma do STJ, em reiterados julgados, a exemplo do REsp 595110, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, em julgamento de 15.12.2005, DJ 06.02.2006.

04.06.2008, DJe de 04.08.2008 que, expressa e taxativamente assim se posicionou na ementa:

[...] 1. Nos termos do art. 12, parágrafo único, da Lei nº 1.533/51, a sentença concessiva de mandado de segurança fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, não se aplicando o art. 475 do CPC. 2. A despeito das alterações introduzidas pela Lei nº 10.352/01, que modificou o art. 475 do CPC, dando nova disciplina ao reexame necessário, há de ser aplicada a norma especial prevista no art. 12 da Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 1.533/51). [...] 5. Embargos de divergência providos.

Contudo, há que se registrar que o Ministro Teori Albino Zavascki (integrante da 1ª Turma), em processos<sup>56</sup> sob sua relatoria e posteriores à decisão da 1ª Seção, menciona, expressamente, em seus votos que adota a orientação, com a ressalva do seu ponto de vista pessoal, exposto no REsp 625.219/SP de relatoria do Ministro José Delgado, 1ª Turma, julgado em 14.09.2004, DJ 29.11.2004, a que nos referimos anteriormente.

Este é o quadro que se vivencia, vez que o dissenso só será pacificado após o apreço da Corte Especial do STJ, diante a divergência entre julgados da 1ª e 5ª Turmas, que julgará embargos opostos com tal finalidade, a exemplo do EREsp nº 600.596 de relatoria a cargo do Ministro Paulo Gallotti e do EREsp n.º 948.022 de relatoria a cargo do Ministro Gilson Dipp, ambos de interesse do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.<sup>57</sup>

A vigorar o entendimento esposado pelas Turmas da 3ª Seção é negar vigência a dispositivo legal processual. Oxalá, esta seja vencida, haja vista as decisões das turmas que integram a 1ª Seção se encontrarem em total congruência e harmonia com o direito processual civil.

## **6 RISCOS ADVINDOS DA BUSCA PRIORITÁRIA DA CELERIDADE PROCESSUAL EM DETRIMENTO DA SEGURANÇA JURÍDICA**

Muitos operadores do direito comungam de plano, com a

---

<sup>56</sup> REsp nº 924.286, julgado de 17.06.2008, DJ 26.06.2008.

<sup>57</sup> Inadmitidos os EREsp n.º 661.874 {ausência de similitude fática entre os acórdãos embargado (ação declaratória) e paradigma (ação condenatória)} e EREsp 710.504 (ausência cotejamento analítico – dissídio não configurado).

interpretação conferida pela 3ª Seção do STJ e, as razões da justificativa se atêm, com plena e total certeza, em ser um meio que garanta a celeridade da tramitação processual e, conseqüentemente, na efetiva entrega da tutela jurisdicional.

Os que pensam assim responsabilizam a existência do duplo grau de jurisdição, bem como as prerrogativas legais conferidas à Fazenda Pública<sup>58</sup>, como as principais causas da morosidade da *jurisdictio* do Estado. Com efeito, o instituto do reexame necessário ou mesmo os recursos voluntários não podem ser instrumentos de protelação da parte vencida em prejuízo da outra, consubstanciando-se, evidentemente, em ofensa ao devido processo legal, à segurança jurídica e o dever da atividade estatal em observar o princípio da eficiência.

E foi justamente nessa seara de raciocínio que o legislador inseriu por meio da Lei n.º 10.352/2001, os §§ 2º e 3º ao art. 275, do CPC. A celeridade processual – direito subjetivo – já podia ser extraída de cláusulas constitucionais que explicitam aqueles três princípios. Portanto, a modificação legal foi inovadora e fruto do clamor da sociedade brasileira por um serviço de Justiça rápido e eficiente que culminou, tempos depois, com a introdução do inciso LXXVIII, ao art. 5º da Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional n.º 45, de 2004.

De outra monta, no mesmo ano de 2001, por meio da Lei n.º 10.358, foi acrescido o inciso V e o parágrafo único ao art. 14, do CPC, como mecanismo garantidor de atendimento a estes princípios constitucionais. É bem verdade que a norma processual já havia propiciado ao Estado Juiz a aplicação de sanção, se uma das partes ou de seus procuradores violassem as condutas explicitadas nos arts. 14 a 17, na forma do art. 18. Trata-se dos deveres e obrigações processuais fundados nos princípios da moralidade e de probidade. Com a inovação passou-se a exigir o respeito às decisões do Poder Judiciário.

Portanto, se caracterizado nos autos judiciais a prática de atos protelatórios por uma das partes, tem o Estado Juiz o dever de aplicar a devida sanção. Jamais, contudo, legitimar interpretações equivocadas e ao arrepio do arcabouço processual civil, restringir instrumentos legalmente instituídos e, portanto, hábeis a promover a ampla defesa.

---

58 Garantias processuais diferenciadas, CPC: art. 20, § 4º; art. 188; art. 475; art. 730; art. 816, I; art. 928, dentre outros.

Ademais, não se apercebem que além dos possíveis prejuízos certamente acarretados à Fazenda Pública (prejuízos estes suportados por todos nós, vez que somos o próprio Estado), o *decisum* da 3ª Seção está a provocar a insegurança jurídica<sup>59</sup> a uma das partes jurisdicionadas. A Fazenda pública também o é!

A interpretação exclui o direito ao reexame necessário garantido pelo legislador. Este especificou, inclusive, o valor de alçada assim como o que vem a ser sentença condenatória ilíquida. Por conseguinte, fere o princípio do devido processo legal, na medida em que exclui um instrumento legal e legítimo ao negar vigência a um instituto processual devidamente positivado.

Igualmente, propicia um desprestígio aos princípios da celeridade e economia processual tão almejado pelos legisladores quando aprovaram a inserção dos §§ 2º e 3º, ao art. 475, do CPC. Cabe aos parlamentares – enquanto representantes do povo – elaborar as leis, missão cuja finalidade é possibilitar que as novas regras realmente ajudem a solucionar conflitos e não criar novos, sobrecarregando o Judiciário já assoberbado.

Isso porque, já cientes da divergência na interpretação conferida ao § 2º, do art. 475, CPC pelas 1ª e 3ª Seções do STJ, a Fazenda Pública ao ser citada nas causas cujo valor for fixado por estimativa ou mesmo naqueles casos famigerados “meramente para efeitos fiscais”, fatalmente, apresentará Impugnação ao Valor da Causa e, como se sabe, na prática este incidente gera mais um processo, garantia de ampla defesa e contraditório, decisão e possibilidade recursal de atingir-se até as instâncias máximas.

Ora, não há como antever o futuro, sendo apenas previsível a possibilidade de se obter uma decisão judicial que corrobora o posicionamento das turmas que integram a 3ª Seção do STJ. Sem contar, que nas demandas já em curso, pode-se suscitar a divergência jurisprudencial no recurso de apelação ou até mesmo na fase executória, caso, se apure por ocasião da liquidação, valor maior que o fixado. Por isso, não há como reduzir o conflito e contribuir com a celeridade da Justiça.

---

59 Entende-se por segurança jurídica o direito à inalterabilidade de dada situação até esgotar o devido processo legal: cognição exauriente, contraditório e ampla defesa, utilizando-se para tanto, todos os instrumentos processuais legalmente previstos.

Por outro lado, acaso a Corte Especial do STJ, confira interpretação harmônica com a lei processual vigente, em homenagem ao princípio do devido processo legal e à segurança jurídica, a Fazenda Pública, por dever de ofício, adotará medidas imediatas para rescindir as decisões proferidas pelas turmas que compõem a 3ª Seção, independentemente da fase processual que se encontrar o processo judicial.

Se já na fase de execução e, constatada na liquidação, valores acima do especificado como alçada, suscitar-se-á controvérsias quanto à eficácia da sentença, vez que não teria ocorrido o trânsito em julgado e, portanto, inexistência de título executivo. Há possibilidade, inclusive, de ser suscitada a relativização da coisa julgada, caso o valor da causa se demonstre vultoso. Sem contar a possibilidade de propositura da Ação Rescisória, ainda que discutível a hipótese do inciso V, art. 485, do CPC. Certo é que o deslinde estará, novamente, a cargo do judiciário que, fatalmente, será agraciado com milhares de processos e se sujeitará à apreciação de debates acirrados sobre nulidade, preclusão e/ou coisa julgada e, posteriormente, quiçá, o reexame da *vxatio quaestio* de direito material objeto da pretensão.

E, o pior, vencedora a tese da 3ª Seção, obter-se-á o êxito do pensamento contemporâneo na execração do Estado, representado pela Fazenda Pública nos três níveis: União, Estados/DF e Municípios, pois passar-se-á a vê-lo como pessoa jurídica qualquer, mera parte tal qual os demais que integram uma lide. Abandonando-se de vez a relevância pública que se reveste suas demandas. Não é o ser: Estado quem desprestigia o ordenamento jurídico e, sim, quem os representa. Se existiram ou existem maus governantes são estes os responsáveis. Além disso, não são as prerrogativas processuais conferidas à Fazenda Pública que tornam o processo moroso, mas sim o pagamento dos precatórios que estão a cargo daqueles.

E, mais, quanto ao efetivo cumprimento da tutela jurisdicional, entre particulares, se vê a mesma morosidade. Basta ver as várias reformas processuais com vistas a corrigir tal imperfeição.

Calmon de Passos ao analisar o art. 475-J, formula um questionamento e se posiciona taxativamente:

Porque os reformadores são profundamente interessados na celeridade do processo e em sua efetividade, o retardamento do

credor não prejudicará, antes ele lucrará com a atualização dos dez por cento com que foi agraciado. Dirão os que têm má vontade: qual a razão deste tratamento não isonômico? Para mim é muito claro: em nosso sistema processual “novo” o réu é um sujeito execrável. Ele retarda desnecessariamente o término do processo, sobrecarregando o Judiciário.<sup>60</sup>

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são pessoas jurídicas diferenciadas. Sua concepção foi fundamentada na promoção do bem comum. Este é o verdadeiro sentido do interesse público. Seus interesses se sobrepõem aos interesses individuais. O que está em jogo é de interesse de todos que integram esta Nação. E, não fere de forma alguma o princípio da isonomia, vez que há muito a Corte Suprema já se posicionou no sentido de tratar os desiguais de forma diferenciada. Porém, ao que tudo indica, acertada a fala de Calmon de Passos, infelizmente, já que na maior parte das vezes, figura como Ré!

Esperemos, por fim, que a interpretação conferida pela 1ª Seção seja a vencedora, não só porque é a melhor a ser extraída da lei positiva, mas porque tornará possível a pretendida celeridade processual e prestação jurisdicional, além de evitar desnecessário abalo à segurança jurídica.

## 7 CONCLUSÃO

Qual será a medida mais célere? Seria este o questionamento ideal? Deveria ser: qual é a mais acertada à luz do ordenamento jurídico vigente? Será certo permitir que um princípio se sobreponha a outros dois? Num Estado Democrático, certamente, se relevará o devido processo legal porque só assim se estabelece a segurança jurídica, eis que a celeridade e eficiência não podem ser consideradas como valores absolutos.

Ora, quis o legislador ordinário (no exercício da representação que lhe foi conferida pelo povo) conceder a prerrogativa à Fazenda Pública, mantendo o instituto do reexame necessário, limitando, contudo, esta faculdade em duas situações – valor de alçada e interpretação jurisprudencial pacificada.

---

60 PASSOS, op. cit., p. 8.

Por outro lado, igualmente, há previsão na legislação processual quanto às sentenças condenatórias ilíquidas. Logo, não faz sentido, negar vigência ao comando devidamente positivado, apresentando como justificativa do ato judicial, o respeito a uma maior celeridade processual e eficiência jurisdicional. Porque, ao conferir interpretação equivocada a uma expressão, a jurisprudência substituiu o legislativo, pois restringiu ainda mais o alcance do art. 275, § 2º, do CPC. E não o poderia fazê-lo porque não havia omissão. Não se trata aqui da roupagem inovadora denominada de judicialização.

Ao apresentar o Projeto de Lei nº 3.474/00, transformado na Lei nº 10.352/2001, a União, representada pelo então Ministro de Estado da Justiça, Senhor José Gregori, assim justificou as inovações quanto ao reexame necessário:

Não obstante objeções de ordem doutrinária, ainda se apresenta conveniente manter, no sistema processual brasileiro, o reexame necessário também impropriamente denominado “recurso de ofício”, *tendo em vista melhor preservar os interesses do erário, tutelando patrimônio que é, em última análise, de todos os cidadãos*. Todavia, a bem da eficiência do processo algumas alterações são alvitradas a fim de: [...] c) eliminar o reexame nas causas de valor não excedente a quarenta salários mínimos, nas quais eventual defesa do erário não compensa a demora e a redobrada atividade procedimental que o reexame necessariamente impõe, sobrecarregando os tribunais *Os descabros contra o erário acontecem, isto sim, nas demandas de grande valor*. [...] <sup>61</sup>

Basta acessar o sitio da Câmara dos Deputados e se constatará que os pronunciamentos foram favoráveis a manutenção do reexame necessário e suas duas limitações: “A medida é meritória porquanto desafoga os tribunais de questões que, pelo valor reduzido em questão, não justificaria, em sede de recurso obrigatório, a mobilização da máquina judiciária.” <sup>62</sup>

Com efeito, o reexame obrigatório além ser instituto legalmente previsto, se faz necessário, pela própria natureza que envolve - matéria pública e de interesse e repercussão coletiva, e, portanto não pode ficar

61 Dados extraídos, em 21.10.2008, do sítio: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes>

62 Dados extraídos do parecer proferido Deputado Federal José Roberto Batochio, Relator. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/4214.pdf>. Acesso em: 21 out. 2008.

a mercê de possível falha humana, a qual está jungida qualquer ser humano, seja ele ocupante de cargo de Procurador, Promotor ou Juiz Singular.

Registra-se que inexistente intenção de omitir-se quanto às perdas de prazos pela Fazenda Pública. No entanto, ocorrem sim, equívocos na interpretação da lei a ser aplicada à pretensão almejada e, este pode ser cometido pelas partes que integram a lide, inclusive o julgador. Não se trata, também, de desprestigiar o magistrado de 1º Grau e relevar instâncias superiores. E, sim, possibilitar que a pretensão seja objeto de análise profunda não apenas por um único saber, mas propiciar maior debate e reflexão sobre a melhor exegese, até mesmo, entre os membros do órgão colegiado.

Diante o altíssimo número de demandas judiciais em tribunais, não se pode desconhecer, que a essência de tal afirmativa é frágil, frente aos vários julgamentos de “processos em blocos” quando há identidade de direito material ou processual. Seria hipocrisia não mencionar a realidade dos fatos.

Se na prática o princípio do duplo grau de jurisdição, quer voluntário, quer o obrigatório, está caminhando em descompasso, fácil é responsabilizar tal instituto. Mas será ele mesmo? É que na verdade, hoje, muitos buscam, por meio dos recursos, o que julga ser-lhe de direito e outros, porém não poucos, buscam procrastinar a entrega do direito de outrem. Todavia, e os demais fatores que são peculiares à estrutura da Justiça Brasileira, tais como, número escasso de juízes, de servidores, burocracia excessiva etc. não contam? E o exercício da cidadania pós Carta Magna de 1998 que valorizou os direitos sociais e individuais também não contam? Independentemente da situação, negar o direito de revisão, de controle de um ato, é extremamente temerário, porque totalmente antidemocrático.

Ao prever a revisão de decisões judiciais, pretenderam os legisladores afastarem a possibilidade de o autoritarismo acometer os juízes, pois sem o referido instituto, estes ficariam imbuídos da certeza de que suas decisões seriam imutáveis, o que desviaria o principal escopo da jurisdição, que é promover a pacificação social, a justiça e a ordem pública de maneira imparcial.

Assemelha-se temerário até à própria segurança jurídica, pois esta existe para que a Justiça, finalidade maior do Direito, se concretize. O Direito estar positivado constitui um vetor da segurança jurídica, vez ser necessário ter-se em mente que os cidadãos têm que ter convicção de que determinadas relações ou situações jurídicas não serão modificadas por motivos circunstanciais e, tal posicionamento alcança, inclusive, a Fazenda Pública.

No mais, como explicitado anteriormente, em ocorrendo condutas que afrontam a norma processual, encontra-se o Estado Juiz devidamente autorizado a aplicar sanções como medida inibitória, bastando, para tanto, determiná-las.

## 8 REFERÊNCIAS

BARROS, Clemilton da Silva. *Considerações Prognósticas do Reexame Necessário no Processo Civil Brasileiro*. DF, Revista AGU n.º 69, Out/2007. Disponível em: <[http://www.escola.agu.gov.br/revista/ano\\_VI\\_\\_outubro/2007/consideracoesprognosticas\\_Clemiltondasilva.pdf](http://www.escola.agu.gov.br/revista/ano_VI__outubro/2007/consideracoesprognosticas_Clemiltondasilva.pdf)>

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *A sentença ilíquida e o art. 459, parág. único, do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Revista Forense, RF n.º 251/1975, p. 64-69.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 4 ed. rev. amp. e atual, São Paulo: Dialética, 2006.

DIDIER Jr, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 4 ed. (2ª tiragem), vol. 3, Bahia: Podivm, 2007.

GOMES Jr., Luiz Manoel. *A remessa obrigatória e as modificações originárias da Lei n.º 10.352/01*. in Linhas Mestras do Processo Civil. Comemoração dos 30 anos de vigência do CPC. Coordenadores: Dinamarco, Pedro da Silva; Costa, Hélio Rubens Batista Ribeiro e Ribeiro, José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro, São Paulo: Atlas, 2004, Capítulo 20.

- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Novo Processo Civil Brasileiro*. 22 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- PASSOS, J.J. Calmon. A Lei n.º 11.232, de 22 de dezembro de 2005. *Questionamentos e Perplexidades. (A montanha que pariu um rato)*. Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba. Editor: 09/10/06. Disponível em: <[http://www.esmat13.com.br/art\\_normal.php?id.notici+692](http://www.esmat13.com.br/art_normal.php?id.notici+692)>
- PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual de Fazenda Pública em Juízo*. 2 ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil. Processo de Conhecimento 1*, 12. ed. ver. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- SIQUEIRA, Vitor Chaves. *O valor da causa e seus reflexos no Processo Civil*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG. Artigo inserido no sitio em 21.02.2007. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1762>>. Acesso em: 18 jun.2008.
- ZAVASCKI, Teori Albino. Sentenças Declaratórias, Sentenças Condenatórias e Eficácia Executiva dos Julgados. In *Leituras Complementares de Processo Civil*. Organizador: Fredie Didier Jr., 5 ed. rev e amp. Bahia: Podium, 2007.

# A ARBITRAGEM E SUA UTILIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

*Erico Ferrari Nogueira  
Advogado da União  
Coordenador de Licitação e  
Contratos da Consultoria Jurídica do MTE*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conceito de Arbitragem; 1 Breves anotações sobre arbitragem; 2.1 Sua constitucionalidade; 2.2 Aspectos processuais da arbitragem; 3 Possibilidade de utilização pela Administração Pública; 3 Conclusão; 5 Referências.

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo geral ilustrar, mesmo que sucintamente, acerca do tema, tentando com intuito mais específico de dirimir dúvidas a respeito do assunto, bem como fomentar discussões jurídicas com o claro propósito de dilatar a utilização desse instrumento eficaz, mas ainda pouco utilizado. Os tópicos desenvolvidos no presente artigo focalizam, essencialmente, a explanação acerca da arbitragem; seus requisitos legais; sua constitucionalidade; a possibilidade de aplicação perante a Administração Pública, sobretudo em seus contratos, sempre à luz do direito posto, da doutrina e da jurisprudência; por fim, apresenta-se a conclusão que entendemos ser a mais adequada.

**PALAVRA-CHAVE:** Composição de Litígios. Arbitragem. Constitucionalidade. Administração Pública. Ajustes da Administração.

## INTRODUÇÃO

Diante da chamada crise do judiciário, marcada pela morosidade e inefetividade, é crescente a busca por instrumentos alternativos de resolução de conflitos, sendo o instituto da arbitragem um dos mais eficazes.

Não obstante sua concretude é incomum sua utilização, sobretudo no âmbito do direito público, o qual possui algumas peculiaridades não observadas no direito privado, sobretudo em face dos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público.

Para tanto, este breve artigo busca examinar a questão da arbitragem à luz do direito posto e seu processo evolutivo, da doutrina e da jurisprudência, sempre com uma visão crítica própria da dialética jurídica.

### 1 CONCEITO DE ARBITRAGEM

A Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, apesar de não conceituar tal instituto, estabeleceu em seu artigo 1º que as pessoas com capacidade para contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Desse modo, estabeleceu-se dois requisitos básicos para a viabilidade da utilização da arbitragem: ser pessoa capaz e o direito em jogo seja patrimonial disponível.<sup>1</sup>

Sem embargo, a doutrina<sup>2</sup> costuma definir arbitragem como sendo o instrumento alternativo por meio do qual as pessoas dirimem seus conflitos de interesses fora do âmbito judicial.

### 2 BREVES ANOTAÇÕES SOBRE A ARBITRAGEM

#### 2.1 SUA CONSTITUCIONALIDADE

Diante da referida Lei estabeleceu-se que o árbitro funcionaria

---

1 GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 313: "Dispor direitos patrimoniais significa transferi-los a terceiro, ou seja, direitos patrimoniais disponíveis são os que podem ser alienados."

2 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 854.

como um juiz de fato e de direito e suas decisões não ficariam sujeitas a homologação do Poder Judiciário. A arbitragem, então, passou a ser considerada uma verdadeira atividade jurisdicional. Em decorrência deste fato, entendeu-se que tal norma conflitaria com o monopólio judicial do Estado e que estaria ferindo o texto constitucional face ao direito de acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), ao juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII, da Constituição Federal), à ampla defesa e à dupla instância de julgamento (art. 5º, LV, da Constituição Federal).

No entanto, o Supremo Tribunal Federal<sup>3</sup> entendeu pela sua constitucionalidade, pois além da Constituição Federal não assegurar o duplo grau de jurisdição, a arbitragem só é cabível quando as partes forem capazes e os interesses forem disponíveis, não havendo ofensa ao princípio da inafastabilidade de jurisdição. Outrossim, a jurisdição é atividade típica de Estado, mas não exclusiva do Estado. Com efeito, o Poder Legislativo também exerce jurisdição através do Senado, nos casos do artigo 52, I e II, da Constituição Federal. Neste caso, a decisão não poderá ser revista pelo Judiciário. Além disso, o fato de o julgamento ser presidido pelo Presidente do STF não afasta a circunstância de que são os senadores que estão julgando a questão.

Para o Supremo, então, a Lei da arbitragem é constitucional, uma vez que representa uma faculdade de uma parte absolutamente capaz acerca de um direito disponível, salvo quando houver hipossuficiência de uma parte perante a outra, oportunidade em que se deve exigir anuência expressa das partes, de modo a não configurar imposição de renúncia à via judicial.

## 2.2 ASPECTOS PROCESSUAIS DA ARBITRAGEM

De acordo com o artigo 31, Lei nº 9.307, de 1996, a sentença arbitral produz, entre as partes, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo. Em face desse dispositivo a doutrina costuma afirmar que a sentença arbitral é proferida em única instância, e não está submetida a recurso, quanto ao mérito, ao Poder Judiciário. Destarte, o fato de a referida Lei assegurar que a sentença arbitral produz os mesmos efeitos

---

<sup>3</sup> STF: Tribunal Pleno. SE-AgR 5206/EP – ESPANHA, AG. REG. NA SENTENÇA ESTRANGEIRA, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgamento: 12/12/2001.

da sentença judicial e que se trata de título executivo judicial, a nosso ver justifica a alteração do Código de Processo Civil (art. 267, VII), indicando aos juízes a extinguir o processo, sem resolução do mérito, quando se pretender discutir o mérito já resolvido ou a ser resolvido em arbitragem.

Sob essa ótica, não fosse assim, a convenção arbitral merecia ser inserida no artigo 269 do CPC (extinção do processo, com resolução de mérito), pois a decisão arbitral resolve o mérito discutido.

Então, da Lei nº 9.307, de 1996, pode-se depreender que a decisão arbitral vale como decisão judicial. A sistematização das normas corrobora com tal afirmação, tanto é que o recente artigo 475-N do CPC estabeleceu que a sentença arbitral é considerada título executivo judicial. Assim, em caso de descumprimento da sentença arbitral, poderá ser executada, no judiciário, como título executivo judicial equiparado à sentença judicial. Do mesmo modo, a parte interessada poderá pleitear a órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, em casos de ocorrência de vícios processuais. Não obstante, o próprio STF<sup>4</sup> já decidiu que é legítima a cláusula de irrecorribilidade de sentença arbitral, não ofendendo a norma constitucional.

Quanto à eventual distinção entre convenção de arbitragem e compromisso arbitral, estabelecida pelos artigos 4º e 9º da Lei nº 9.307, de 1996, cumpre registrar que o Supremo não os distinguiu, exigiu apenas que se caracterize o exercício da faculdade das partes.

Não se tem admitido a arbitragem em causas penais<sup>5</sup>. Nos litígios trabalhistas, a Constituição Federal, no seu artigo 114, aceita a possibilidade de utilização do instituto. Entretanto, não obstante alguns dispositivos infraconstitucionais prevendo a arbitragem no âmbito laboral (§ 1º do artigo 23 da lei 8.630, de 1993 e o inciso XI do artigo 83 da Lei Complementar nº 75, de 1993), a doutrina especializada<sup>6</sup> e a jurisprudência<sup>7</sup> admitem a utilização apenas às causas que versem

4 Agravo de instrumento nº 52.181-GB, Rel. Min. Bilac Pinto. RTJ 68/382.

5 DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 8 ed. Salvador: Jus Podivm, 2007. p. 70-71.

6 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5 ed. São Paulo: LTR, 2006. p. 1.450-1.453.

7 Disponível em: <[http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/no\\_noticias.Exibe\\_Noticia?p\\_cod\\_noticia=9114&p\\_cod\\_area\\_noticia=ASCS](http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=9114&p_cod_area_noticia=ASCS)>. Acesso em: 13 abr 2009.

sobre direito coletivo, não acolhendo às demandas individuais, em face do princípio da indisponibilidade de direito.

Por derradeiro, referente às chamadas constitutivas necessárias, aquelas ditadas pelo artigo 92 do Código de Processo Civil, cumpre também ressaltar que, por expressa previsão legal, só podem ser exclusivamente processadas e julgadas pelo Poder Judiciário, sendo incabível a arbitragem, pois os direitos tutelados são indisponíveis.

### 3 POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Questão tormentosa é perquirir acerca da possibilidade de utilização de meio alternativo de solução de controvérsias para dirimir demandas na Administração Pública que não por via judicial.

A discussão sobre a viabilidade jurídica de a Administração submeter-se a arbitragem, pela regra geral, deve-se restringir a resolver litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis<sup>8</sup>.

Delicado, nesse contexto, é desvendar o real sentido da expressão jurídica “direitos patrimoniais disponíveis”, a qual se alinha ao que se convencionou denominar “conceito jurídico indeterminado”. Não bastasse a dificuldade conceitual de “direitos patrimoniais disponíveis”, cabe enfrentar a questão acerca da existência desses direitos na atuação da Administração Pública.

A visão clássica do Direito Administrativo concebe a atuação estatal a partir do interesse público, o qual é indisponível e pertence à coletividade, não ao Estado. O eixo condutor dessa orientação doutrinária prende-se aos princípios da supremacia do interesse público e da legalidade. Segundo essa linha de raciocínio, toda a atuação da Administração revela manifestação de interesse público não disponível, o que inviabilizaria a adoção da arbitragem em litígios travados entre o ente público e os particulares. Esse, inclusive, é o entendimento do Tribunal de Contas da União<sup>9</sup>, a saber:

9. Acerca do tema, impende destacar que com a prolação do Acórdão nº 537/2006-TCU-2ª Câmara restou assentada a ilegalidade da

---

8 Artigo 1º, da Lei 9.307, de 1996: As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

9 Acórdão 1.099/2006 - Plenário, publicada no DOU de 10.07.2006

previsão, em contrato administrativo, da adoção de juízo arbitral para a solução de conflitos.

[...]

Examinadas as razões apresentadas pelos recorrentes, consoante transcrito no relatório que precede a este Voto, manifesto-me inteiramente de acordo com o posicionamento defendido pela Secretaria de Recursos, no sentido de que não existe amparo legal para a adoção de juízo arbitral nos contratos administrativos [...]

Esse entendimento coaduna-se com o juízo firmado na Decisão nº 286/1993-Plenário, proferida por esta Corte de Contas em sede de consulta formulada pelo Exmo. Sr. Ministro de Minas e Energia. Naquela oportunidade, o Tribunal manifestou-se no sentido de que 'o juízo arbitral é inadmissível em contratos administrativos, por falta de expressa autorização legal e por contrariedade a princípios básicos de direito público (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação e à respectiva proposta vencedora, entre outros)'.<sup>1</sup>

Como bem ressaltado pela instrução da Unidade Técnica especializada, corroborada pela manifestação do Ministério Público, a Lei nº 9.307/1996, que dispõe de modo geral sobre a arbitragem, não supre a necessária autorização legal específica para que possa ser adotado o juízo arbitral nos contratos celebrados.

[...]

Portanto, não havendo amparo legal para a previsão do instituto da arbitragem, e tratando-se de direitos patrimoniais indisponíveis, não há como tolerar a manutenção da cláusula 47 nos contratos celebrados, sendo adequada a determinação de celebração de termo aditivo para sua exclusão.

### **Acórdão**

[...]

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

[...]

9.2. determinar ao Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT que, em futuros procedimentos licitatórios, abstenha-se de incluir cláusulas editalícias e contratuais prevendo a adoção do juízo arbitral para a resolução de eventuais conflitos, a exemplo dos itens 24 a 26 do Aviso de Licitação nº 396/2000, ante a ausência de previsão legal e à afronta a princípios de direito público;

Fato é, entretanto, que, desde então, houve uma sucessão contínua de alterações legislativas no direito brasileiro em favor da busca de meios alternativos para solução de controvérsias havidas em relações jurídicas travadas entre particulares e entre esses e a Administração Pública. À Lei de Arbitragem, adicionaram-se outros diplomas legislativos, os quais adotam uso da arbitragem pela Administração Pública. Nesse passo, vale considerar os seguintes dispositivos legais, dispostos em especial, pela Administração Pública no direito brasileiro, dispostos em ordem cronológica:

*Lei nº 9.472*, de 16 de julho de 1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e cria a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações):

Art. 93. O contrato de concessão indicará:

XV – o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais.

*Lei nº 9.478*, de 6 de agosto de 1997, que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional e Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo (ANP):

Art. 43 O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais:

X- as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional;

*Lei nº 10.233*, de 5 de junho de 2001 que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas Públicas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes:

Art. 35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais as relativas a:

XVI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive conciliação e arbitragem;

*Lei nº 11.079*, de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública:

Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da *Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*, podendo ainda prever:

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

*Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, com redação dada pela *Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005*:

Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no

Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Da análise da evolução legislativa, pode-se vislumbrar a aceitação crescente da adoção da arbitragem e outros meios de solução de litígios pela Administração Pública. Não é só. Cumpre ressaltar que as matérias submetidas a solução na via arbitral versam sobre concessão e execução de serviços públicos, atividades próprias do Estado.

A possibilidade conferida por lei para adoção da arbitragem como forma de solução de conflitos, nesse passo, indica o sentido da evolução do direito administrativo brasileiro como favorável à solução célere e eficaz de conflitos pela via consensual. Isso, aliás, com clara flexibilização do rigor do princípio da indisponibilidade do interesse público na versão da doutrina clássica. Com isso, rompe-se com a visão estreita da relação de verticalidade entre a Administração Pública e os particulares de modo a acolher a existência de relações jurídicas horizontais.

Se em outros tempos a atuação do Estado em igualdade de condições com o particular era inconcebível, à luz da interpretação dos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público, tal não ocorre nos dias atuais, em que a existência de prerrogativas especiais do Estado em face do particular somente se faz legítima nos casos em que há justa razão para tanto. Por esse motivo é que as ditas *cláusulas exorbitantes conferem prerrogativas e não privilégios do Estado*.

Marçal Justen Filho<sup>10</sup>, ao debater acerca da publicidade de um interesse, afirma que este deixa de ser privado quando sua satisfação não puder ser objeto de transigência, ou seja, um interesse é público por ser indisponível, por não admitir riscos para sua realização.

Nesse passo, cabe, ainda, consignar que a natureza da relação jurídica subjacente não é, entretanto, suficiente para caracterizar a existência ou não de interesse público, ou seja, o interesse público não decorre exatamente da natureza pública ou privada das relações jurídicas que lhes são subjacentes, mas de sua importância para a sociedade, para o Estado Social, da circunstância de versarem *questões de ordem pública*,

---

10 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

indispensáveis para a preservação do bem comum e da estabilidade das relações sociais.

Na prática de contratos tipicamente privados, em oposição aos contratos tipicamente administrativos, é perfeitamente viável a utilização de convenção de arbitragem nos contratos firmados com a Administração Pública. Nesse sentido, tem entendido possível o TCU<sup>11</sup>, *in verbis*:

40. Quanto à manutenção ou não da cláusula arbitral nos contratos de concessão alinhamos o nosso entendimento com o exarado na Decisão nº 188/95-TCU/Plenário, considerando válida a possibilidade da utilização do juízo arbitral desde que não se inclua na parte de arbitragem situações (cláusulas) que não observem estritamente o princípio da legalidade e da indisponibilidade do interesse público. Embora essa decisão do Tribunal de Contas seja anterior à publicação da Lei da Arbitragem, revestiu-se de sabedoria ao não anular definitivamente a possibilidade do juízo arbitral, quando porventura existirem nos contratos de concessões situações em que seja possível utilizar-se da arbitragem - notadamente *quando a Administração se iguala ao particular*, ou no caso de haver uma futura previsão legal nesse sentido.(grifo nosso)

Por outro lado, se o Estado age como representante da coletividade em causas de utilidade pública, com prevalência de seu poder político, - manifestando puro ato de *jure imperii* - não há que se falar em possibilidade de transação relativa ao objeto da causa, aplicando-se, portanto, o ordenamento legal de direito público, não havendo possibilidade de utilização de convenção de arbitragem, consoante já delineado mediante entendimento transcrito acima.

No entanto, parte da doutrina sustenta a legalidade da submissão do Poder Público ao juízo arbitral, calcado em precedente do E. STF<sup>12</sup>, no sentido de que não existe qualquer razão que inviabilize o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado. Tal decisão reconheceu especificamente “a legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda.”

11 Acórdão 391/2008 – Plenário, publicado 14.3.2008.

12 Agravo de instrumento nº 52.181-GB, Rel. Min. Bilac Pinto. RTJ 68/382.

Deveras, há quem entenda que não é qualquer direito público aplicável na via arbitral, mas somente aqueles “disponíveis”. Nessa linha de pensamento, cumpre registrar a posição doutrinária no sentido de que não se transige o direito público indisponível, mas apenas as suas consequências patrimoniais. Nessa esteira, essa corrente<sup>13</sup> ensina que a arbitragem pode ser adotada em situações nas quais seja predominante o aspecto de patrimonialidade, com incidência de indisponibilidade relativa. A saber:

Questão que tem desafiado a argúcia dos estudiosos, em dias atuais, consiste em saber se pode a Administração valer-se da arbitragem para a solução de alguns conflitos de natureza patrimonial, em virtude dos princípios da legalidade e da indisponibilidade dos bens públicos.

Não há dúvida de que o Estado há de ter cautela redobrada no que tange ao emprego dos recursos públicos, visto que estes se originam, em última instância, dos integrantes da coletividade. Entretanto, o sentido moderno do princípio da legalidade não implica a vedação para que o Estado celebre transações, sobretudo quando é a própria lei que o estabelece. Por outro lado, a indisponibilidade dos bens públicos significa apenas que o Poder Público não pode disponibilizar seus recursos com total liberdade, como o fazem os particulares em geral, mas, por outro lado, nada impede que os empregue dentro de parâmetros de necessidade, utilidade e razoabilidade, até porque semelhante atividade se configura como *gestão* dos interesses públicos, o que não se confunde com indisponibilidade.

Desse modo, conquanto seja vedada para algumas condutas que importem o exercício de poder de império ou a autoridade pública (*ius imperli*), a arbitragem pode ser adotada em situações nas quais seja predominante o aspecto de patrimonialidade, com incidência de indisponibilidade relativa. É o caso, por exemplo, de cláusulas financeiras em contratos celebrados pela Administração, sejam privados, sejam administrativa.

Já o Ministro Eros Grau<sup>14</sup>, com visão crítica que lhe é peculiar, afirma que os argumentos em favor e contra a adoção da arbitragem

---

13 CARVALHO FILHO, op. cit, p. 855

14 GRAU, op. cit. p, 303-314.

geralmente não atingem o núcleo central da questão. Para o doutrinador três fatores devem ser destacados: a arbitragem não encerra jurisdição, apenas previne; a noção equivocada de contratos administrativos, de forma que não há distinção entre contrato privado da Administração e contrato puramente administrativo, não existindo, segundo a Constituição Federal, o chamado regime jurídico próprio dos contratos administrativos; e o entendimento de que não se pode confundir “disponibilidade de direitos patrimoniais” e “indisponibilidade do interesse público”. Para o autor, não há correlação entre os dois. Assim, sempre que a Administração contrata (o que necessariamente importa em disponibilidade de direito patrimonial) poder-se-á convencionar cláusula arbitral, sem que isso importe em disposição do interesse público.

Assim, é razoável entender possível a arbitragem, mesmo em contratos administrativos, pois neste instituto predomina o aspecto patrimonial. Ademais, ao utilizar o instituto da arbitragem, a Administração aplicará o verdadeiro interesse público, o chamado interesse primário, o qual não seria atendido se, podendo adotar a via do juízo arbitral, optasse pela dispendiosa e morosa judicialização para solucionar controvérsias meramente secundárias. Tal interpretação, a nosso ver, harmoniza o princípio da indisponibilidade do interesse público com a arbitragem no direito positivo brasileiro.

Sem prejuízo ao exposto, cumpre lembrar que recentemente foi disciplinada a adoção da arbitragem nos ajustes da Administração Pública Federal, mediante as Portaria AGU nº 1.281, de 27 de setembro de 2007, que dispôs sobre o deslinde, em sede administrativa, de controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, no âmbito da Advocacia-Geral da União.

Após a edição da referida Portaria, eventuais controvérsias jurídicas, em sede administrativa, entre órgãos e entidades da Administração Federal, poderão se fazer por meio de conciliação ou arbitramento, no âmbito da Advocacia-Geral da União, através da recém criada Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, ou outros órgãos desde que determinado pelo Advogado-Geral da União ou o Consultor-Geral da União.

Pela dicção do referido normativo, infere-se que, em primeiro lugar, deve-se envidar todos os esforços para uma solução mais pacífica,

que é a conciliação, no entanto, não sendo possível, a Consultoria-Geral da União, quando cabível, elaborará parecer para dirimir a controvérsia, submetendo-o ao Advogado-Geral da União, nos termos dos artigos 40 e 41 da, Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o qual, se adotado, vinculará toda a Administração Pública Federal. Este parecer, na prática, valerá como decisão arbitral.

A eficácia desse novo sistema foi recentemente confirmada pelo próprio Superior Tribunal de Justiça<sup>15</sup> que, no início de 2009, extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, considerando a perda do objeto, em face de realização de conciliação realizada pelo CCAF em um caso que questionava conflito entre órgãos federais.

Assim, recomenda-se, nos ajustes entre órgãos e entidades da Administração Federal, a inclusão de cláusula que submeta eventual deslinde a resolução de conflito por meio dos institutos da conciliação e/ou da arbitragem. Até porque, a recente Portaria Interministerial MPOG nº 127, de 29 de maio de 2008, que regulamentou o Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, que dispôs sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, previu no inciso XIX do seu artigo 30, como cláusulas necessárias, a indicação do foro para dirimir as dúvidas decorrentes da execução dos convênios, contratos ou instrumentos congêneres, estabelecendo a obrigatoriedade da prévia tentativa de solução administrativa com a participação da Advocacia-Geral da União, em caso de os partícipes ou contratantes serem da esfera federal, administração direta ou indireta.

Ressalte-se, ainda, que nada impede a inserção de cláusula similar nos ajustes firmados pela Administração com entes privados. Tal diligência não ofende o texto constitucional como, inclusive, decidira a Corte Superior.

Por derradeiro, cumpre registrar que, em controvérsias internacionais, para se reconhecer ou executar a decisão arbitral, deve-se submeter à homologação pelo Supremo Tribunal Federal, conforme o disposto no artigo 35 da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 1996).

---

15 Disponível em:

<[http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=80834&id\\_site=3](http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=80834&id_site=3)>. Acesso em: 8 abr. 2009.

#### 4 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto pode-se depreender que o instituto da arbitragem é meio constitucional de resolução de conflitos, equiparada a decisão judicial, relativo a direitos patrimoniais disponíveis entre pessoas capazes.

Quanto ao seu emprego na e pela Administração Pública é certo que mesmo após as previsões legais prevendo a aplicação da arbitragem, ainda há quem entenda pela sua impossibilidade, mormente em contratos administrativos.

Felizmente, para o STF, a instituição de cláusula arbitral é perfeitamente aplicável na Administração Pública, sendo que parte da doutrina comunga deste entendimento, essencialmente quando predomina o aspecto patrimonial, ou seja, quando envolve direito patrimonial disponível.

Portanto, não é só possível como também recomendável a utilização deste expediente, sobretudo diante da regulamentação da Advocacia-Geral da União, que avançou, neste particular, sem se olvidar, é claro, dos aspectos do direito positivado no ordenamento jurídico, pois além de desafogar o judiciário, garante celeridade e efetividade aos conflitos, privilegiando o verdadeiro interesse público.

Certo de que não encerrada a presente discussão, finalizamos este breve artigo acreditando que auxiliará no fomento de um exame mais aprofundado sobre o tema, com uma maior reflexão e debate sobre o assunto.

#### 5 REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2006.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podium, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1996.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2003.

## DOCUMENTOS JURÍDICOS

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

BRASIL. Presidência da República. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.

BRASIL. Presidência da República. Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, que instituiu a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e cria a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações).

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional e Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo (ANP).

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001 que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas Públicas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, Terrestres, a Agência Nacional

de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, com redação dada pela Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, que dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. Advocacia-Geral da União. Portaria nº 1.281, de 27 de setembro de 2007, dispõe sobre o deslinde, em sede administrativa, de controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, no âmbito da Advocacia-Geral da União.



# DIRIGISMO E COMUNITARISMO NO PROCESSO CONSTITUINTE BRASILEIRO: CONSIDERAÇÕES SOBRE A OPÇÃO PELO ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE DIREITO

*Flávia Santiago Lima  
Advogada da União,  
Doutoranda em Direito - UFPE*

SUMÁRIO: 1 Notas para o debate: participação democrática x projeto interventor constitucional; 2 Diversidade de grupos políticos e soluções de compromisso na Assembléia Constituinte; 3 Constituição Dirigente e condicionamento jurídico das relações sociais: aspectos gerais da obra de JJ. Gomes Canotilho; 4 Da manutenção do marco teórico como parâmetro interpretativo da CF-88; 5 Abertura democrática e comunitarismo: a centralidade dos valores da igualdade e da dignidade humana; 6 Legitimidade constitucional e abertura hermenêutica: notas sobre a “comunidade de intérpretes” na metodologia de Peter Häberle; 7 Os instrumentos jurídicos de participação popular na interpretação da CF-88; 8 Conclusões: do necessário reconhecimento das perspectivas comunitária e dirigente na Constituição de 1988

**RESUMO:** O presente artigo pretende analisar as condições de interação entre os instrumentos de participação democrática e a pretensão de intervenção nas relações econômicas e sociais. Para tal fim, serão expostos os marcos teóricos que influenciaram e que persistem como vetor interpretativo da Constituição de 1988 – Dirigismo Constitucional e Comunitarismo. Defende-se que estes aspectos, aparentemente contraditórios, devem ser conjugados para a adequada compreensão do sistema normativo, pois resultam das opções feitas pela Assembléia Nacional Constituinte de 1987.

**PALAVRAS-CHAVE:** Teoria da Constituição. Interpretação. Dirigismo Constitucional. Comunitarismo. Constituição Brasileira.

**ABSTRACT:** This article intends to analyse the conditions of interaction between the instruments of democratic participation and the claim of intervening on the social and economic relationships. For this purpose, it is going to be exposed the former and present theoretic marks that act as interpretative vectors of the Brazilian Constitution of 1988 – “Dirigismo Constitucional” and “Comunitarismo”. The author appoints that these apparently contradictory aspects must be conjugated for the sake of a correct comprehension of the normative system, as the result of a choice made by the National Assembly of 1987.

**KEYWORDS:** Constitutional Theory. Interpretation. Dirigismo Constitucional. Comunitarismo. Brazilian Constitution.

## 1 NOTAS PARA O DEBATE: PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA X PROJETO INTERVENTOR CONSTITUCIONAL

As constituições, a partir do parâmetro do Estado Social de Direito, desempenham novo papel na regulação da vida em sociedade. A função garantidora de direitos e liberdades frente aos poderes estatais, instrumentalizada por um sistema de repartição de competências, foi substituída pela previsão de intervenção nas relações sociais. Neste contexto, as normas constitucionais, que no modelo liberal-burguês limitavam-se a restringir a atuação dos poderes públicos, são hodiernamente interpretadas como programas normativos a serem cumpridos pelo ente estatal e pela sociedade em geral, a espelhar um projeto político formado pelos consensos obtidos no momento de sua discussão e posterior positivação.

As constituições democráticas seriam uma proposta de soluções e co-existências possíveis, ou melhor, um “compromisso das possibilidades”, nas palavras de Gustavo Zagrebelsky<sup>1</sup>, a determinar as condições de efetivação dos debates políticos acerca dos seus conteúdos. Sob a fórmula do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais e a garantia das instituições democráticas seriam os pilares inquestionáveis desta fórmula.

Aliás, a ortodoxia constitucionalista, como já referiu Stephen Holmes, configura um grande paradoxo: a exigência de que os cidadãos restrinjam sua capacidade de influir nos processos políticos para assegurar sua constante participação nas esferas decisórias<sup>2</sup>. Trata-se de um movimento jurídico e político que pretende ajustar as perspectivas tradicionais de soberania popular<sup>3</sup>, ao condicionar os procedimentos e – eventualmente – os conteúdos das decisões públicas. Propõe, ainda, a reavaliação da democracia representativa, pois a participação política plena somente seria alcançada se aferida a capacidade operacional do sistema político e/ou seu ordenamento jurídico tornar(em) efetivos os direitos fundamentais.

---

1 ZAGREBELSY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1999. p. 13-14.

2 HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (orgs.). *Constitucionalismo y democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 217-262, p. 220.

3 SWEET, Alec Stone. *Governing with Judges – constitutional politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 50.

O presente artigo insere-se precisamente nessa discussão, pois tem por objetivo estudar as condições de interação entre os instrumentos de colaboração democrática e a determinação de uma “materialidade” constitucional, a permitir a compreensão dos fundamentos da Constituição de 1988 (CF-88). Para tal fim, serão expostos os marcos teóricos que influenciaram e que persistem como vetor interpretativo da carta atual – o Dirigismo Constitucional e o Comunitarismo.

O modelo dirigente, formulação do português José Joaquim Gomes Canotilho, foi escolhido pelo objeto expresso em sua proposta original, pois intenta compreender os textos constitucionais na pretensão de vincular a atividade política aos seus parâmetros. Mesmo as adaptações empreendidas pelo autor em seu conceito, com vistas aos fenômenos da globalização e integração econômica e jurídica, reiteram a relevância do tema.

Já na caracterização do modelo comunitário, recorre-se à definição de Gisele Cittadino que, em linhas gerais, assim denomina a doutrina brasileira que se ocupa da dimensão democrática constitucional, conferindo prioridade aos valores da dignidade humana e da igualdade, amplamente escorada nas contribuições de Peter Häberle e sua “comunidade dos intérpretes da Constituição”.

A pretensão aqui esposada é defender que as perspectivas democrática e interventora da CF-88 não são excludentes, como é comum inferir no discurso acadêmico. Pelo contrário, resultam das opções feitas pela Assembleia Nacional Constituinte de 1987, cuja conjugação é imperiosa na interpretação do texto vigente.

## **2 DIVERSIDADE DE GRUPOS POLÍTICOS E SOLUÇÕES DE COMPROMISSO NA ASSEMBLÉIA CONSTITUINTE: RAZÕES GERAIS DA CARTA VIGENTE**

A CF-88 é considerada o marco institucional da transição política iniciada no final da década de 70 e que perdurou por quase toda a década de 80. É fruto, como sabido, da negociação entre os diversos setores politicamente relevantes na época, que optaram por um processo lento e gradual, com a manutenção da governabilidade e das rotinas do processo decisório.

Essa escolha permitiu que o Poder Executivo fosse o agente condutor das relações políticas<sup>4</sup>, em detrimento das inúmeras forças sociais que participaram da transição à democracia. Reduziu, ainda, o espectro das alternativas possíveis, especialmente quanto às regras decisórias constituintes<sup>5</sup>.

De qualquer modo, como toda negociação política, o processo brasileiro de redemocratização institucional implicou em descontinuidades e desajustes entre os grupos que conduziram o processo. Assim, quando a Assembleia Constituinte foi instaurada, não se sabia quais os rumos que seus trabalhos tomariam, pois não havia um grupo hegemônico que reunisse condições de impor seu projeto ao país<sup>6</sup>.

Existia, porém, a responsabilidade de criar as condições jurídicas para a estabilização das instituições governamentais, de sorte que as demandas sociais, nos termos da democracia representativa, fossem processadas nos ambientes legislativos e/ou judiciais. Abria-se aos constituintes o desafio de assegurar instrumentos normativos para a promoção de mudanças sócio-econômicas, a garantir a legitimidade do sistema político e jurídico.

O debate foi respaldado pelos aportes da Teoria da Constituição, com forte influência da doutrina ibérica. Isto porque, além dos laços históricos e culturais, a Constituição Portuguesa de 1976 e a Constituição Espanhola de 1978 também foram movidas pela esperança de superação dos períodos ditatoriais<sup>7</sup>. Esta repercussão, de forma indireta, remeteu a doutrina brasileira ao estudo dos teóricos alemães, como Konrad Hesse, Peter Häberle, Rudolf Smend e Robert Alexy<sup>8</sup>.

4 AVRITZER, Leo. *Cultura política, atores sociais e democratização*: uma crítica às teorias da transição para a democracia. *Dados*: Revista de Ciências Sociais, n. 28, a. 10, p. 109-122, jun. 1995. p. 117.

5 MORAES FILHO, José Filomeno de. *Separação de poderes no Brasil pós-88*: princípio constitucional e práxis política. BERCOVICI, Gilberto *et al.* *Teoria da constituição*: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 151-197, p. 151-197.

6 Neste sentido, como pontua Abranches, acerca dos processos de mudança de regime, “não há consciência clara de que a comunhão de princípios políticos não assegura, nem contém necessariamente, elementos de consenso sobre as políticas concretas e as soluções a serem implementadas pelo novo governo, tampouco quanto à direção que ser dará ao processo de mudança”. ABRANCHES, Sérgio Henrique H. de. *Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro*. *Dados*: Revista de Ciências Sociais, v. 31, n. 1, p. 5-32, 1988, p. 8.

7 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais*: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 127, p. 74.

8 No momento de discussão da Constituição de 1988, tal influência já podia ser percebida em autores como José Afonso da Silva, Carlos Roberto de Siqueira e Castro, Bonavides, Fábio Konder Comparato,

No campo político, a indecisão sobre os mais diversos temas perdurou durante todo o processo decisório. Havia conflitos entre nacionalistas e os favoráveis à abertura ao capital estrangeiro; ruralistas e defensores da reforma agrária; desenvolvimentistas e os partidários do Estado Mínimo; e parlamentaristas e presidencialistas, dentre inúmeros outros grupos divergentes. Só restava aos setores opostos a aceitação de “soluções de compromisso”, o que explica a adoção de mecanismos como a positivação de normas de conteúdo mais aberto ou a remissão à regulamentação posterior das questões controversas.

Em detrimento destas estratégias, observa-se que foi conferida maior estabilidade a determinadas decisões<sup>9</sup>. Os grupos comprometidos com as mudanças econômicas e políticas, se não tiveram condições de impor suas reivindicações na norma promulgada, conseguiram recusar as soluções convencionais do constitucionalismo liberal, ao determinar novos institutos relacionados à dimensão democrática e vincular os órgãos estatais às pretensões redistributivas da extensa pauta de direitos sociais.

Assim, a divergência de interesses envolvidos originou um texto volumoso, mas que adiava os debates mais palpitantes. Constatava-se, como lembra Faria, um claro descompasso entre as mudanças desejadas e as “determinantes sociais das transformações jurídicas possíveis”<sup>10</sup>. E neste contexto, as promessas exprimidas na carta dependeriam dos arranjos políticos futuros, que permitiriam sua efetivação<sup>11</sup>.

Igualmente, as expectativas em relação ao processo político vindouro eram diversas, a partir do ponto de vista defendido. Como pontua Antonio Umberto Souza Junior, enquanto as “forças emergentes” confiavam a realização do potencial redemocratizador e redistributivo ao futuro parlamento, o bloco conservador apostava no “mero simbolismo nas conquistas alardeadas”<sup>12</sup>.

---

Dalmo Dallari e Joaquim de Arruda Falcão, expoentes do modelo que Gisele Cittadino denomina de constitucionalismo comunitário, que repercutiu de forma evidente, como será visto adiante, no texto hoje vigente.

9 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996.

10 FARIA, José Eduardo. *O Brasil pós-constituente*. Rio de Janeiro: Graal, 1989. p. 17-18.

11 VIANNA, Luiz Werneck *et al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 39- 41.

12 SOUZA JUNIOR, Antonio Umberto de. *O Supremo Tribunal Federal e as questões políticas: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas*. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 119.

Fato é que a CF-88 ampara o debate acerca dos seus conteúdos e resgata o compromisso da sociedade brasileira com o ideal democrático, com a previsão de um modelo interventor nas relações econômicas e sociais, o que se afere das características atribuídas ao texto: dirigismo estatal e abertura democrática.

### **3 CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE E CONDICIONAMENTO JURÍDICO DAS RELAÇÕES SOCIAIS: ASPECTOS GERAIS DA OBRA DE J. J. GOMES CANOTILHO**

A carta vigente espelha o constitucionalismo social, ao prever instrumentos de intervenção do estado nas atividades privadas e ao positivizar um substancial elenco de direitos e garantias, cuja concretização modificaria as relações econômico-sociais. Através da mais detalhada constituição da história brasileira, optou-se por um modelo inclusivo e redistributivo, que disciplina analiticamente a maioria das questões relevantes da vida nacional<sup>13</sup>.

Os constituintes foram inspirados nas idéias do doutrinador português J. J. Gomes Canotilho, na sua definição de um parâmetro dirigente, cujas linhas gerais foram traçadas no livro “A constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas”, publicado em 1982. Neste texto, é evidenciado o caráter programático das normas constitucionais, cujos preceitos pretendem ser os vetores da atividade legislativa e dos demais órgãos de direção política<sup>14</sup>.

Sob este enfoque, as constituições dirigentes são vistas como uma expressão de força do direito, pois vinculam as finalidades estatais. Suas normas tornam-se uma espécie de instrumento de governo, ao expressarem um dado projeto social e até econômico, que se converte num programa de ação para a sociedade.

Interessa notar, a partir de Gilberto Bercovici, que a expressão “constituição dirigente” foi primeiramente utilizada por Peter Lerche, que se referia às diretrizes constitucionais que trazem imposições

13 MENDES, Gilmar. Integração social e perspectivas da democracia. *Direito Público*, a. II, n. 7, p. 5-20, jan./mar. 2005.

14 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 365.

vinculantes ao legislador<sup>15</sup>. Na concepção original, estes mandamentos sujeitar-se-iam à discricionariedade material do parlamento. Canotilho, por sua vez, sustenta um caráter impositivo destas normas, que restringem as deliberações políticas, pois definem seus pressupostos.

Neste paradigma, o direito ocupa papel destacado frente à política, e pretende conformá-la, com a adoção de uma Teoria Material da Constituição, visualizada como uma representação das relações sociais<sup>16</sup>. Vale ressaltar que, além de descrever suas normas, o marco dirigente influenciou diversos textos promulgados e tornou-se um modelo de interpretação normativo.

Contudo, o dirigismo estatal sofreu fortes abalos em meados dos anos 90, confrontado pelos novos rumos teóricos, econômicos e políticos.

O ponto fulcral da mudança ocorreu no célebre prefácio da reedição do livro “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador”, no qual Canotilho reconhece a política como necessário meio de concretização constitucional, para tornar viáveis as transformações planejadas. Já no texto “Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo”, publicado no Brasil em 1996, foram expostos os fatores que ocasionaram a reavaliação do modelo.

O autor hoje pondera a impossibilidade de que uma norma jurídica determine previamente os rumos de uma organização social, especialmente quando se atenta para a abertura da ordem política. Torna-se necessário, portanto, observar os renovados quadros de interconstitucionalidade, como as constituições supranacionais e as recentes experiências conformadoras da sociedade contemporânea. A idéia de fundamentalidade de um determinado catálogo de direitos, se não levar estes novos elementos em consideração, pecaria por uma historicidade redutora da realidade e por uma pré-compreensão ideológica mascarada<sup>17</sup>.

---

15 BERCOVICI, Gilberto et al. *Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 75-150.

16 CANOTILHO, J.J. Gomes. *A constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 455-459; 27-30; 42-45.

17 Como pondera, “algumas dessas críticas tem como alvo a constituição dirigente de direitos econômicos, sociais e culturais enquanto programa de políticas públicas, tributárias, em maior ou menor medida, de

Propõe, ainda, voltado ao projeto europeu de unificação, com suas inevitáveis conseqüências para as pretensões jurídicas de imperatividade, que a força eficaz do ordenamento jurídico decorra da compatibilização com estes novos modelos político-organizatórios, que impõem a adequação normativa aos esquemas regulativos das associações abertas de estados nacionais.

Ao recuar na sua compreensão do caráter interventivo e transformador do direito, Canotilho aceita a premência de encontrar novas formas de resgate das promessas constitucionais diante da complexidade pós-moderna.

Para o autor, a “identidade reflexiva”, tida como a capacidade de prestação de um texto constitucional à sociedade, seria perturbada pela “inserção de fórmulas de narratividade emancipatória que condensam mais uma filosofia da história unidimensional em vez de fornecerem medidas e diretivas para o reforço de normatividade da constituição”, o que impede o desenvolvimento institucional<sup>18</sup>.

Por isso, defende a “constitucionalização da responsabilidade” social, em que os indivíduos agiriam em virtude da consciência de suas obrigações perante a coletividade, o que garantiria as condições de coexistência de “diversas perspectivas de valor, conhecimento e ação”<sup>19</sup>.

Em que pese estas mudanças, Canotilho reitera a continuidade do projeto emancipatório constitucional. Mas reconhece sua inaptidão em transformar as condições sociais e econômicas dos estados sem o recurso à luta política, aliada à admissão da nova realidade de integração política, econômica e jurídica e da complexidade das sociedades industriais. Portanto, sua nova compreensão consagra um parâmetro

---

concepções socialistas ou sociais democratizantes. Elas continuam a apoiar-se na regulação estatal da socialidade, ignorando que um dos agentes dinamizadores da economia – o capital financeiro – obedece, no universo globalizador, a incontornáveis lógicas de eficiência, racionalização e lucro.” CANOTILHO, J.J. Gomes. Das constituições dos direitos à crítica dos direitos. *Direito Público*, n. 7, p. 80-89, jan./mar. 2005.

18 CANOTILHO, J.J. Gomes. Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 15, p. 7-17, abr./jun. 1996.

19 Neste mesmo texto, Gilberto Bercovici adverte que a dependência, na nova concepção dirigente, da categoria da responsabilidade social, seria “o retorno a perspectiva tão ilusória quanto a pretensão dirigente de regular a vida social através dos programas constitucionais”. BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, a. 36, n. 142, p. 36-51, abr./jun. 1999.

dirigente “menos espesso, menos regulativamente autoritário e menos estatizante”.

#### 4 DA MANUTENÇÃO DO MARCO TEÓRICO COMO PARÂMETRO INTERPRETATIVO DA CF-88

Após a apresentação das razões gerais do reconhecimento das limitações do projeto constitucional dirigente, resta avaliar, de forma sintética, quais as repercussões destas importantes adaptações na interpretação da CF-88.

Ao examinar os últimos trabalhos do autor, a doutrina brasileira preferiu ressaltar as condições sob as quais este repensou suas concepções. Em consequência, passou-se ao paralelo das diferenças entre a realidade constitucional europeia, fundamento para as observações de Canotilho, e o contexto pátrio.

Juridicamente, foram analisados os fundamentos da Constituição Portuguesa, de 1976, em comparação com os objetivos e características da Carta Brasileira. Salienta-se, por exemplo, a função normativo-revolucionária adotada no texto originário lusitano. Esta característica, confrontada pela necessidade de integração à Comunidade Europeia, ocasionou a mudança de perspectiva da teorização dirigente.

No campo social, pontua-se os déficits democrático e social que caracterizam, estruturalmente, a realidade brasileira. Se a polémica dirigente, desde sua origem, consistia na “transformação da realidade”, como assevera Bercovici<sup>20</sup>, tal situação ganha contornos mais dramáticos aqui.

A literatura jurídica brasileira, com respaldo nestas especificidades, rejeita parcialmente as ponderações recentes de Canotilho quanto às fragilidades de seu modelo. O dirigismo constitucional manter-se-ia como parâmetro interpretativo dos conteúdos da CF-88, com assento na ampla capacidade regulatória do seu texto, a despeito das dificuldades enfrentadas na efetivação de alguns direitos fundamentais ali previstos<sup>21</sup>.

20 BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, a. 36, n. 142, p. 36-51, abr./jun. 1999..

21 MENDES, Gilmar. Integração social e perspectivas da democracia. *Direito Público*, a. II, n. 7, p. 5-20, jan./mar. 2005.

Para manter o modelo interpretativo, Lenio Streck propõe uma Teoria da Constituição Dirigente adequada aos países da modernidade tardia, que observe o histórico descumprimento das suas promessas em certos países. Esta versão do dirigismo, por sua vez, não descarta a ligação com uma Teoria do Estado, que explicita “as condições de possibilidade para implantação das políticas de desenvolvimento constantes” e permite a “construção de um espaço público”. Todavia, prossegue a reconhecer como inevitável a implementação da materialidade constitucional em sociedades como a nacional<sup>22</sup>.

Os doutrinadores brasileiros comprometidos com a efetividade das promessas constitucionais não descartam a dimensão pública como aspecto fundamental de abordagem do fenômeno jurídico. Reiteram que a atividade política é um instrumento de concretização da norma superior, desde que intermediada pelos mecanismos jurídicos de participação democrática.

## **5 ABERTURA DEMOCRÁTICA E COMUNITARISMO: A CENTRALIDADE DOS VALORES DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE HUMANA**

Por ser resultado do acordo entre forças políticas divergentes num processo de transição à democracia, a CF-88 também conta com um forte viés democrático, respaldado na eleição de valores pré-determinados, como a dignidade humana e a igualdade.

Os defensores da abertura constitucional sustentam, inclusive, a proeminência e a centralidade do princípio da dignidade humana, que se constitui num pólo de atração para “cada vez mais novos direitos refletores do modismo constitucional-democrático, que se multiplicam na razão direta dos conflitos insurgentes no meio social e das exigências insaciáveis de positivação jurídica”<sup>23</sup>. Há um consenso acerca do direcionamento de todos os órgãos e agentes estatais para a sua implementação.

Na esteira do constitucionalismo social, os direitos fundamentais pressupõem o valor da solidariedade, por meio da responsabilidade comunitária dos indivíduos. Conforme expõe Carlos Roberto Siqueira

22 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 112-114.

23 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 13-16.

Castro, “é legítimo falar de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais como dimensão valorativa, visto que a medida e o alcance de sua validade jurídica (isto é, as situações ou os modos e formas legítimas do seu exercício) são em parte determinadas pelo seu reconhecimento comunitário, e não simplesmente remetidas para a opinião (vontade) dos seus titulares”<sup>24</sup>.

A participação popular na interpretação é uma característica do constitucionalismo de inspiração comunitária enquanto formulação teórica, mas amparada na previsão de mecanismos institucionais de validação da vontade pública bastante distintos da representação democrática nos moldes liberais. Seu objetivo é promover a legitimação política da realidade constitucional, com vistas à efetivação dos direitos fundamentais, pois a canalização das expectativas dos diversos grupos sociais aos poderes constituídos é um meio para promoção das transformações almejadas.

As democracias contemporâneas, descritas como sociedades em que o pluralismo é concretizado na diversidade de identidades sociais e culturais, dependem do “estabelecimento de um consenso ético, fundado em valores compartilhados”, que amoldaria o conceito de justiça.

Assim, os próprios direitos fundamentais são vistos sob o parâmetro da cidadania popular, que condicionaria os órgãos estatais às conclusões da interpretação do seu conteúdo. Este modelo guarda uma profunda dependência dos mecanismos institucionais que permitem a “participação comunitária nos assuntos públicos”. Mais que isso, também há relação com os interesses dos diversos segmentos, intercedida pelo alargamento do círculo de intérpretes da Constituição<sup>25</sup>.

Efetivar estes direitos é consequência da ampliação do debate, como é característico de uma sociedade aberta, em que as manifestações do espírito democrático permitem a interpretação dos dispositivos a partir de valores como a publicidade, o pluralismo, a alternância de poder e a tolerância. As constituições abrem-se a diversos conteúdos, sejam normativos ou não.

---

<sup>24</sup> CASTRO. op. cit., p. 43.

<sup>25</sup> CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 15-30; 226.

Mais que instrumento democrático, a abertura constitucional consiste num modo de vivenciar a norma, “ao romper com o dogma de uma constituição permanente, de modificação difícil e de interpretação complexa”<sup>26</sup>.

As raízes teóricas da concepção de participação política na interpretação constitucional, por certo, são muito distantes da CF-88. O reconhecimento das especificidades hermenêuticas deste ramo jurídico devem-se à natureza das suas normas, de forte caráter principiológico e genérico, decorrentes dos objetivos ali colimados e dos valores nelas implícitos.

A Constituição como um sistema de regras e princípios exige uma “guarda” especial, por abrigar em seu texto importantes decisões, que interferem nos destinos da sociedade. Como visto, os sistemas constitucionais são plenos de princípios ou critérios gerais de valoração, cuja densificação e concretização derivam do trabalho dos intérpretes aplicadores<sup>27</sup>, que devem exercer uma atividade criativa, adequando-se às mutações de valores<sup>28</sup>.

O papel do intérprete é tão fundamental na reconstrução do sentido constitucional, que a compreensão das suas normas, mais do que uma atividade de natureza jurisdicional, é tida como uma atividade legislativa<sup>29</sup>.

Torna-se imperioso, portanto, rediscutir os fundamentos da interpretação do universo constitucional.

## **6 LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL E ABERTURA HERMENÊUTICA: NOTAS SOBRE A “COMUNIDADE DE INTÉRPRETES” NA METODOLOGIA DE PETER HÄBERLE**

Reconhecida a importante tarefa da interpretação constitucional, nesta seara podem ser visualizadas algumas das críticas mais pertinentes à metodologia jurídica nos moldes positivistas. Verifica-

26 BELLO FILHO, Ney de Barros. A constituição aberta: o objeto e o resultado da hermenêutica constitucional. *Revista da AJUFE*, a. 21, n. 69, p. 195-237.

27 COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Safe, 1997. p. 78.

28 CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Safe, 1992. p. 130.

29 Idem. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Safe, 1993. p. 88-90.

se, conseqüentemente, um grande esforço da doutrina juspublicista em trazer novos elementos para a formação de uma “Nova Hermenêutica Constitucional”, conforme expressão de Paulo Bonavides<sup>30</sup>. Para representar este intento, serão apresentados os aspectos mais originais da obra de Peter Häberle, que se destaca ao privilegiar o problema da legitimidade política desta função.

Segundo este autor, nas sociedades abertas e pluralistas é imprescindível ampliar a noção de interpretação e reconhecer o espaço público como fórum de discussão dos problemas constitucionais. O texto, diante da participação de todos os grupos sociais e indivíduos, deve ter profunda relação com a realidade, pois estas normas são concebidas como produto de uma construção coletiva. A Hermenêutica Constitucional é intermediadora das relações entre Estado e sociedade.

Häberle traça um perfil dos intérpretes, dividindo-os entre aqueles que exercem função estatal (entre os quais se destacam os juízes); na outra ponta, as partes nos processos, os “estimuladores do espaço público democrático e pluralista” (mídia, movimentos sociais e outros) e, por fim, a doutrina constitucional. Todos que vivem as constituições devem ser considerados seus intérpretes *lato sensu*, ou pelo menos seus pré-intérpretes. Observa-se, assim, que os destinatários da norma são participantes ativos desta formação<sup>31</sup>.

A abertura constitucional atribui grande espaço ao processo político, desenvolvido não apenas nos parlamentos, mas também no seio da sociedade. A interação entre os diversos grupos prende-se à perspectiva pragmática, pois um dos principais aspectos enfatizados é a comunicação entre as diversas forças sociais<sup>32</sup>. Não se pode, então, deixar em segundo plano a interação cultural a que está submetido o texto interpretado<sup>33</sup>, pois o hermenauta sempre se orienta pela teoria e pela práxis<sup>34</sup>.

30 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 258.

31 “‘Povo’ não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional”. HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Safe, 1997, p. 24; 15; 37-39.

32 ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 252.

33 HÄBERLE, Peter. *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*. Madrid: Technos, 2000. p. 45.

34 Idem. *A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Safe, 1997. p. 33-34.

A constante inovação da ordem social torna a atividade interpretativa um processo infinito, pois a argumentação somente tem potencial persuasivo se decorrente de um consenso. Para tal fim, o constitucionalista é mero mediador das forças sociais, pois os titulares destes acordos são as forças politicamente relevantes.

Diante destas características, Paulo Bonavides afirma que a ideologia democrática é o sustentáculo do método interpretativo concebido por Häberle, que fundamentaria uma hermenêutica de variação e mudança<sup>35</sup>.

Baseia-se também no problema da identidade da constituição pluralista, que envolve questões como tradição e experiências históricas de um povo e as esperanças e as possibilidades reais de concretização. O problema da cultura constitucional é de grande valia para sua visão, pois a constância e objetividade em relação ao texto, mais que a atividade política, ocasionam o respeito às suas disposições<sup>36</sup>. As constituições são concebidas, além dos aspectos jurídicos, como expressão do desenvolvimento cultural e um dos meios de auto-representação de um povo.

## 7 OS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NA INTERPRETAÇÃO DA CF-88

Delineadas as linhas gerais do debate, importa agora avaliar a CF-88 a partir dos traços que a definem como uma norma comunitária, que permite aos cidadãos participar da realidade constitucional, diante da previsão de meios jurídicos e institucionais voltados a esta finalidade. Retrata, assim, o fenômeno de abertura constitucional da pós-modernidade<sup>37</sup>.

A constatação do comunitarismo da carta vigente depende da concorrência de alguns fatores, que sobreviveram às intensas discussões do período constituinte e aos processos de reforma, tais como a determinação de um fundamento ético da ordem jurídica, a adoção de um sistema de direitos e garantias individuais e a previsão do Supremo Tribunal Federal como órgão jurisdicional.

---

35 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, p. 471.

36 HÄBERLE, Peter. *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*. Madrid: Technos, 2000. p. 36-38.

37 CASTRO, op. cit., p. 125.

Foi delineado, ainda, um sistema democrático participativo, a abranger tanto a participação direta como a democracia semidireta, com instrumentos como iniciativa popular das leis, referendo popular e plebiscito. Os reflexos desta opção, no âmbito da interpretação constitucional, podem ser visualizados nos meios que evidenciam o interesse do constituinte no alargamento do rol de intérpretes, confiando a estes a defesa do catálogo dos direitos fundamentais.

Isto porque, ainda segundo Cittadino, ao lado das garantias típicas do constitucionalismo liberal, como o mandado de segurança individual e coletivo (art. 5º, LXX, alínea “b”), ação popular (art. 5º, LXXIII) e a atuação do Tribunal de Contas da União (art. 74, §2º), foram introduzidos novos institutos, com vistas ao controle das omissões estatais, cujos maiores exemplos são o mandado de injunção (art. 5º, LXXI) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º).

A noção de abertura constitucional direciona as demandas sociais ao Poder Judiciário, a quem competirá assegurar a concretização das suas normas, sempre que provocados pelos cidadãos. Afinal, a previsão da contribuição dos diversos setores na interpretação, a partir do controle constitucional das leis e da democratização do acesso à justiça, leva este poder a intervir de forma direta nas relações travadas entre os indivíduos e o Estado, através da “filtragem” jurídica das expectativas trazidas à sua apreciação.

Resta claro que a relação entre direitos fundamentais e democracia participativa é elemento indispensável da noção de constitucionalismo comunitário. O exercício da cidadania, neste sentido, reveste-se de caráter político e também jurídico, com o processamento das expectativas populares pelas instituições judiciais<sup>38</sup>.

## **8 CONCLUSÕES: DO NECESSÁRIO RECONHECIMENTO DAS PERSPECTIVAS COMUNITÁRIA E DIRIGENTE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Desta breve descrição dos marcos teóricos que intentam apreender suas finalidades, é possível entender a amplitude dos dispositivos previstos na CF-88. Trata-se de uma obra em aberto às futuras gerações,

---

38 CITTADINO, op. cit., p. 43-6; 18-19.

que assegura, em seu próprio texto, as condições procedimentais para a discussão dos seus conteúdos<sup>39</sup>.

Os mecanismos de participação foram alargados, assim como os instrumentos de canalização das pressões sociais às instâncias de poder, que devem constituir-se em arena para a discussão das normas constitucionais.

A construção da materialidade constitucional pela comunidade histórica, no sentido de efetivamente compartilhar da sua interpretação, também exige a utilização dos instrumentos processuais e procedimentais que garantem os direitos fundamentais.

A própria noção de cidadania política, que no modelo liberal implicava na representação nos procedimentos de produção da lei, é revolucionada por esta nova cidadania social, que na sua complexidade, prevê outras formas de intervenção na vida pública, como o recurso às vias judiciais, por exemplo. Alcança-se aquilo que Vianna e Burgos denominam de revolução democrática permanente, pois se dá de modo progressivo, ao encontrar abrigo no próprio texto constitucional<sup>40</sup>.

Assim, é tarefa de um efetivo Estado Democrático de Direito assegurar a distribuição da responsabilidade pela gestão do patrimônio público e conduzir as decisões tomadas na “esfera pública” ao cotidiano do ente governamental.

De outro modo, mesmo os teóricos que partem de uma abordagem procedimental da democracia atentam para a necessidade de assegurar as prerrogativas atinentes à justiça social, de maneira a garantir a eficácia dos processos eleitorais como produtos da interação política efetiva entre os cidadãos<sup>41</sup>.

A garantia dos procedimentos democráticos teria como pressuposto a efetivação dos direitos fundamentais. Ao mesmo tempo, a incorporação da agenda dos direitos na atuação estatal depende da

---

39 VIANNA, op. cit., 1999. p. 41.

40 VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. *Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva*. VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 337-491, p. 340-341.

41 BARRY, Brian. *Procedimento e Justiça Social*. MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (orgs.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, p. 262-273.

luta política pela hegemonia na interpretação constitucional, em vista dos inúmeros interesses que convivem nas sociedades complexas como a brasileira.

Neste sentido, ainda que a CF-88 não seja visualizada como o fator preponderante nas inegáveis conquistas sociais, econômicas e políticas obtidas desde a sua promulgação, não se pode negar que suas normas espelham os meios jurídicos e institucionais que permitiram o debate democrático das duas últimas décadas.

## REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique H. de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, v. 31, n. 1, p. 5-32, 1988.

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

AVRITZER, Leo. Cultura política, atores sociais e democratização: uma crítica às teorias da transição para a democracia. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, n. 28, a. 10, p. 109-122, jun. 1995.

BARRY, Brian. Procedimento e Justiça Social. MERLE, Jean-Christophe e MOREIRA, Luiz (orgs.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, p. 262-273.

BELLO FILHO, Ney de Barros. A constituição aberta: o objeto e o resultado da hermenêutica constitucional. *Revista da AJUFE*, a. 21, n. 69, p. 195-237.

BERCOVICI, Gilberto. A constituição dirigente e a crise da teoria da constituição. BERCOVICI, Gilberto et al. *Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 75-150.

\_\_\_\_\_. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, a. 36, n. 142, p. 36-51, abr./jun. 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996.

- CANOTILHO, J. J. Gomes. *A constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1982.
- \_\_\_\_\_. Das constituições dos direitos à crítica dos direitos. *Direito Público*, n. 7, p. 80-89, jan./mar. 2005.
- \_\_\_\_\_. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.
- \_\_\_\_\_. Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 15, p. 7-17, abr./jun. 1996.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Safe, 1993.
- \_\_\_\_\_. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Safe, 1992.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Safe, 1997.
- FARIA, José Eduardo. *O Brasil pós-constituente*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.
- HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Porto Alegre: Safe, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*. Madrid: Technos, 2000.
- HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (orgs.). *Constitucionalismo y democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 217-262.

MENDES, Gilmar. Integração social e perspectivas da democracia. *Direito Público*, a. II, n. 7, p. 5-20, jan./mar. 2005.

MORAES FILHO, José Filomeno de. Separação de poderes no Brasil pós-88: princípio constitucional e práxis política. BERCOVICI, Gilberto et al. *Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 151-197.

SOUZA JUNIOR, Antonio Umberto de. *O Supremo Tribunal Federal e as questões políticas: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas*. Porto Alegre: Síntese, 2004.

SWEET, Alec Stone. *Governing with Judges – constitutional politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva. VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 337-491.

ZAGREBELSY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1999.

# PELA REDUÇÃO DOS ACIDENTES DE TRABALHO NO BRASIL

*Hudson Machado Guimarães*  
*Advogado da União*  
*Especialista em Direito Público (UGF) e*  
*Direito Processual (PUC Minas)*  
*Engenheiro Mecânico (PUC Minas) com Especialização*  
*em Engenharia de Segurança no Trabalho (UFF)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O meio ambiente do trabalho sadio como direito fundamental do trabalhador; 2 A deficiência das análises atualmente elaboradas e a concepção do acidente de trabalho como sendo um evento perfeitamente previsível e prevenível; 3 A atuação dos Auditores-Fiscais do Trabalho e sua importância no combate aos acidentes de trabalho; 4 O Ministério Público do Trabalho como promotor de um meio ambiente laboral saudável; 5 A responsabilidade pelos acidentes do trabalho; 6 A ação de regresso do INSS e sua importância na redução do número de acidentes do trabalho no Brasil; 7 As alterações provocadas pela implementação do Nexo Técnico Epidemiológico - NTEP; 8 O solidarismo contratual e a função social da empresa; 9 Conclusão; 10 Referências.

**RESUMO:** Apesar de possuir um enorme aparato de normas que protegem a segurança e a saúde do trabalhador, o Brasil continua sofrendo com o grande número de acidentes de trabalho. Para se ter uma idéia do problema, somente no ano de 2007, foram registrados 653 mil acidentes e doenças do trabalho, entre os trabalhadores assegurados da Previdência Social. Este artigo aborda aspectos relativos ao ordenamento jurídico que estabelece que um meio ambiente de trabalho sadio é direito fundamental do trabalhador. Aborda, ainda, as falhas existentes nas análises técnicas das causas dos acidentes de trabalho e as nefastas consequências quanto à prevenção de tais acidentes. Comenta, ainda, quanto à importância da atuação da Inspeção do Trabalho e do Ministério Público do Trabalho - MPT no combate aos acidentes de trabalho. Reflete quanto às consequências das ações regressivas e suas condenações como estímulo para que os empregadores cumpram as normas que protegem os trabalhadores dos infortúnios laborais. Mostra a redução no número das sub-notificações relativas a não-emissão das Comunicações de Acidentes do Trabalho - CAT após a adoção do Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário - NTEP. Enfim, procura apontar medidas que provoquem a redução do número de acidentes de trabalho no país.

**PALAVRAS-CHAVE:** Acidentes de Trabalho. Prevenção. Redução. Atuação dos Atores Sociais.

**ABSTRACT:** Although Brazil has an enormous apparatus of Norms which aims to enforce the labor safety and the workers health, it is still suffering from the large number of accidents at work. To give an idea of the problem, only in the 2007 year, 653 thousand labor accidents and occupational diseases were registered among the workers insured by the social security insurance. This article intends to discuss the aspects of the legal system which establishes that work environment health is a worker's fundamental right.

This article also discusses the weaknesses of the technical analysis of the labor accidents causes, and also, the consequences for prevention of such accidents. Moreover, it covers the importance of the actuation and performance of the Labor Inspection and the Public Labor Prosecutor's Office (Ministério Público do Trabalho - MPT) in order to prevent labor accidents. In addition, the article reflects about the consequences of the regressive actions and its condemnations

as the stimulus to get the employers complying with the norms that protects the workers from the labor woes. It also, shows the reduction in the number of the sub-notifications related to non-emission of the Labor Accidents Communication – CAT since the adoption of the Social Technical Epidemiological Index (Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário) – NTEP. Ultimately, it suggests actions to reduce the number of labor accidents in the country.

**KEYWORDS:** Labor Accidents. Prevention. Reduction. Social Agents Actuation.

## INTRODUÇÃO

Com uma simples consulta ao site do Ministério da Previdência Social pode-se verificar que, apenas durante o ano de 2007 foram registrados 653 mil acidentes e doenças do trabalho, entre os trabalhadores assegurados da Previdência Social. Observem que este número, que já é alarmante, não inclui os trabalhadores autônomos e as empregadas domésticas.<sup>1</sup>

Estes eventos provocam enorme impacto econômico, social e sobre a saúde pública no Brasil, haja vista que quem acaba por pagar essa conta é a sociedade em geral. Ainda de acordo com os dados da Previdência Social, se considerarmos exclusivamente o pagamento, pelo INSS, dos benefícios devido a doenças e acidentes do trabalho somado ao pagamento das aposentadorias especiais decorrentes das condições laborais encontraremos um valor superior a R\$ 10,5 bilhões por ano. Se adicionarmos despesas como os gastos na área da saúde e afins mais o custo operacional do INSS o custo-Brasil atinge valor superior a R\$ 39 bilhões.<sup>2</sup>

Esses números, por si só, sem falar no sofrimento causado aos trabalhadores acidentados e às suas famílias, justificam a premência na

---

1 BRASIL, Ministério da Previdência Social. *Anuário Estatístico da Previdência Social 2007. Seção IV – Acidentes do Trabalho*. Disponível em: < <http://www.mps.gov.br /conteudoDinamico .php?id=559>>. Acesso em: 19 abr. 2009.

2 BRASIL, Ministério da Previdência Social. *Anuário Estatístico da Previdência Social 2007. Seção IV – Acidentes do Trabalho*. Disponível em: < <http://www.mps.gov.br /conteudoDinamico .php?id=559>>. Acesso em: 19 abr. 2009.

adoção de medidas de prevenção contra os riscos relativos às atividades laborais. Vejamos o que pode ser feito no sentido da redução do número de acidentes de trabalho no país.

## 1 O MEIO AMBIENTE DE TRABALHO SADIO COMO DIREITO FUNDAMENTAL DO TRABALHADOR

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/1988 traz em seu artigo 225 que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de todos e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo.

Já o artigo 200, inciso VIII, prevê expressamente que quando a Constituição diz meio ambiente, nele está compreendido o meio ambiente do trabalho. Tal preceito é de fundamental importância, pois faz com que os princípios que regem esse ramo especializado do direito possam ser aplicados na defesa do trabalhador.

E isso se deve ao fato de que, pelo menos até os dias de hoje, não há como se imaginar a vida sem trabalho. Eis o pensamento de Ricardo Antunes sobre essa interligação entre o trabalho e a reprodução da vida:

A história da realização do ser social, muitos já disseram, objetiva-se através da produção e reprodução da sua existência, ato social que se efetiva pelo trabalho. Este, por sua vez, desenvolve-se pelos laços de cooperação social existentes no processo de produção material. Em outras palavras, o ato de produção e reprodução da vida humana realiza-se pelo trabalho. É a partir do trabalho, em sua cotidianidade, que o homem torna-se ser social, distinguindo-se de todas as formas não humanas.<sup>3</sup>

E continua. A Constituição não para por aí, já que o artigo 7º, inciso XXII, estabelece que é direito dos trabalhadores a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Registre-se que a posição topográfica desse artigo conjugado

---

<sup>3</sup> ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo trabalho*. 5 ed. São Paulo: Cortez, 1998. p 121.

com o previsto nos artigos 225 e 200, inciso VIII, nos permite dizer que o meio ambiente de trabalho sadio é direito fundamental do trabalhador.

Já no nível do ordenamento jurídico infraconstitucional, é a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT que, em seu Capítulo V, traz as normas que regem a Segurança e Medicina do Trabalho no país, com destaque especial para o artigo 157 que determina que as empresas devem cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho, bem como instruir os empregados quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais.

Regulamentando a CLT, temos a Portaria nº 3.214/78 que aprova as Normas Regulamentadoras que são de observância obrigatória por todos aqueles que possuam empregados regidos pela CLT (NR-1, item 1.1). Atualmente são 33 Normas Regulamentadoras<sup>4</sup>, dentre as quais destacamos: NR 04: Serviço Especializado em Segurança e Medicina do Trabalho – SESMT; NR 05: Comissão Interna de Prevenção de Acidentes – CIPA; NR 06: Equipamento de Proteção Individual – EPI; NR 07: Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional – PCMSO e a NR 09: Programa de Prevenção de Riscos Ambientais – PPRA.

Por outro lado, no âmbito do direito internacional, temos vários estatutos que visam à proteção da saúde e segurança do trabalhador. O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC, do qual o Brasil é signatário, estatui em seu artigo 7º que os seus signatários devem tomar as providências para que toda pessoa possa gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, onde sejam asseguradas condições seguras e higiênicas.

Já a Organização Internacional do Trabalho – OIT tem inúmeras Convenções que tratam especificamente da Segurança e Saúde do Trabalhador, das quais destaca-se a Convenção nº 155 que permite a recusa do trabalhador naquelas situações em que houver perigo iminente e grave para sua vida ou sua saúde, e essa recusa é legítima enquanto o empregador não tiver tomado medidas corretivas (artigo 19, alínea “f”). Aliás, como nos ensina o Prof. Márcio Túlio Viana, o direito de resistência é a contraface do poder diretivo patronal, que nasce justamente quando do uso irregular desse último poder pelo

---

4 Disponível em: <<http://www.mte.gov.br>>.

empregador.<sup>5</sup> Assim, por exemplo, com base nesse artigo da Convenção nº 155 da OIT e no item 9.6.3<sup>6</sup> da NR 09, pode o trabalhador se recusar a trabalhar em locais a mais de 2 metros de altura, onde haja risco de queda, enquanto o seu empregador não lhe oferecer o cinto de segurança adequado ao risco da atividade. Esses dispositivos traduzem previsão expressa do exercício do *ius resistendae*.

Ocorre que, apesar de o Brasil possuir esse enorme aparato de normas, ainda é grande o número de acidentes do trabalho no país. O portal do Ministério da Previdência Social – MPS já contém o Anuário Estatístico de Acidentes do Trabalho 2007, publicação conjunta do MPS e do Ministério do Trabalho e Emprego – MTE. Da análise do anuário, verifica-se que o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS registrou 653 mil acidentes de trabalho em 2007, 27,5% a mais que em 2006.<sup>7</sup>

Assim, vale para o nosso país o ensinamento de Norberto Bobbio, no sentido de que “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”.<sup>8</sup>

Por derradeiro, fechando esse breve tópico temos os seguintes pensamentos:

O meio ambiente do trabalho adequado e seguro e a saúde são direitos humanos fundamentais do cidadão trabalhador, os quais, quando desrespeitados, provoca-se agressões a toda sociedade, que, no final de contas, é quem custeia a Previdência Social, responsável pelo Seguro de Acidente do Trabalho – SAT e o Sistema Único de Saúde – SUS.<sup>9</sup>

---

5 VIANA, Márcio Túlio. *Direito de Resistência*: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador. São Paulo: LTr, 1996. p. 74.

6 O item 9.6.3 da NR 09 traz um autêntico direito de resistência: “O empregador deverá garantir que, na ocorrência de riscos ambientais nos locais de trabalho que coloquem em situação de grave e iminente risco um ou mais trabalhadores, os mesmo possam interromper de imediato as suas atividades, comunicando o fato ao superior hierárquico direto para as devidas providências”.

7 BRASIL, Ministério da Previdência Social. Anuário Estatístico da Previdência Social 2007. Seção IV – Acidentes do Trabalho. Disponível em: <<http://www.mps.gov.br /conteudoDinamico .php?id=559>>. Acesso em: 19 abr. 2009.

8 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 25.

9 MELO, Raimundo Simão de. *Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho*. 2 ed. 2ª tiragem. São Paulo: LTr, 2006. p. 243.

É preciso enfatizar que todos perdem com o acidente do trabalho: o empregado acidentado e sua família, a empresa, o governo e em última instância toda a sociedade. Se todos amargam prejuízos visíveis, é inevitável concluir que investir em prevenção proporciona diversos benefícios: primeiramente, retorno financeiro para o empregador, em segundo lugar, reconhecimento dos trabalhadores pelo padrão ético da empresa; em terceiro, melhoria das contas da Previdência social e finalmente ganho emocional dos empregados que se sentem valorizados e respeitados.<sup>10</sup>

## **2 A DEFICIÊNCIA DAS ANÁLISES ATUALMENTE ELABORADAS E A CONCEPÇÃO DO ACIDENTE DE TRABALHO COMO SENDO UM EVENTO PERFEITAMENTE PREVISÍVEL E PREVENÍVEL**

A Norma Regulamentadora nº 05 – NR 05 estabelece em seu item 5.16, alínea “I”, que a CIPA tem, entre outras, a atribuição de “participar, em conjunto com o SESMT, onde houver, ou com o empregador, da análise das causas das doenças e acidentes de trabalho e propor medidas de solução dos problemas identificados”.

Já a Norma Regulamentadora nº 04 – NR 04 prevê em seu item 4.12, alínea “h”, que os profissionais integrantes do SESMT devem “analisar e registrar em documento(s) específico(s) todos os acidentes ocorridos na empresa ou estabelecimento, com ou sem vítima, e todos os casos de doença ocupacional”, descrevendo o histórico e os elementos caracterizadores do acidente e/ou da doença ocupacional, os fatores ambientais, as características do agente e as condições do(s) indivíduo(s) portador(es) de doença ocupacional ou acidentado(s).

Antes de adentrarmos ao tema especificamente, vejamos algumas idéias que são de importância capital para o desfecho deste tópico. Feijó Coimbra afirma que “a palavra acidente já imprime ao conceito a marca da casualidade, do acontecimento não desejado, nem ocasionado voluntariamente.”<sup>11</sup>

Com raciocínio semelhante assevera Hertz Costa que a noção de acidente nos “conduz à idéia de algo ligado a desgraça, desastre, fatalidade, um acontecimento fortuito anormal, que destrói, desorganiza

10 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 4 ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 29.

11 *Ibid.*, p. 43.

ou deteriora, produzindo conseqüências de ordem material”<sup>12</sup>. Conseqüência nefasta de quem adota esse entendimento é aceitação da idéia que não há como evitá-los.

Entretanto, conforme nos ensina o Prof. Dr. Raimundo Simão de Melo, “essa idéia clássica de acontecimento do acaso e de imprevisibilidade não mais se sustenta como regra geral dentro do atual conceito de acidente do trabalho”<sup>13</sup>, haja vista que grande parte dos acidentes laborais decorre simplesmente da falta de prevenção nos ambientes de trabalho. Esse também é o nosso entendimento.

Nesse mesmo sentido é o pensamento dos médicos do trabalho e peritos João Salvador Reis Menezes e Naray Jesimar Aparecida Paulino que afirmam: “Sendo previsível, permite que sejam tomadas medidas que visam proteger pessoas e bens, impedindo danos ou minimizando resultados adversos”<sup>14</sup>. Tais profissionais procuram diferenciar o evento imprevisível que seria aquele desconhecido da comunidade humana do evento imprevisto que seria aquele indesejado tão-somente.

Apesar de inicialmente poder parecer indiferente a adoção de um ou outro conceito de acidente do trabalho, a adoção da idéia de que são “eventos perfeitamente previsíveis e preveníveis, porquanto as suas causas são identificáveis e podem ser neutralizadas ou mesmo eliminadas”<sup>15</sup> gera conseqüências em diversas áreas, tais como: política de prevenção de acidentes da empresa, responsabilidade civil e criminal do empregador, etc.

Retornemos ao tema da análise dos acidentes. Pesquisa realizada por especialistas em acidente do trabalho revelam a deficiência das análises realizadas pelas empresas que concluem pela “prática de atos inseguros pelos acidentados em 70% dos acidentes; a responsabilização do acidentado pela ocorrência do acidentes em 83,1% dos casos”<sup>16</sup> e

---

12 Ibid.

13 MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 235.

14 Ibid., p. 235.

15 Ibid., p. 236.

16 Para aprofundamento do tema, vide: “Análise Crítica de Investigações de Acidentes do Trabalho Típicos realizadas por três empresas metalúrgicas de grande porte do Estado de São Paulo” elaborada por: Maria Cecília P. Binder, Noé Dias Azevedo e Ildeberto M. de Almeida, publicada na Revista Brasileira de Saúde Ocupacional, Nº 85/86 – Vol. 23, p. 103-115.

o predomínio de propostas de prevenção focadas para mudanças de comportamento dos trabalhadores.

Registre-se que os pesquisadores verificaram que fatores relacionados às condições dos postos de trabalho, dos modos de operação, da organização do trabalho (horas-extras, intensificação de ritmo de trabalho, trabalho em turnos e noturno, monotonia, repetitividade, falta de provisionamento dos postos de trabalho com materiais e ferramentas necessárias, etc.) não foram mencionados em nenhum dos acidentes investigados.

Ao proceder dessa maneira, ou seja, ao realizar uma análise superficial das causas dos acidentes do trabalho e, concluir com base em termos como “descuido”, “negligência”, “desatenção”, etc. que é o próprio trabalhador – com o seu ato inseguro – que foi o grande “culpado” pelo acidente, os profissionais da área deixam escapar uma grande chance de trabalhar na prevenção de novos acidentes do trabalho. Consequentemente, suas propostas de prevenção serão predominantemente baseadas em mudança de comportamento dos trabalhadores, que certamente falharão, haja vista que o trabalhador tem pouco, ou mesmo nenhum controle sobre o processo produtivo.

Ocorre que, propositadamente ou não, esquecem que o acidente do trabalho é um evento previsível e prevenível, socialmente determinado, pluricausal e complexo. Olvidam, ainda, que uma ampla investigação é uma das melhores maneiras de se prevenir que outros acidentes semelhantes venham a ocorrer.

Diz-se propositadamente porque como é sabido, em geral, no interior das empresas, apesar de a aceitação de determinados riscos ser decidida em nível gerencial, quem arca com os custos humanos é o trabalhador, cabendo à sociedade como um todo, arcar com os custos sociais e econômicos (mecanismo de socialização das perdas)<sup>17</sup>. Daí a prática de não se aprofundar na análise das reais causas dos acidentes de trabalho, pois na maioria dos casos, a origem remota de tais infortúnios é a política de saúde e segurança adotada pela alta administração das

---

17 Trata-se de trecho colhido da apostila “Combate aos Acidentes Fatais decorrentes do Trabalho” de autoria dos professores Maria Cecília Pereira Binder e Ildeberto Muniz de Almeida, utilizada em curso ministrado aos Auditores-Fiscais do Trabalho (MTE) pelo Departamento de Segurança e Saúde no Trabalho – DSST em parceria com a Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho – FUNDACENTRO.

empresas. E todos sabemos as consequências cíveis (indenização) e penais (imposição de penas) de um acidente do trabalho como, por exemplo, temos o artigo 132 do Código Penal<sup>18</sup> Brasileiro que típica o fato de “expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente”.

Aliado a essa visão míope do acidente do trabalho, outros fatores ainda são apontados como sendo causas das precárias condições da segurança e saúde do trabalhador no Brasil, o que tem influência direta e imediata na origem dos acidentes do trabalho: ausência de efetividade das normas protetoras, instabilidade no emprego, deficiência de formação técnica dos profissionais que lidam com a segurança e a saúde do trabalhador, falta de conscientização dos trabalhadores e empresários, preferência pelo fornecimento de Equipamento de Proteção Individual - EPI, em detrimento da adoção de medidas coletivas de proteção ao trabalhador, e finalmente, as tentativas de flexibilização dos direitos trabalhistas.

Destarte, há que se cobrar dos integrantes do SESMT e da CIPA que passem a utilizar métodos que permitam chegar às verdadeiras causas dos acidentes e, conseqüentemente, à proposição de adoção de medidas preventivas que conduzam à redução dos acidentes laborais. Por exemplo, pode-se adotar o método da árvore de causas<sup>20</sup> na análise de determinado acidente e concluir pela adoção do princípio da falha segura em determinada operação, ou seja, mesmo que os operadores falhem, não ocorrerá o acidente.

### 3 A ATUAÇÃO DOS AUDITORES-FISCAIS DO TRABALHO E SUA IMPORTÂNCIA NO COMBATE AOS ACIDENTES DE TRABALHO

A Constituição estabelece que é competência da União organizar,

---

18 Na exposição de motivos do Código Penal consta que o “exemplo frequente e típico dessa *species* criminal é o caso do empreiteiro que, para poupar-se ao dispêndio com medidas técnicas de prudência, na execução da obra, expõe o operário ao risco de grave acidente.”.

19 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 2 ed. São Paulo: LTr, 1998. p.114-136.

20 No método da árvore de causas, utilizado em situação de trabalho complexas em que o acidente é fruto da interação entre vários fatores, é feita uma análise dos vários aspectos envolvidos em sua gênese: indivíduo - qualificação, treinamento recebido, função / posto de trabalho habitual e por ocasião do acidente, etc.; tarefa - o que o trabalhador executa em condições habituais de trabalho e por ocasião do acidente; material - máquina e equipamentos, matérias-primas, etc. utilizados na execução da tarefa; meio de trabalho - entendido como o meio social da empresa (relações sociais, pessoais hierárquicas), forma de organização do trabalho, treinamentos ministrados, etc. - tudo conforme apostila mencionada na nota de rodapé nº 6.

manter e organizar a inspeção do trabalho<sup>21</sup>(art. 21, XXIV). O artigo 626 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT dispõe que incumbe às autoridades competentes do Ministério do Trabalho e Emprego – MTE a fiscalização do fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho.

A Lei nº 10.593/02, regulamentada pelo Decreto nº 4.552/02, prevê que compete aos Auditores-Fiscais do Trabalho assegurar o cumprimento das disposições legais e regulamentares, inclusive às relacionadas à segurança e à medicina do trabalho (artigo 11).

Assim, não resta dúvida quanto a real importância da atuação da inspeção do trabalho na implementação das normas de segurança e saúde no trabalho para a redução dos acidentes do trabalho. Vejamos como isso pode ser efetivado.

Como foi dito acima, os Auditores-Fiscais do Trabalho podem e devem exigir dos profissionais do SESMT ou daqueles contratados pela empresa quando a mesma for desobrigada de constituir tal serviço, uma atuação que realmente contemple programas – PPRA, PCMSO, etc. – que proporcionem um meio ambiente laboral saudável. Programas que adotem medidas efetivas de proteção coletiva, e não simplesmente sugiram a utilização de Equipamentos de Proteção Individual – EPI.

Aliás, o item 9.3.5.2 da Norma Regulamentadora nº 09 – NR 09 prevê que a implementação de medidas de proteção coletiva deve obedecer a seguinte hierarquia: a) medidas que eliminam ou reduzam a utilização ou a formação de agentes prejudiciais à saúde; b) medidas que previnam a liberação ou disseminação desses agentes no ambiente de trabalho; c) medidas que reduzam os níveis ou a concentração desses agentes no ambiente de trabalho. Somente na hipótese de comprovação da inviabilidade técnica da adoção dessas medidas coletivas poderá ser adotada a utilização de EPI (item 9.3.5.4 da NR 09).

E a atuação dos inspetores do trabalho não pára por aí. Sabe-se que é muito baixa a participação dos trabalhadores nos assuntos ligados a sua segurança e saúde. Talvez, devido aos baixos salários que vigoram no país, a grande maioria dos trabalhadores está mais preocupada

---

21 O Brasil é signatário da Convenção nº 81 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que dispõe sobre a Inspeção do Trabalho na Indústria e no Comércio.

em receber os adicionais, que ter um ambiente sadio de trabalho. Em contraste com essa baixa participação, existem diversas normas que determinam treinamento e informação aos trabalhadores.

Dentre essas normas destacam-se as seguintes:

cabe ao empregador informar aos trabalhadores:

os riscos profissionais que possam originar-se nos locais de trabalho;

os meios para prevenir e limitar tais riscos e as medidas adotadas pela empresa (NR 01, item 1.7, alínea “c”); compete aos profissionais integrantes do SESMT:

[...] e) manter permanente relacionamento com a CIPA, valendo-se ao máximo de suas observações, além de apoiá-la, treiná-la e atendê-la, conforme dispõe a NR 5;

f) promover a realização de atividades de conscientização, educação e orientação dos trabalhadores para a prevenção de acidentes do trabalho e doenças ocupacionais, tanto através de campanhas quanto de programas de duração permanente;

g) esclarecer e conscientizar os empregadores sobre acidentes do trabalho e doenças ocupacionais, estimulando os em favor da prevenção (NR 04, item 4.12, alíneas “e”, “f” e “g”);

a CIPA terá por atribuição: f) divulgar aos trabalhadores informações relativas à segurança e saúde no trabalho (NR 05, item 5.16, alínea “f”);

os empregadores deverão informar os trabalhadores de maneira apropriada e suficiente sobre os riscos ambientais que possam originar-se nos locais de trabalho e sobre os meios disponíveis para prevenir ou limitar tais riscos e para proteger-se dos mesmos (NR 09, item 9.5.2).

Dessa forma, somente com a atuação firme da fiscalização no sentido de um efetivo cumprimento dessas normas, poder-se-á atingir a meta de ver os trabalhadores instruídos sobre os riscos do ambiente

de trabalho, participando de forma ativa na sugestão<sup>22</sup>, bem como da implementação das ações que visem à proteção de sua segurança e saúde, chegando mesmo a se valer do *ius resistentiae*, quando em perigo sua integridade física. Assim, aumentam-se as chances de que tenhamos trabalhadores e CIPAs atuantes, e não apenas comissões com pouca ou nenhuma atuação em prol dos trabalhadores.

Outrossim, há que se registrar que a efetiva observância dessas normas irá trazer democracia para o ambiente de trabalho, pois não há como se admitir em um Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput*, CRFB/1988) que o cidadão deixe de sê-lo apenas pelo motivo de ter entrado em seu ambiente de trabalho. E para que possa realmente participar da sugestão/implementação de medidas no ambiente laboral o trabalhador deve estar adequadamente instruído sobre os riscos a que está sujeito. Daí a importância capital da atuação dos Auditores-Fiscais do Trabalho.

#### 4 O MPT COMO PROMOTOR DE UM MEIO AMBIENTE LABORAL SAUDÁVEL

Ao Ministério Público do Trabalho – MPT, dentre outras missões, a Constituição atribuiu a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127). Para o desempenho dessa importante missão, essa mesma Constituição previu vários instrumentos para a atuação judicial, como extrajudicial dos membros do MPT, tais como: inquérito civil, ação civil pública, notificações, requisição de diligências investigatórias (art. 129).

Não resta dúvida de que entre os interesses sociais e individuais indisponíveis está a segurança e saúde dos trabalhadores, assim indispensável é a atuação do *parquet* trabalhista. Desta forma, visando aprimorar a atuação dos integrantes do MPT, foi criada a Coordenadoria Nacional de Defesa do Meio Ambiente de Trabalho – CODEMAT pela Portaria PGT nº 410, de 14/10/2003. Devido ao número elevado de acidentes de trabalho no país, dentre do âmbito de atuação da CODEMAT:

---

<sup>22</sup> A NR 09 dispõe que: “9.5.1 - Os trabalhadores interessados terão o direito de apresentar propostas e receber informações e orientações a fim de assegurar a proteção aos riscos ambientais identificados na execução do PPRA”. Nesse mesmo sentido é o item 2 do artigo 7º da Convenção nº 148 da OIT que dispõe: “Os trabalhadores ou seus representantes terão direito a apresentar propostas, receber informações e orientação, e a recorrer a instâncias apropriadas, a fim de assegurar a proteção contra riscos profissionais devidos à contaminação do ar, ao ruído e às vibrações no local de trabalho.”.

[...] fez-se necessária a propositura de diretrizes institucionais no âmbito do Ministério Público do Trabalho, com a finalidade de priorizar e estabelecer políticas de combate e na preservação efetiva de doenças profissionais e acidentes do trabalho, visando ao respeito e à dignidade do trabalhador, precipuamente no que se refere às boas condições de segurança, saúde e higiene no trabalho.<sup>23</sup>

Assim, para cumprir a importante função da CODEMAT de proporcionar um tratamento uniforme e coordenado dos membros do MPT ao tema em tela, sem criar, entretanto, qualquer vinculação na atuação do Procurador do Trabalho, em respeito ao Princípio da independência funcional, essa coordenadoria tem elaborado orientações, das quais serão destacadas as que tratam mais de perto dos acidentes do trabalho e sua prevenção.

Como dito anteriormente, cabe aos integrantes do SESMT, em conjunto com a CIPA, elaborar a análise das causas das doenças e acidentes de trabalho e propor medidas de solução dos problemas identificados. Desta maneira, é de fundamental importância para a redução dos acidentes do trabalho uma atuação profissional e ética dos integrantes desses entes de proteção à saúde e segurança dos trabalhadores.

Como essa atuação ideal nem sempre ocorre na prática, a CODEMAT elaborou Orientação no sentido de que podem ser incluídos como investigados, inquiridos ou mesmo como réus, os engenheiros de segurança, os médicos do trabalho e os técnicos de segurança, bem como outros profissionais, quando verificados vícios grosseiros ou omissões graves nos programas e laudos elaborados.

Assim, a atuação dos membros do MPT de acordo com essa orientação tem vital importância, pois não é muito incomum a atuação de profissionais que, cumprindo ordens superiores, muitas vezes premidos pelo temor de perder o emprego, simplesmente se omitem e deixam de inserir, por exemplo, no PPRA e no PCMSO, medidas que visam à prevenção de acidentes no trabalho. Sabedores dessa eventual possibilidade de responsabilização, tais profissionais pensarão mais

---

23 MIRANDA, Alessandro Santos de. Coordenadoria Nacional de Defesa do Meio Ambiente do Trabalho (CODEMAT). In: PEREIRA, Ricardo José Macedo de Brito (Org.). *Ministério Público do Trabalho: Coordenadorias Temáticas*. Brasília: ESMPU, 2006. p. 121.

detidamente sobre uma atuação descompromissada com os interesses dos trabalhadores.

Segundo a CODEMAT ainda, o Procurador do Trabalho poderá postular judicialmente a reparação do Dano Moral Coletivo, quando verificar a inobservância de normas de segurança e medicina do trabalho, ainda que o trabalhador acidentado ou seu sucessor já tenha ajuizado ação pleiteando indenização individual.

Não há dúvida de que aquele empregador que não observa as normas protetoras da saúde e segurança do trabalhador está a causar acidentes de trabalho e ao mesmo tempo uma “injusta lesão a direitos e interesses metaindividuais socialmente relevantes para a coletividade”<sup>24</sup>, causando uma sensação de despreço e descrença em relação à ordem jurídica e aos poderes públicos. Correta então a atitude do Procurador do Trabalho que propõe o ajuizamento de uma ação civil pública para que esse tipo de empregador seja condenado a pagar pela reparação do dano moral coletivo.

Também no intuito de combater os males advindos das precárias condições de trabalho provocadas pela terceirização ilícita, o MPT tem lutado pela responsabilização do tomador dos serviços pelo descumprimento das normas de saúde e segurança no trabalho também com relação aos empregados das prestadoras de serviço.<sup>25</sup> Aliás, outra não é a orientação do item 9.6.1 da Norma Regulamentadora nº 09 – NR 09 ao estabelecer que, quando diversos empregadores exercerem simultaneamente atividades no mesmo local de trabalho, terão os mesmos o “dever de executar ações integradas para aplicar as medidas previstas no PPRA visando à proteção de todos os trabalhadores expostos aos riscos ambientais gerados”.

Por oportuno, registre-se, dentre os vários citados na obra *Coordenadoria Temáticas*, publicada pela Escola Superior do Ministério Público da União – ESMPU, o resultado obtido no Projeto Prensas, uma parceria entre a Delegacia Regional do Trabalho - DRT/MG (atualmente Superintendência Regional do Trabalho - SRT/MG), o MPT, a FUNDACENTRO, e alguns sindicatos de metalúrgicos de

---

24 MELO, Raimundo Simão de. *Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho*. 2 ed. 2ª tiragem. São Paulo: LTr, 2006. p. 104.

25 MIRANDA, op. cit., p. 133.

Minas Gerais, oportunidade em que várias empresas optaram por ajustar voluntariamente suas condutas, celebrando e cumprindo Termo de Ajuste de Conduta – TAC, por exemplo, celebrando TAC “prevendo a instalação de diversos dispositivos de proteção nas prensas utilizadas no processo produtivo, entre os quais a instalação da denominada cortina de luz.”<sup>26</sup> Nessa mesma oportunidade houve o sucateamento de várias prensas de engate por chaveta que eram responsáveis por um grande número de acidentes com os membros superiores dos metalúrgicos de Minas Gerais.

Além dessas frentes de trabalho, dessa atuação conjunta com os demais atores sociais envolvidos, deve-se privilegiar os instrumentos de ação coletiva, levando-se em conta que:

[...] não se justifica mais a atuação judicial meramente individualista e ressarcitória perante a Justiça do trabalho, como sempre ocorreu. É indispensável, para uma melhor prevenção dos riscos ambientais do trabalho, a aplicação dos novos instrumentos criados pela constituição, como entre outros, as ações coletivas, que visam de um lado à prevenção dos danos ambientais e, de outro, a responsabilização dos infratores das normas de saúde, higiene e segurança do trabalho. Assim, avulta-se a necessidade da implementação de novos e eficazes mecanismos de tutela do meio ambiente de trabalho. O Inquérito Civil, com a possibilidade de obtenção de um Termo de Ajustamento de Conduta, em âmbito administrativo, e a ação civil pública, no âmbito judicial, surgem, nos dias atuais, como instrumentos efetivos de defesa desse mais importante direito do cidadão, que é a preservação da vida.<sup>27</sup>

Por derradeiro, registre-se que, para um melhor aproveitamento dos instrumentos coletivos postos à disposição do Ministério Público e uma maior eficácia na atuação dos membros do MPT, deve haver uma adequação da postura de todos os membros ao novo perfil do *parquet* introduzido pela Constituição de 1988, deixando de lado uma postura passiva daquele que permanece dentro do gabinete, sem um contato maior com os demais atores sociais do mundo do trabalho, para a adoção de uma atitude “proativa, preponderantemente agente

---

26 Ibid., p. 143.

27 MELO, op. cit., p. 181.

e investigativa, visando efetivar os direitos humanos decorrentes das relações laborais.”<sup>28</sup>

## 5 A RESPONSABILIDADE PELOS ACIDENTES DO TRABALHO

A matéria é polêmica. Como guia no presente tópico, iniciemos com o pensamento do Prof. Caio Mário da Silva Pereira que, diga-se de passagem, é um dos maiores especialistas no assunto:

A desigualdade econômica, a força de pressão do empregador, a menor disponibilidade de provas por parte do empregado levaram freqüentemente à improcedência da ação de indenização. [...]. A aplicação da teoria da culpa levava bastas vezes à absolvição do empregador. Em tais hipóteses, muito numerosas e freqüentes, a aplicação dos princípios jurídicos aceitos deixava a vítima sem reparação, contrariamente ao princípio ideal de justiça, embora sem contrariedade ao direito em vigor. Observava-se, portanto, um divórcio entre o legal e o justo.<sup>29</sup>

Nesse mesmo sentido, temos o pensamento do Prof. Sebastião Geraldo de Oliveira para quem “a dificuldade de provar o elemento subjetivo da culpa impede o deferimento da indenização”<sup>30</sup>, deixando muitas vezes o trabalhador, que já fora vitimado pelo acidente, sem a reparação devida.

Passemos em revista a algumas correntes sobre a natureza da responsabilidade do empregador – se objetiva ou subjetiva - para ao final concluirmos com esse ilustre jurista e professor mineiro que “os riscos da atividade, em sentido amplo, devem ser suportados por quem dela se beneficia”<sup>31</sup>.

Como visto anteriormente, a Constituição prevê um direito fundamental do trabalhador a um meio ambiente do trabalho saudável (artigos 7º, XXVIII; 200 e 225, CRFB/88). Assim, com base na eficácia

---

28 SIMON, Sandra Lia. O Ministério Público do Trabalho e as Coordenadorias Nacionais. In: PEREIRA, Ricardo José Macedo de Brito (Org). *Ministério Público do Trabalho: Coordenadorias Temáticas*. Brasília: ESMPU, 2006. p. 08.

29 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 275.

30 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 4 ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 92.

31 OLIVEIRA, op. cit., 2008, p. 93.

horizontal dos direitos fundamentais, o empregador deve velar pela saúde de seus obreiros. Aliás, conforme nos ensina Ingo Wolfgang Sarlet, “o efeito vinculante dos direitos fundamentais alcança não apenas cada pessoa jurídica de direito público, mas também as pessoas jurídicas de direito privado que, nas suas relações com os particulares”, dispõem de atribuições de natureza pública<sup>32</sup>.

O parágrafo 3º do artigo 225 da CRFB/1988 prevê a obrigação de reparar os danos lesivos ao meio ambiente, independentemente da existência de culpa ou dolo. O artigo 200, inciso VIII, incluiu o meio ambiente do trabalho no conceito em sentido amplo de meio ambiente. Por sua vez, o inciso XXVIII, do artigo 7º estabelece entre os direitos dos trabalhadores o seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

A Lei nº 6.938/81, em seu artigo 14, §1º estatui que “é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”. Assim, com base na interpretação sistemática desses dispositivos, muitos concluem que é objetiva a responsabilidade do empregador pelos danos causados ao trabalhador em seu ambiente de trabalho.

Nesse sentido temos o Enunciado nº 38 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho que dispõe que nas doenças ocupacionais decorrentes dos danos ao meio ambiente do trabalho, a responsabilidade do empregador é objetiva (Interpretação sistemática dos artigos 7º, XXVIII, 200, VIII, 225, §3º, da Constituição Federal e do art. 14, §1º, da Lei nº 6.938/81).

Em apoio a essa tese, João José Sady assevera:

Imaginemos, por exemplo, que o poluidor-pagador deve reparar, independentemente de culpa, o prejuízo gerado pelo dano ambiental ao terceiro. Como hipótese, examine-se o caso de uma empresa que polui um rio destilando um poluente orgânico persistente, que gera doenças terríveis para o empregado, assim como a degradação

---

32 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 393.

do curso de água. O terceiro que tem uma propriedade ribeirinha prejudicada irá gozar do conforto de tal responsabilidade objetiva do poluidor, enquanto o empregado doente terá que provar a culpa da empresa.<sup>33</sup>

Não se desconhece o pensamento daqueles que defendem, com base na parte final do inciso XXVIII, do artigo 7º da CRFB/88 (“[...]”, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.”), que a Constituição adotou a teoria da responsabilidade subjetiva do empregador.

Ocorre que, esse pensamento que defende a responsabilidade subjetiva, além de encontrar sério obstáculo na leitura sistemática do ordenamento jurídico acima mencionada, fica mais enfraquecido após o advento do Código Civil de 2002, que estabelece no parágrafo único do artigo 927 que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Assim, se o empregador é livre para escolher seu campo de atuação, e isso o faz com base na Constituição que prevê, dentre os princípios que regem a ordem econômica, a livre concorrência (artigo 170, inciso IV), também tem condicionado o exercício de sua atividade empresarial ao respeito à valorização do trabalho humano e à garantia da existência de condições que preservem a dignidade de todos (artigo 170, *caput*). Desta maneira, o empregador deve assumir as responsabilidades advindas dos riscos de sua atividade frente ao meio ambiente natural e à comunidade, e, também, em especial, frente aos seus trabalhadores.

Como no artigo 7º da CRFB/88 estão os direitos mínimos que devem ser garantidos aos trabalhadores, não se pode pretender fazer uma leitura restritiva da parte final do inciso XXVIII, em detrimento do *caput* do referido artigo. Frise-se: o artigo 7º permite ao legislador ordinário, em relação aos trabalhadores, criar normas que “visem à melhoria de sua condição social”.

Aplica-se na espécie o raciocínio do princípio da proibição de retrocesso social defendido por Canotilho, para quem “o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo

33 OLIVEIRA, op. cit., 2008, p. 97

inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial”<sup>34</sup>. Ou seja, as novas medidas legislativas devem ser interpretadas no sentido da melhoria na condição social dos trabalhadores.

Outrossim, para que se possa avançar na discussão, e aplacar os ânimos dos defensores da responsabilidade subjetiva dos empregadores, e, talvez chegar-se a um consenso, passa-se à análise do ônus da prova no processo do trabalho. Para tal tarefa, são transcritos os ensinamentos da Procuradora do Trabalho Guadalupe Louro Turos Couto - que enxerga o Processo como um instrumento de realização dos Direitos Fundamentais - para quem:

O processo do trabalho, como é cediço, é regido por princípios próprios como o da maior aptidão para a prova e o da pré-constituição da prova que, somados ao princípio da proteção – informador do direito material do trabalho – afastam a adoção da distribuição equânime do ônus probatório estabelecido no art. 333 do CPC, na medida em que não se pode impor aos obreiros, na maioria das vezes hipossuficientes, o encargo de produzir prova em posição de igualdade com o empregador.<sup>35</sup>

Como dito anteriormente, o artigo 157 da CLT impõe ao empregador o dever de cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho. Nesse mesmo sentido é o artigo 19, §1º, da Lei 8.213/91.

Dessa maneira, considerando o fato de que cabe ao empregador a decisão do que produzir e como fazê-lo, bem como a implementação das medidas necessárias à proteção da integridade do trabalhador, à luz do critério da aptidão para a prova, o empregador mostra-se mais capacitado para demonstrar o cumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho, trazendo para si o ônus da prova.

---

34 MENDES, Gilmar Ferreira; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 236.

35 COUTO, Guadalupe Louro Turos. O processo coletivo como instrumento de transformação da realidade social dos trabalhadores e o Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: CORDEIRO, Juliana Vignoli; CAIXETA, Sebastião Vieira (Coord.). *O Processo como instrumento de realização dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: LTr, 2007. p. 121.

Nesse exato sentido, foi aprovado o Enunciado nº 41 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho que dispõe: “Responsabilidade Civil. Acidente do trabalho. Ônus da prova. Cabe a inversão do ônus da prova em favor da vítima nas ações indenizatórias por acidente do trabalho”.

Verifica-se assim, totalmente razoável atribuir ao empregador o ônus de provar que tomou todas as medidas para evitar a ocorrência de acidentes no ambiente laboral. Em um sentido bem próximo, temos o entendimento de que a “presunção de culpa do empregador poderá representar um ponto de consenso possível ou de trégua entre os defensores da teoria do risco e os adeptos da responsabilidade subjetiva”.<sup>36</sup>

E qual a importância dessa discussão sobre qual teoria adotar na responsabilização do empregador pelos acidentes de trabalho para o tema aqui proposto. É simples. A adoção da teoria subjetiva pelos membros do poder judiciário, que requer do empregado a comprovação da existência de culpa ou dolo do empregador, em muitos dos casos impede que o empregador seja condenado a indenizar o seu empregado os danos oriundos do acidente do trabalho. E mais, essa ausência de condenação serve de estímulo para que esse empregador e os seus concorrentes não invistam na prevenção de acidentes de trabalho.

Outrossim, há que se registrar que, além dessa importante tomada de posição do Poder Judiciário pela adoção da teoria responsabilidade objetiva ou até mesmo da presunção de culpa, com inversão do ônus da prova em desfavor do empregador, temos a relevância dos valores a que são condenados os empregadores quando das indenizações pelos acidentes ocorridos. A fixação de valores ínfimos estimula os maus empregadores a continuarem a não investir na melhoria das condições de trabalho de seus empregados.

## **6 A AÇÃO DE REGRESSO DO INSS E SUA IMPORTÂNCIA NA REDUÇÃO DO NÚMERO DE ACIDENTES DO TRABALHO NO BRASIL**

Fator importante que tem contribuído com a redução dos acidentes do trabalho é a atuação da Procuradoria Federal Especializada – PFE, com atuação junto ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, por

---

<sup>36</sup> OLIVEIRA, op. cit., 2008, p. 191.

meio do ajuizamento de diversas ações regressivas em desfavor dos empregadores, que, culposa ou dolosamente, deram causa a ocorrência de acidentes do trabalho.

A ação regressiva está prevista no artigo 120 da Lei nº 8.213/91 que estabelece que “nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis”. É com base nesse permissivo legal que os Procuradores Federais têm obtido êxito em suas ações com o ressarcimento dos cofres públicos.

Tais condenações proferidas pela Justiça Federal, que é quem possui competência quando está em jogo interesse de autarquia da União – no caso o INSS (artigo 109, inciso I, CRFB/1988), além de ressarcir os cofres públicos, também contribuem para estimular o implemento de melhores condições de trabalho por parte dos empregadores. Aqui, vale o dito popular: “é melhor prevenir que remediar”.

Ressalte-se aqui o efeito multiplicador que uma condenação dessas pode gerar nas demais empresas da localidade, isto é, a condenação de um empregador faz com que os demais passem a se preocupar em cumprir as normas de segurança e saúde no trabalho. Se ao contrário, não houver nenhuma punição para os causadores de acidente de trabalho, esse fato servirá de estímulo para que os demais concorrentes do causador do acidente também negligenciem quanto à segurança dos seus empregados.

Perceba-se a importância das seguintes notícias no combate à precarização das condições do trabalho: “Empresa deve ressarcir INSS por pagamento de pensão a família de vítima de acidente de trabalho”, “Santander terá de ressarcir auxílio-doença e aposentadoria por invalidez paga pelo INSS”, “Procuradoria atua para ressarcir R\$ 1 milhão aos cofres públicos pagos devido à falta de segurança no trabalho”, “Portaria determina acompanhamento prioritário de ações para cobrar empresas que descumprem normas de trabalho”, conforme veiculado no site da Advocacia-Geral da União ([www.agu.gov.br](http://www.agu.gov.br)) nos dias 22/10, 29/10, 31/10 e 16/12/2008, respectivamente.

Em que pese o avanço conseguido até o presente momento, acredita-se que pode haver uma maior eficiência no ajuizamento de

tais ações regressivas. Explica-se. Deve existir um fluxo permanente de informações referentes às análises de acidente de trabalho entre as unidades da Procuradoria-Geral Federal e as Superintendências (antiga DRT) do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) nas unidades da federação.

Sabe-se que os Auditores-Fiscais do Trabalho (MTE) têm dentre as suas atribuições a função de analisar todos os acidentes graves e fatais ocorridos nos ambientes de trabalho. Como resultado dessa análise é emitido um Relatório no qual, com base na análise técnica do acidente, chega-se às verdadeiras causas que originaram tal infortúnio. A análise dos auditores tem como foco principal a análise do ambiente de trabalho visando especialmente à prevenção de novos acidentes.

Em que pese não ser a ação de ressarcimento o principal objetivo das análises dos auditores do Ministério do Trabalho e Emprego, tais relatórios contêm os elementos que servem de comprovação da negligência dos empregadores quanto à observância das normas de segurança e saúde do trabalho. Registre-se que, conforme consulta ao sítio [www.agu.gov.br](http://www.agu.gov.br), foi assinado um Acordo de Cooperação Técnica entre o M.T.E. e o M.P.S. que prevê que a Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS passará a receber, em até 20 dias úteis, os relatórios elaborados pelo M.T.E. com a análise das causas dos acidentes de trabalho.

Espera-se que os resultados possam aparecer brevemente pois, conforme noticiado no sítio da AGU, a Procuradoria-Geral Federal propôs no dia 28/04/2009 – quando se comemorou o Dia Mundial da Segurança e Saúde no Trabalho, 341 ações para recuperar aproximadamente 55 milhões pagos pelo INSS a título de pensão por morte ou invalidez, referentes aos acidentes de trabalho causados pela ausência de segurança no ambiente laboral.

## **7 AS ALTERAÇÕES PROVOCADAS PELA IMPLEMENTAÇÃO DO NEXO TÉCNICO EPIDEMIOLÓGICO – NTEP**

Sabe-se que muitas doenças ocupacionais eram e, ainda continuam sendo tratadas como se doenças comuns fossem, porque muitos médicos ainda se esquecem, durante a anamnese, de pesquisar a que agentes agressivos está sujeito o paciente-trabalhador em seu ambiente de trabalho. Quando isso ocorre, é concedido ao paciente-trabalhador

apenas receber o benefício do auxílio-doença (código B-31), a não ser que se desincumba do “ônus de provar o nexo da sua doença com o trabalho exercido e” venha a “requerer a conversão do benefício do auxílio-doença (código B-31) em auxílio doença acidentário (código B-91)”.<sup>37</sup>

Além dessa falha na anamnese, temos o grave problema da resistência dos empregadores em emitir a Comunicação de Acidentes do Trabalho – CAT, por motivos já conhecidos de todos, pois variadas são as consequências do reconhecimento de que a doença é de origem ocupacional: a concessão do auxílio-doença acidentário; a obrigação de recolhimento pelo empregador do FGTS do período (art. 15, §5º da Lei nº 8.036/90); a aquisição de estabilidade pelo empregado acidentado (artigo 118 da Lei nº 8.213/91) e eventual responsabilização na área civil e penal.

Dessa maneira, conforme assentado na exposição de motivos da Medida Provisória nº 316/2006, convertida na Lei nº 11.430/2006, que introduziu o artigo 21-A na Lei 8.213/91, era necessário que a Previdência Social adotasse um mecanismo que auxiliasse na separação dos benefícios comuns dos acidentários, de forma a minimizar os efeitos da sonegação de emissão da CAT.

Com esse objetivo, foi introduzido o artigo 21-A na Lei 8.213/91 que dispõe que, *in verbis*:

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

Assim, pode-se deduzir que a implementação do Nexo Técnico Epidemiológico – NTEP, que estabelece uma presunção relativa entre o ramo de atividade da empresa e a entidade mórbida relacionada na Classificação Internacional de Doenças – CID motivadora da incapacidade, é fator de capital importância que certamente irá contribuir

---

<sup>37</sup> DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 289.

para a redução dessa distorção e, conseqüentemente com a redução dos acidentes de trabalho.

O Médico do Trabalho e Auditor-Fiscal do Trabalho Mário Bonciani sintetiza bem o princípio da inversão do ônus da prova que serviu de base para a implementação do NTEP:

Frente a suspeita (a partir de informações epidemiológicas) de relação entre uma doença e a uma atividade laborativa, quem tem mais condições de bancar a contraprova, o trabalhador ou o empregador? Vamos lembrar que é o empresário quem conhece e determina as máquinas, os equipamentos e os produtos que são utilizados no processo produtivo, bem como a forma como o trabalho é organizado. É também ele quem define o profissional técnico que lhe dará assessoria, portanto, tem a posse do PCMSO, PPRA, PCMAT, etc. Com a presença de suspeita denexo (informada por meio do NTEP), seria justo manter a situação atual, onde o trabalhador é que tem que arcar com o ônus da comprovação do nexo?<sup>38</sup>

E conclui referido profissional que havendo evidências epidemiológicas de que determinada ramo de atividade tem maior incidência de determinada moléstia, o justo é que caso haja um trabalhador desse segmento produtivo acometido dessa determinada doença, tal moléstia deva ser caracterizada como doença do trabalho. Entretanto, tal presunção é relativa, cabendo ao empregador provar o contrário, conforme permite os parágrafos 1º e 2º do artigo 21-A da Lei nº 8.213/91.

A adoção do NTEP com a conseqüente inversão do ônus da prova servirá de estímulo para que os empregadores realmente invistam nos programas que promovem a saúde e segurança. Os resultados já começam a aparecer, pois conforme consta no site do Ministério da Previdência Social:

O NTEP foi implementado nos sistemas informatizados do INSS, para concessão de benefícios, em abril/2007 e de imediato provocou uma mudança radical no perfil da concessão de auxílios-doença de natureza acidentária: houve um incremento da ordem de 148%. Este

---

38 OLIVEIRA, op. cit., 2008, p. 189-190.

valor permite considerar a hipótese que havia um mascaramento na notificação de acidentes e doenças do trabalho.<sup>39</sup>

Assim, espera-se “que a adoção do nexo técnico epidemiológico, introduzido pela Lei n. 11.430/06, sirva para afastar as distorções estatísticas causadas pela subnotificação,”<sup>40</sup> bem como servir de estímulo para que os empregadores possam investir cada vez mais na saúde e segurança de seus empregados.

## 8 O SOLIDARISMO CONTRATUAL E A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

A Constituição prevê que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado dentre outros, o princípio da função social da propriedade.

Com esses novos ventos constitucionais, a propriedade é outro instituto que sofreu substanciais mudanças, deixando de ser um direito absoluto e passando a ter função social, como disposto na Constituição Federal, art. 170, inciso.<sup>41</sup>

Emprestar ao direito uma função social significa considerar que os interesses da sociedade se sobrepõem aos do indivíduo-empresa, sem que isso implique, necessariamente, a anulação da pessoa humana, justificando-se a ação do Estado pela necessidade de acabar com as injustiças sociais.<sup>42</sup>

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Roberto Grau, bem resume a questão:

O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua

39 BRASIL, Ministério da Previdência Social. Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário - NTEP. Disponível em: <<http://www.mps.gov.br/conteudoDinamico.php?id=463>>. Acesso em: 19 abr. 2009.

40 OLIVEIRA, op. cit., 2008, p. 32.

41 AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. introdução. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 153.

42 Ibid., p. 367.

como fonte de imposição de comportamentos positivos – prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de não fazer – ao detentor do poder que deflui da propriedade.<sup>43</sup>

Verifica-se, ainda, que a função social da empresa tem como suporte maior a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido é a lição de Gustavo Tepedino para quem,

O conteúdo da função da social da propriedade é informado pelo próprio texto constitucional, que tem na dignidade da pessoa humana regra basilar e estabelece como objetivos fundamentais da República, a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais.<sup>44</sup>

Nessa mesma linha, Sandra Lia Simon, ex-Procuradora-Geral do Trabalho, identifica o poder diretivo patronal como direito-função, vez que a atividade empresarial não pode visar única e tão somente o interesse exclusivo do sócio-capitalista, mas antes deve alcançar interesses os mais variados, como os dos trabalhadores, da coletividade ou do Estado. E arremata a ilustre membro do MPT: “a propriedade constitui um direito e um encargo; a propriedade obriga”.<sup>45</sup>

A Ministra Carmen Lúcia do Supremo Tribunal Federal também compartilha da idéia de que a propriedade não deve ser mais vista como um direito individual, de característica absoluta, mas pluralizada e vinculada à sua função social.<sup>46</sup>

Destarte, combinando as idéias acima mencionadas temos que a empresa, no exercício do direito de propriedade, tido como um direito-função, deve exercê-lo com vistas a valorização do trabalho, ao respeito ao meio ambiente, ao mercado, e principalmente, visando à proteção da dignidade da pessoa humana dos seus trabalhadores, não permitindo que o mesmo sofra acidentes em sua rotina de trabalho.

43 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 269.

44 GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 413.

45 SIMON, Sandra Lia. O Ministério Público do Trabalho e as Coordenadorias Nacionais. In: PEREIRA, Ricardo José Macedo de Brito (Org.). *Ministério Público do Trabalho: Coordenadorias Temáticas*. Brasília: ESMPTU, 2006. Apud. DALLEGRAVE NETO, 2008, p. 142.

46 Apud. DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 377.

E poderíamos dizer mais, a funcionalização do conceito de empresa, conduz à sua responsabilidade social, que é o compromisso assumido com os que estão ao seu redor, e, em especial com o trabalhador que tem, entre outros, direito à educação, lazer e saúde, o que cria para o seu empregador obrigação de fazer, no sentido de que tais direitos sejam efetivamente implementados, haja vista a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

## 9 CONCLUSÃO

Ocorre que, apesar de todo o aparato de normas anteriormente mencionado, no Brasil ocorre cerca de uma (01) morte a cada três (03) horas, motivadas pelos riscos dos ambientes de trabalho e ainda cerca de catorze (14) acidentes ocorrem a cada 15 (quinze) minutos da jornada diária.<sup>47</sup>

Porém, nem tudo está perdido, pois como diz uma das maiores autoridades no assunto no país, o Prof. Sebastião Geral do de Oliveira, “Pode-se observar uma crescente preocupação dos empresários com a questão da saúde e segurança do trabalhador”.<sup>48</sup> E acrescentaríamos, ainda, o crescente interesse das autoridades governamentais quanto a esse assunto. Dito especialista assevera ainda que os empresários estão promovendo mudanças no gerenciamento desse tema, e isso se deve a diversos fatores: a pressão sindical, as repercussões negativas na mídia, as atuações do Ministério Público do Trabalho e da Inspeção do Ministério do Trabalho e Emprego, e em especial, as indenizações judiciais.

Assim, o que se verifica é que a redução do número de acidentes de trabalho no país está a depender da atuação conjunta de vários setores da sociedade: dos empregadores que devem velar pelo cumprimento das normas de Segurança e Saúde no Trabalho – SST; do Ministério do Trabalho e Emprego, por meio dos Auditores-Fiscais do Trabalho que devem atuar firmemente na fiscalização do fiel cumprimento de tais normas de SST; do Ministério Público do Trabalho que deve atuar de maneira pró-ativa e mais próxima aos demais atores sociais; dos

---

47 BRASIL, Ministério da Previdência Social. Anuário Estatístico da Previdência Social 2007. Seção IV – Acidentes do Trabalho. Disponível em: <<http://www.mps.gov.br /conteudoDinamico .php?id=559>>, acesso em: 19 abr. 2009.

48 OLIVEIRA, op. cit., 2008, p. 32.

profissionais da área de SST, que devem atuar de maneira ética, sugerindo medidas que realmente protejam a saúde e segurança do trabalhador; a Advocacia-Geral da União, por meio de seus Procuradores Federais que devem ajuizar as competentes ações regressivas; do poder judiciário, condenando os responsáveis pela ocorrência dos acidentes do trabalho.

Por fim, e na linha do pensamento de Rudolf Von Ihering, para quem a “vida do direito é um luta: luta dos povos, do Estado, das classes, dos indivíduos”<sup>49</sup>, deve o trabalhador, isoladamente ou por meio de seu sindicato, procurar todos os meios para que passe a laborar em um ambiente saudável, e isso é “um dever do interessado para consigo próprio, porque é um preceito da própria conservação moral; é um dever para com a sociedade, porque esta resistência é necessária para que o direito de realize.”<sup>50</sup>

Afinal, o ambiente de trabalho deve servir para o homem ganhar o seu sustento e dar um sentido à sua vida e, não, em lugar para se tornar vítima de acidente ou até mesmo encontrar a morte, como infelizmente ainda está a ocorrer.

## 10 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ildeberto M. de; BINDER, Maria Cecília P.; AZEVEDO, Noé Dias. (elab.) Análise Crítica de Investigações de Acidentes do Trabalho Típicos realizadas por três empresas metalúrgicas de grande porte do Estado de São Paulo. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, nº 85/86, vol. 23, p. 103-115.

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo trabalho*. 5 ed. São Paulo: Cortez, 1998.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

---

49 VON IHERING, Rudolf. *A luta pelo direito*. 17 ed. João Vasconcelos (trad.). Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 01.

50 VON IHERING, op. cit., p. 17.

BRASIL, Ministério da Previdência Social. Anuário Estatístico da Previdência Social 2007. Seção IV – Acidentes do Trabalho. Disponível em: <<http://www.mps.gov.br/conteudoDinamico.php?id=559>>. Acesso em: 19 abr. 2009.

BRASIL, Ministério da Previdência Social. Nexó Técnico Epidemiológico Previdenciário - NTEP. Disponível em: <<http://www.mps.gov.br/conteudoDinamico.php?id=463>>. Acesso em: 19 abr. 2009.

BRASIL, Ministério da Previdência Social. Saúde e Segurança Ocupacional. Disponível em: <<http://www.mps.gov.br/conteudoDinamico.php?id=39>>. Acesso em: 19 abr. 2009.

COUTO, Guadalupe Louro Turos. O processo coletivo como instrumento de transformação da realidade social dos trabalhadores e o Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: CORDEIRO, Juliana Vignoli; CAIXETA, Sebastião Vieira (Coord.). *O Processo como instrumento de realização dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: LTr, 2007.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2008.

GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELO, Raimundo Simão de. Ação Coletiva de tutela do meio ambiente do trabalho. In: RIBEIRO JÚNIOR, José Hortêncio; CORDEIRO, Juliana Vignoli; FAVA, Marcos Neves; CAIXETA, Sebastião Vieira (Org.). *Ação coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

MELO, Raimundo Simão de. *Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho*. 2 ed. 2ª tiragem. São Paulo: LTr, 2006.

MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2008.

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

MIRANDA, Alessandro Santos de. Coordenadoria Nacional de Defesa do Meio Ambiente do Trabalho (CODEMAT). In: PEREIRA, Ricardo José Macedo de Brito (Org.). *Ministério Público do Trabalho: Coordenadorias Temáticas*. Brasília: ESMPU, 2006.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 2 ed. São Paulo: LTr, 1998.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 4 ed. São Paulo: LTr, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SIMON, Sandra Lia. O Ministério Público do Trabalho e as Coordenadorias Nacionais. In: PEREIRA, Ricardo José Macedo de Brito (Org.). *Ministério Público do Trabalho: Coordenadorias Temáticas*. Brasília: ESMPU, 2006.

VIANA, Márcio Túlio. *Direito de Resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador*. São Paulo: LTr, 1996.

VON IHERING, Rudolf. *A luta pelo direito*. 17 ed. João Vasconcelos (trad.). Rio de Janeiro: Forense, 1999.



# REFORMATIO *IN PEJUS* NO PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO: FUNDAMENTOS, CONDIÇÕES E LIMITES

*Karla Virgínia Bezerra Caribé*  
*Procuradora Federal junto à ANEEL*  
*Pós-graduada em Direito Processual Civil e em Direito Público*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Princípio da Non Reformatio in Pejus; 2 O Processo Administrativo Brasileiro; 2.1 Modalidades de processo administrativo; 3 A possibilidade de reformatio in pejus no processo administrativo brasileiro; 3.1 Fundamentos; 3.2 Procedimentos; 3.3 Correntes existentes; 3.4 Reforma para pior nos processos punitivos; 3.5 vedação da reformatio in pejus na revisão administrativa; 4 A possibilidade de desistência do recurso administrativo interposto; 5 Conclusão; 6 Referências.

**RESUMO:** O Direito Brasileiro tem como princípio a proibição de uma instância julgadora recursal prejudicar, de algum modo, a situação do recorrente, quando só este interpõe recurso contra uma decisão judicial. Tal vedação, conhecida como princípio da non reformatio in pejus, é aplicada, por previsão legal, ao processo penal e, por interpretação sistemática, ao processo civil.

O processo administrativo, objeto de análise do presente trabalho, por muito tempo foi considerado carente de legislação específica. Por tal motivo, é corriqueira a utilização de disciplina e princípios de outros ramos do direito processual a esta espécie de procedimento. Ocorre que, em 29 de janeiro de 1999, foi publicada a Lei nº 9.784, a qual passou a regular o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Com a nova disciplina legal, tornou-se razoável a defesa da autonomia do Direito Processual Administrativo, o qual passou a ter seus próprios fundamentos.

Inovando na legislação brasileira, a aludida lei previu a possibilidade de reformatio in pejus no processo administrativo, disposição esta cujos fundamentos pretender-se-á estudar. Sabe-se que não será tarefa simples entender o porquê da possibilidade de reforma prejudicial ao recorrente neste tipo de procedimento. Objetiva-se traçar as peculiaridades do processo administrativo e suas espécies, para encontrar os fundamentos, as condições e os limites da reformatio *in pejus*.

Tem-se, ainda, como objetivo deste trabalho a análise do procedimento necessário para a implementação da reformatio in pejus, bem como o desenvolvimento do estudo acerca da possibilidade de desistência do recurso, nos casos em que se vislumbrar a aplicação deste tipo de reforma.

O aprofundamento de tema tão tormentoso resultou em um estudo que pretende ser útil aos operadores do direito administrativo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo Administrativo Brasileiro. Lei nº 9.784/1999. Autonomia Processual. Exceção ao princípio da non reformatio in pejus. Possibilidade de desistência do recurso administrativo. Interesse público. Princípio da legalidade.

**ABSTRACT:** One of the principal tenets of Brazilian Law is that an appeals court is prohibited from jeopardizing, in whatsoever fashion, the position of the appellant, when this appellant alone is lodging an appeal against a judicial ruling. This prohibition, known as the principal of non reformatio in pejus, is intended according to the statutes to apply to criminal proceedings and, by way of systematic interpretation, to civil proceedings also.

Administrative proceedings, which are the subject of this study, were for a long time considered to lack specific legislation. It is thus common to use laws and principles from other branches of procedural law for this kind of proceeding. On 29 January 1999, Law n° 9,784 was published, to govern administrative proceedings in the field of federal government administration. With this new law, it is now reasonable to defend the autonomy of administrative procedural law, which now has its own rules and grounds.

This pioneering piece of Brazilian legislation admits the possibility of reformatio in pejus in administrative proceedings, a legal provision, the grounds for which are studied here. It is known that it will be no easy task to understand why the overturning of a ruling prejudicial to the appellant is possible in this kind of proceeding. The aim is to outline the peculiarities of administrative proceedings and their various forms, in order to discover the grounds, conditions and limitations of reformatio in pejus.

This study also aims to investigate the procedure needed to implement reformatio in pejus and to examine the possibility of withdrawing an appeal, in cases where a ruling may be overturned in this way.

Shedding light on such a thorny issue has resulted in a fairly innovative study that is intended for use by those who work directly with administrative law.

**KEYWORDS:** Principle of Non Reformatio in Pejus. Brazilian Administrative Process. Law n° 9,784/1999. Procedural Autonomy. Exception Non-Conditional on Principal. Self-Injunction. Criminal Proceedings. Possibility of Withdrawing an Administrative Appeal.

## INTRODUÇÃO

Por muitas décadas, o Direito Processual Administrativo foi visto com restrições, de cunho legal, uma vez que se encontrava desprovido de legislação que disciplinasse seus fundamentos, regras e princípios. Não se pode negar que a Lei nº 9.784/1999 representou um divisor de águas no desenvolvimento da autonomia que transformou o processo administrativo num direito ainda não codificado, mas com disciplina própria. Há doutrina que, inclusive, comunga deste entendimento:

Não obstante tais considerações, entendemos que a Lei de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99) veio a sistematizar, no âmbito federal, uma série de princípios e regras que se encontram dispersos no ordenamento jurídico brasileiro e que regulam a processualidade do agir da Administração Pública, legitimando a ousadia deste que se vê tentado a categorizar o processo administrativo como disciplina autônoma<sup>1</sup>.

Atualmente, é fato inconteste que este direito processual tem dogmas que lhe são exclusivos, sempre orientados por princípios do direito administrativo material, tais como indisponibilidade do interesse público, supremacia deste sobre os interesses particulares dos administrados, legalidade estrita, dentre outros. Sabe-se, ainda, que tais fundamentos orientam a atuação administrativa, na forma de conduzir o seu processo, fazendo surgir outras balizas, tais como a busca pela verdade material e o efeito amplamente devolutivo dos recursos administrativos.

Neste sentido, a Lei nº 9.784/99, como uma forma de materializar tais princípios supremos, expressamente estabeleceu a possibilidade de uma instância recursal superior, em apreciação de recurso interposto somente por uma das partes processuais, prejudicar, de algum modo, a situação daquele que recorreu.

Trata-se de exceção ao princípio, aplicado aos processos penal e civil, do *non reformatio in pejus*. Na legislação processual administrativa, que hoje tem contornos autônomos, tal princípio não pode ser aplicado, pois, além de existir expressa disposição legal neste

---

1 VICHI, Bruno de Souza. Do recurso administrativo e da revisão. In: FIGUEIREDO, Lúcia do Valle (coord.). *Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99)*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 237.

sentido, seu regramento vai de encontro aos fundamentos do direito administrativo.

As balizas teóricas que permitem a *reformatio in pejus* no processo administrativo brasileiro têm sido vistas com desconfiança e certa restrição pela doutrina pátria, que não raras vezes impõe limites não previstos em lei para a aplicação do instituto.

Há doutrinadores, inclusive, que, na contramão do que estabelece a legislação específica (Lei nº 9.784/99), impõe restrições à reforma prejudicial ao recorrente no processo administrativo. Neste sentido, Lúcia Valle Figueiredo, em doutrina que diz amadurecida, entende:

Anteriormente, na 1ª edição, escrevemos ser possível a *reformatio in pejus*, excluindo-a dos processos sancionatórios e disciplinares.

Todavia, reeditando o tema, em edições posteriores, entendemos que esta apenas é possível como conatural à explicitação da função administrativa. Portanto, quando o processo revisivo for feito de ofício pela Administração ou, se provocadamente, encontrem-se outros envolvidos, como, por exemplo, nos procedimentos concorrenciais. Mas, na verdade, não será *reformatio in pejus*<sup>2</sup>.

Em sentido contrário, contudo, outros também renomados doutrinadores desenvolveram teorias favoráveis ao instituto, algumas vezes de forma ampla, e em outras colocando pequena restrição à possibilidade de *reformatio in pejus*. Válidos são os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho:

Dispôs o art. 64, parágrafo único, que se da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão.

A interpretação do texto não leva mesmo a conclusão diversa. Ao estabelecer que é possível que a decisão sobre o recurso possa causar gravame ao recorrente, está, implicitamente, admitindo que, mesmo tendo recorrido apenas o interessado (o que aqui vai ser a regra, já que quase não haverá o contraditório de partes, como sucede no

<sup>2</sup> FIGUEIREDO, Lúcia do Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7 ed. São Paulo: Malheiros. 2004. p. 442.

processo judicial), pode ocorrer que a decisão no recurso desfavoreça mais ainda o recorrente do que a decisão recorrida o fizera<sup>3</sup>.

Percebe-se de pronto que o tema a ser enfrentado não é simples. Há entendimentos doutrinários desenvolvidos em vários sentidos, mas se desconhece um estudo acerca do tema a partir de uma análise sistemática do direito processual administrativo, com seus princípios orientadores. Por meio de uma investigação jurídica com tal paradigma, pode-se tomar conclusões inovadoras sobre o assunto, que, certamente, serão objeto de reflexão por aqueles que, no dia-a-dia, convivem com o tormentoso processo administrativo.

## 1 O PRINCÍPIO DA NON REFORMATIO IN PEJUS

Tradicionalmente visto como um dogma do processo judicial, o princípio da *non reformatio in pejus* veda que o órgão *ad quem*, no julgamento de um recurso, profira decisão mais desfavorável ao recorrente, sob o ponto de vista prático, do que aquela contra a qual se interpôs recurso<sup>4</sup>.

Decorrencia do devido processo legal e das garantias do contraditório e da ampla defesa, a proibição da *reformatio in pejus* teve origem e desenvolvimento no âmbito do Direito Processual Penal, como uma das limitações impostas ao poder punitivo estatal e como uma garantia ao acusado no processo punitivo. Daí, o Código de Processo Penal expressamente consagrou o princípio em um de seus dispositivos, o qual segue transcrito abaixo:

Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos artigos 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.

Na seara do processo civil, a vedação à *reformatio in pejus* é hoje reconhecida, embora não exista norma expressa a respeito. A aplicação aqui decorre diretamente do princípio dispositivo, segundo o qual o juiz depende sempre das provas e alegações apresentadas pelas partes.

3 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal. Comentários à Lei nº 9.784 de 29/1/1999*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 325-326.

4 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7 ed. São Paulo: Forense. 1998. p.426.

A prestação jurisdicional está condicionada ao pedido formulado pelo autor, nos termos da petição inicial, não se admitindo sentença que conceda aquilo que não foi pleiteado (*extra, ultra ou infra petita*). Na fase recursal, somente a matéria impugnada é devolvida ao órgão ad quem, para ser revista, o que é tido como efeito devolutivo dos recursos. A pretensão recursal, portanto, fixa os limites e a esfera de devolutividade do recurso, conforme o brocardo *tantum devolutum quantum appellatum*.

Para o renomado jurista Napoleão Nunes Maia Filho:

No sistema do CPC de 1939, ocorria uma certa dúvida quanto à possibilidade de aplicação da *reformatio in pejus*, já que se previa, quanto à apelação, a devolução à superior instância do conhecimento integral das questões suscitadas e discutidas na ação (art. 824 do CPC de 39), salvo se o recorrente tivesse especificado qual a parte da sentença a que dirigia a sua impugnação (art. 811 do CPC de 39). Foi precisamente para espantar essa dúvida, aliás em tudo e por tudo mais do que razoável, que o CPC de 1973 restringiu a cognição da instância recursal aos limites da matéria impugnada pela parte recorrente (art. 515), atendendo ao preceito “*tantum devolutum quantum appellatum*”, que exclui dessa cognição, logicamente, as matérias que não foram objeto de impugnação, porque as razões do recurso é que dão a medida do respectivo conhecimento (STJ, Resp. 150.390-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, RevSTJ 128/366; REsp. 7.143, Rel. Min. CESAR ROCHA, 16.08.93, p.15.955)<sup>5</sup>.

Observa-se, contudo, que no âmbito do processo civil é possível se vislumbrar limites à proibição de *reformatio in pejus*. É que, tratando-se de matéria de ordem pública, sua cognição, desde que não tenha ocorrido preclusão, independe da vontade das partes. Neste sentido, estabelece o Código de Processo Civil:

Art. 267. [...]

§ 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na

5 MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *O Direito de Recorrer. Introdução ao estudo do direito recursal*. Fortaleza: Casa de José de Alencar. 2002. p.114.

primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

A aplicação do princípio de *non reformatio in pejus* é também reconhecida pela jurisprudência pátria. Confirma-se julgamento do STJ:

Direito civil. Ação de indenização por danos morais decorrentes da inscrição indevida do nome do autor em cadastros de inadimplência. Pedido julgado procedente. Execução do julgado. Discussão a respeito do dies a quo para a fixação dos juros. Hipótese de ato ilícito, e não de ilícito contratual. [...]

A hipótese dos autos, porém, apresenta uma peculiaridade. O acórdão recorrido fixou o dies a quo para a incidência dos juros na data da citação para o processo de conhecimento. O recurso especial interposto a fls. 121 e ss., foi manejado apenas pela instituição financeira. O objetivo era do modificar o julgado para que, de duas, uma: ou se fixasse a incidência dos juros a partir do momento da citação na ação de execução; ou que eles fossem fixados a partir do trânsito em julgado do acórdão que estabeleceu a condenação. *Importante notar que não há recurso da parte contrária visando adaptar o acórdão recorrido à orientação contida na Súmula nº. 54/STJ. Ora, sendo assim, não é possível aplicar integralmente a orientação contida na súmula, sob pena de prover-se reformatio in pejus.* (REsp 660459/RS, Rel. Ministra Nancy Andriighi, 20/08/2007). (grifo nosso)

Embora pacífica a aplicação do princípio no âmbito do Direito Processual Penal e Civil, o mesmo não se pode dizer do Direito Processual Administrativo. O fato é que, nesta seara, que atualmente tem regras e princípios próprios, há previsão legal expressa em sentido contrário, ou seja, determinando a possibilidade da instância recursal agravar a situação daquele que recorre administrativamente.

Como se verá adiante, no processo administrativo há fundamentos que explicam a aplicação da reforma ampla e irrestrita da decisão anterior, no julgamento do recurso, mesmo que interposto por apenas uma das partes. Tais balizas são aplicadas exclusivamente ao direito administrativamente, o que é capaz de justificar a disposição expressa da Lei nº 9.784/99 que excepciona o princípio da *non reformatio in pejus* e insere a reforma para pior como um instrumento plenamente aplicável.

## 2 O PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Tratar de processo administrativo, embora possa parecer, não é tarefa simples. A doutrina nunca foi uníssona sobre a possibilidade de utilização do termo processo na esfera administrativa. A percepção de que haveria processo além da esfera judicial passou a mudar a partir da década de 50, quando, gradativamente, se vinculou a idéia de processo ao exercício do poder estatal<sup>6</sup>. Resultante desta evolução conceitual, hoje é plenamente aceitável falar-se em processo nas atividades inerentes aos Poderes Legislativo e Executivo. Segundo José Cretella Junior:

Na legislação dos diversos países, o processo administrativo, que, antes de tudo, é processo, está regulamentado por uma séria de regras características, típicas, que o distinguem de seus congêneres – processo penal, processo civil – também autônomos, com métodos próprios, normas próprias, princípios e objeto peculiares<sup>7</sup>.

Pode-se conceituar o processo administrativo, em geral, como um instrumento formal constituído pelo encadeamento sucessivo de atos direcionados para um mesmo objetivo, identificado previamente pela Administração Pública. Nas valiosas lições de Diógenes Gasparini:

Processo administrativo, em sentido prático, amplo, é o conjunto de medidas jurídicas e materiais praticadas com certa ordem e cronologia, necessárias ao registro dos atos da Administração Pública, ao controle do comportamento dos administrados e de seus servidores, a compatibilizar, no exercício do poder de polícia, os interesses público e privado, a punir seus servidores e terceiros, a resolver *controvérsias administrativas e a outorgar direitos a terceiros*<sup>8</sup>.

Identifica-se três elementos que integram a totalidade de processos administrativos, sejam eles de qual espécie for. Primeiramente, o processo retrata uma relação jurídica formal, a qual se torna vinculante para todos os sujeitos que dele participam, principalmente para as

---

6 COZER, Felipe Rodrigues. *Reformatio in Pejus nos Processos Administrativos Sancionadores*. Monografia apresentada como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, PUC. Rio de Janeiro. 2007. p. 16.

7 CRETELA Junior, José. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 627-628.

8 GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 987.

partes envolvidas. Há também o elemento consistente no objetivo, que necessariamente deve conter o processo. Só será instaurado um processo na esfera administrativa se alguma finalidade existir para ser alcançada. Por fim, não se cogita de processo sem procedimento, que constitui seu elemento material.

O processo administrativo tem, atualmente, uma processualística própria e independente do processo judicial, embora tenha muitas regras em comum com este. Neste sentido, doutrina José dos Santos Carvalho Filho:

Algumas regras do processo administrativo federal guardam semelhança com as do processo judicial. A lei estabelece normas sobre competência administrativa, impedimento e suspeição, forma, tempo e lugar dos atos do processo e comunicação em que avulta a observância do contraditório e ampla defesa, regra de inegável importância é a que obriga a Administração a decidir os processos administrativos e dar resposta às reclamações e solicitações formuladas pelos interessados (art. 48). Tenta o legislador evitar as indesejáveis paralisações de processos na Administração, muitas vezes deliberadas e ilegais, e usadas para esconder outros fatos ilegítimos. Para que as questões sejam solucionadas, é preciso a definição do processo, e é exatamente a essa definição que agora está vinculado o administrador.<sup>9</sup>

O desenvolvimento dos atos integrantes do processo administrativo deve seguir formalidades previstas na legislação correlata, só se podendo falar em informalidade dos atos, quando inexistir previsão expressa na Lei sobre o assunto.

Uma vez analisadas as principais características do processo administrativo e a reconhecida a independência do atual Direito Processual Administrativo, cumpre adentrar na esfera da disciplina relacionada às diversas modalidades deste tipo de processo, com vistas a chegar ao objeto principal do presente trabalho monográfico. É que para se fazer uma análise completa acerca do instituto da *reformatio in pejus* no processo administrativo (seus fundamentos e possíveis limites), faz-se mister uma investigação preliminar acerca das principais espécies de processo administrativo hoje existentes no Direito Brasileiro.

9 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 16 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 822-823.

## 2.1 MODALIDADES DE PROCESSO ADMINISTRATIVO

O Estado Social inaugurado em meados do século passado trouxe consigo a criação de inúmeros órgãos autônomos, que descentralizaram a atividade administrativa, conferindo-lhe a autonomia necessária. A considerável ampliação das atribuições da Administração Pública diversificou os tipos de processo administrativo, os quais possuem as mais diversas classificações doutrinárias.

Dentre os inúmeros agrupamentos existentes, considera-se o de Hely Lopes Meirelles, o mais objetivo e sistemático. Com maestria, o citado doutrinador classifica o processo administrativo em quatro modalidades, a saber:

Processo administrativo de expediente é denominação imprópria que se dá a toda autuação que tramita pelas repartições públicas por provocação do interessado ou por determinação interna da Administração, para receber a solução conveniente. Processo administrativo de outorga é todo aquele em que se pleiteia algum direito ou situação individual perante a Administração. Processo administrativo de controle é todo aquele em que a Administração realiza verificações e declara situação, direito ou conduta do administrado ou de servidor, com caráter vinculante para as partes. Processo administrativo punitivo é todo aquele promovido pela Administração para a imposição de penalidade por infração de lei, regulamento ou contrato. Esses processos devem ser necessariamente contraditórios, com oportunidade de defesa, que deve ser prévia, e estrita observância do devido processo legal (*due process of Law*), sob pena de nulidade da sanção imposta<sup>10</sup>.

A classificação acima se mostra, indubitavelmente, útil para proporcionar uma perspectiva real dos processos administrativos em geral. De grande relevo também é a classificação dualista proposta por José Santos Carvalho Filho, que identifica dois grandes grupos de processos administrativos: os processos não-litigiosos e os processos litigiosos. Em suas palavras:

---

10 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32 ed. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 691-693.

Os processos não-litigiosos, como o próprio nome indica, são aqueles em que não se apresenta conflito de interesses entre o Estado e um particular.

Nosso foco, portanto, são os processos administrativos litigiosos e, mas especificamente, os processos sancionadores.

Essa categoria, aliás, constitui um dos pontos diferenciais dos processos judiciais, já que neste é indispensável a presença do conflito. Os processos não-litigiosos são os de maior número e através deles se concretiza o desempenho da função administrativa nos seus mais variados aspectos, desde os mais simplórios até os mais complexos.

O grande fundamento de tais processos é o princípio do formalismo das atividades administrativas. Para que os administrados e a própria Administração possam efetuar o controle administrativo, torna-se necessário que tudo fique formalizado e registrado.

Ao contrário do que ocorre com a categoria anterior, os processos litigiosos contêm realmente um conflito de interesses entre o Estado e o Administrado. Esse conflito é o mesmo que constitui objeto do processo judicial. A diferença, porém, como já vimos, está em que as decisões neste último podem tornar-se imutáveis, fato que não ocorre nos processos administrativos.<sup>11</sup>

Vistas duas importantes classificações de processo administrativo, importa destacar a possibilidade de se apresentar, em tais processos, os recursos administrativos. Conhecidos como instrumentos de controle interno dos atos administrativos, os recursos são manejados por provocação dos administrados. Cabe às partes na relação processual solicitarem formalmente o reexame dos atos administrativos, devolvendo à apreciação da autoridade superior os aspectos de legalidade e mérito.

Os recursos, portanto, consistem em mecanismos de controle interno de legalidade e de legitimidade dos atos da Administração Pública, e são também um direito do administrado, já que há previsão legal expressa neste sentido.

---

11 CARVALHO, op. cit., p. 814-815.

Diante das diversas espécies de processos administrativos e da previsão do direito do administrado de interpor recurso em qualquer um deles, alguns doutrinadores costumam tomar conclusões diferenciadas no que tange à aplicação da reforma em cada uma das modalidades de processo administrativo. De fato, há de serem consideradas as peculiaridades de cada tipo de processo. Contudo, tais nuances não são suficientes para afastar a processualística administrativa prevista expressamente na Lei nº 9.784/99, mas apenas devem ser consideradas na aplicação subsidiária das normas de processo civil ou penal, que só há de ser realizada quando da inexistência de norma processual administrativa específica a respeito.

### **3 A POSSIBILIDADE DE REFORMATIO IN PEJUS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**

A Lei nº 9.784/99, como dito alhures, estabeleceu, de forma expressa, a possibilidade de decorrer gravame à situação do recorrente da decisão que aprecia um recurso administrativo. Trata-se de disposição legal que admite a *reformatio in pejus* no processo administrativo brasileiro. Transcreve-se, abaixo, o aludido artigo:

Art. 64. O órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência.

Parágrafo único. Se da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão.

Para Hely Lopes Meirelles:

Em qualquer modalidade de recurso a autoridade ou o tribunal administrativo tem ampla liberdade de revisão do ato recorrido, podendo modificá-lo ou invalidá-lo por motivo de legalidade, conveniência, oportunidade ou, mesmo, por razões de ordem técnica que comprometam a eficiência do serviço público ou a utilidade do negócio em exame.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 672.

### 3.1 FUNDAMENTOS

Costuma-se fundamentar a previsão legal acima transcrita, que admite a *reformatio in pejus* no processo administrativo, na Teoria Geral do Direito Administrativo, com os princípios e regramentos que lhe são próprios. Com efeito, sustenta parte da doutrina que a reforma prejudicial à recorrente é amplamente admitida nos processos administrativos em geral, com fundamento nos princípios da legalidade, da oficialidade, da supremacia do interesse público e da verdade material.

A possibilidade de reforma para pior decorreria, na verdade, da liberdade conferida à Administração Pública de rever os seus próprios atos, o que lhe autorizaria modificá-los ou invalidá-los segundo critérios de conveniência e oportunidade, ou mesmo para corrigir uma ilegalidade cometida.

Com efeito, pelo princípio da autotutela, “a administração deve se autoprotoger ou corrigir-se continuamente, afastando, por iniciativa própria, qualquer irregularidade, abuso ou ilegalidade, e até mesmo, substituir procedimentos, práticas ou atos que se mostrem inadequados, ultrapassados ou ineficazes”<sup>13</sup>. Vê-se, assim, que se a Administração pode (ou deve, dependendo da situação) rever, até mesmo de ofício, um ato qualquer praticado, não há razão para limitar esta atuação, no caso de provocação de uma das partes, por meio da interposição de um recurso administrativo.

Havendo ilegalidade da decisão objeto de recurso, há um dever da Administração (atividade vinculada) de rever o ato praticado em desconformidade com a lei. Trata-se do princípio da legalidade, o qual para a Administração Pública é aplicado de forma estrita, só podendo esta agir de acordo com o que está expressamente previsto em lei. Assim, costuma-se afirmar que a necessidade de se buscar a legalidade de suas decisões acima dos interesses privados justifica o agravamento da situação do recorrente, quando da apreciação de recurso interposto por apenas um dos interessados. Encontra-se neste fato um importante fundamento para o tratamento diferenciado do tema da *reformatio in pejus*, em processo administrativo.

---

13 BRUNING, Raulino Jacó. *Processo Administrativo Constitucional*. Florianópolis: Conceito. 2007. p. 112.

Também o princípio da oficialidade, relacionado com o da verdade material, pode justificar a possibilidade de agravamento da situação daquele que recorre na esfera administrativa. Sabe-se que a Administração tem o dever de deflagrar e principalmente impulsionar o processo e ainda revisá-lo (se necessário), por iniciativa própria, sempre em busca da verdade material dos fatos.

A verdade material autoriza o administrador a perseguir a verdade real, aquela que efetivamente resulta dos acontecimentos ocorridos e que estão sendo objeto de análise no competente processo administrativo. Em se tratando de processos judiciais, vige, em contrapartida, o princípio da verdade formal, já que o magistrado deve se limitar a decidir de acordo com as provas colacionadas aos autos, em obediência ao conhecido brocardo *quod non est in actis in mundo*.

Buscando os fundamentos constitucionais do princípio em análise, Celso Antônio Bandeira de Mello doutrina:

O princípio da verdade material se estriba na própria natureza da atividade administrativa. Assim, seu fundamento constitucional implícito radica-se na própria qualificação dos Poderes tripartidos, consagrada formalmente no art. 2º da Constituição, com suas inerências.

Deveras, se a Administração tem por finalidade alcançar verdadeiramente o interesse público fixado na lei, e óbvio que só poderá fazê-lo buscando a verdade material, ao invés de satisfazer-se com a verdade formal, já que esta, por definição, prescinde do ajuste substancial com aquilo que efetivamente é, razão por que seria insuficiente para proporcionar o encontro com o interesse público substantivo.

Demais disso, a previsão do art. 37, caput, que submete a Administração ao princípio da legalidade, também concorre para a fundamentação do princípio da verdade material no procedimento, pois, se esta fosse postergada, seria impossível atender a autêntica legalidade na criação do interesse público<sup>14</sup>.

---

14 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros. 1995. p. 306-307.

Exatamente pelo dever de buscar a verdade real, os agentes administrativos detêm o poder da oficialidade, ou seja, de ir ele mesmo atrás dos elementos necessários para a elucidação do caso em discussão. Neste sentido, determina a já citada Lei nº 9.784/99:

Art. 29. As atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias.

José dos Santos Carvalho Filho, com a maestria que lhe é própria, já analisou a íntima relação existente entre os princípios da oficialidade e o da verdade material, manifestando, inclusive, o entendimento de que ambos fundamentam a *reformatio in pejus*. Segue trecho de sua exposição:

Por conseguinte, o interesse da Administração em alcançar o objeto do processo e, assim, satisfazer o interesse público pela conclusão calcada na verdade real, tem prevalência sobre o interesse do particular. Por isso é que esse princípio serve também como fundamento da *reformatio in pejus*, com examinamos anteriormente.

Apenas como exemplo prático, veja-se a matéria de prova. No processo judicial, é às partes que compete a produção das provas que respaldem suas alegações. O juiz apenas as aprecia como meio de chegar a seu convencimento. No processo administrativo, porém, o próprio administrador vai à busca de documentos, comparecer a locais, inspeciona bens, colhe depoimentos e, a final, adota realmente todas as providências que possam conduzi-lo a uma conclusão baseada na verdade material ou real. É esse o exato sentido do princípio da verdade material.<sup>15</sup>

Como maior sustentáculo da possibilidade de reforma prejudicial ao recorrente no processo administrativo, fala-se no conhecido princípio da supremacia do interesse público, o qual assevera a prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais. Na realidade, não se poderia cogitar em vida em sociedade, se não preponderasse a vontade geral e os interesses do grupo sobre os proveitos individuais. É por isso que, além

15 CARVALHO op. cit., p. 820-821.

de ser um pressuposto de convívio social, o aludido princípio, que é um dos mais importantes enunciados do Direito Administrativo, encontra assento constitucional. Com efeito, a Carta Magna brasileira elencou, no seu art. 3º, inciso IV, como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, “promover o bem de todos”.

Em sede de Teoria Geral do Direito Administrativo, a doutrina moderna traça os elementos definidores deste princípio. Com conteúdo esclarecedor, Maria Sylvania Zanella Di Pietro elucidada:

Ocorre que, da mesma forma que esse princípio inspira o legislador ao editar as normas de direito público, também vincula a Administração Pública, ao aplicar a lei, no exercício da função administrativa.

Se a lei dá à Administração os poderes de desapropriar; de requisitar; de intervir; de policiar; de punir, é porque tem em vista atender ao interesse geral, que não pode ceder diante do interesse individual. [...]

Precisamente por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhe é atribuída por lei, os poderes atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão. Assim, a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei, não pode deixar de punir quando constante a prática de ilícito administrativo. Não pode deixar de exercer o poder de policiar para coibir o exercício dos direitos individuais em conflito com o bem-estar coletivo; não pode deixar de exercer os poderes decorrentes da hierarquia; não pode fazer liberalidade com o dinheiro público. Cada vez que ela se omite no exercício de seus poderes, é o interesse público que está sendo prejudicado.<sup>16</sup>

Indo além dos ensinamentos acima transcritos, afirma-se que, exatamente por não dispor dos interesses coletivos cuja guarda lhe foi atribuída, a Administração não está autorizada a ignorar a necessidade de correção de uma decisão ilegal ou mesmo não condizente com a realidade dos fatos, proferida pelo órgão administrativo inferior. Quer-se com isso dizer que, ao apreciar um determinado recurso administrativo interposto por apenas uma das partes interessadas, o administrador deve

16 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Atlas. 2002. p. 70.

reformular a decisão anterior, da forma que melhor atenda a legalidade, a verdade real dos fatos e o interesse público envolvido, ainda que deste novo *decisium* resulte uma situação desfavorável a parte recorrente.

Por último, impende reconhecer a abrangência do efeito devolutivo dos recursos administrativos, a qual se encontra diretamente ligada aos princípios já desenvolvidos acima. No âmbito dos procedimentos que orientam o trâmite dos processos judiciais, sabe-se que a interposição de um recurso devolve para a instância superior o poder de reapreciar as matérias que estão sendo objeto de impugnação. Não se pode falar, assim, em efeito devolutivo irrestrito, já que toda a matéria relativa ao fato recorrido é novamente apreciada, mas o mesmo não se pode falar das questões que não foram objeto de recurso.

Na seara do processo administrativo, contudo, defende-se uma maior abrangência do efeito devolutivo recursal. É que o órgão julgador do recurso pode confirmar, modificar, anular ou revogar, de forma total ou apenas parcial, a decisão recorrida, não tendo que se limitar ao que está sendo objeto específico de impugnação. A única limitação existente para a nova decisão consiste na competência do órgão que aprecia o recurso, o que significa dizer que só não pode ser alterada matéria da decisão anterior cuja análise não seja de sua competência.

Sobre a abrangência do efeito devolutivo aqui suscitada, observa-se os seguintes comentários de Sérgio Augusto G. Pereira de Souza:

No nosso entender, trata-se de trazer ao órgão recursal a totalidade do “efeito devolutivo” dos recursos, ou seja, o dispositivo tem o condão de devolver à apreciação do órgão julgador a plenitude do conhecimento de todas as matérias, de fato e de direito, objeto da decisão sujeita ao recurso.<sup>17</sup>

Como dito, a amplitude deste efeito devolutivo constitui consequência da legalidade estrita e da supremacia do interesse público, que orientam o processo administrativo brasileiro. Na realidade, todos os princípios aqui analisados estão umbilicalmente ligados e servem, em conjunto ou separadamente, como alicerce do dispositivo legal que

---

17 SOUSA, Sérgio Augusto G. Pereira de. A *reformatio in pejus* no direito administrativo sancionador brasileiro. Disponível em: <<http://www.iiede.org.br/arquivos/reformatio.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2009. p. 10.

autoriza o agravamento da situação do recorrente, em sede de processo administrativo.

### 3.2 PROCEDIMENTOS

Sabe-se que a Constituição Federal em vigor pretendeu estender para o processo administrativo algumas garantias fundamentais do processo judicial, dentre as quais se destacam a do contraditório e ampla defesa. Com efeito, sem estas proteções constitucionais não se poderia falar em devido processo legal, o qual deve estar necessariamente presente quando se discute interesses patrimoniais dos administrados.

Neste sentido, estabeleceu a Carta Magna de 1988:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros, e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Observa-se, assim, que, em cumprimento à expressa previsão constitucional, não poderia a *reformatio in pejus* no processo administrativo ser aplicada sem que fosse garantido à parte recorrente o direito de contraditório e de ampla defesa. Diante disso, impende reconhecer que o julgamento do recurso interposto na esfera administrativa para ser válido deve seguir procedimentos formais pré-estabelecidos, mormente quando há a possibilidade de que desta decisão resulte um agravamento da situação daquele que apresentou o competente recurso.

Dentre os procedimentos a serem observados pela autoridade administrativa, destaca-se a necessidade de intimar previamente o recorrente para que esta possa apresentar alegações complementares antes de prolatada a possível decisão de agravamento. Tal prática não

poderia ser dispensada em hipótese alguma, ainda que não houvesse previsão legal expressa a respeito. É que, como visto, por determinação constitucional, há a necessidade de oportunizar o contraditório das partes envolvidas, caso a apreciação do recurso direcione os fatos para rumo diverso do que estava sendo, até então, seguido. Neste sentido doutrina José dos Santos Carvalho Filho:

A atenuação instituída pelo legislador corre por conta da obrigatoria oportunidade de se abrir ao recorrente espaço para o oferecimento de novas alegações. Assim, confirmando-se decisão mais gravosa, não se poderá dizer que o interessado não teve a chance de deduzir razões para evitá-la, o que representa observância do princípio do contraditório e da ampla defesa.<sup>18</sup>

Levando-se em consideração estes fatores, a Lei nº 9.784/99, sabiamente, fixou procedimentos mínimos, a fim de garantir os direitos constitucionais dos administrados e de eliminar qualquer óbice jurídico à efetivação da reforma prejudicial ao recorrente. Seguindo tais diretrizes, a citada Lei estabeleceu:

Art. 64. O órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência.

Parágrafo único. *Se da aplicação do disposto neste artigo poder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão.* (grifo nosso)

Trata-se de formalidade essencial para a implementação da *reformatio in pejus*, que, caso ignorada, produzirá a nulidade da decisão que julgou o recurso administrativo. Nesta situação, há de se reconhecer a invalidade do último *decisum*, devendo prevalecer a decisão recorrida, prolatada pelo órgão administrativo inferior.

### 3.3 CORRENTES EXISTENTES

Registra-se que o tema da *reformatio in pejus*, que ganhou novos horizontes no âmbito do processo administrativo, possui uma complexidade muitas vezes ignorada. Prova disso é a existência de

---

18 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 326.

manifestações de renomados e tradicionais doutrinadores, analisando o assunto, fundamentadamente, de forma divergente.

Antes de expor as razões que justificam a posição que aqui será exposta, considera-se relevante um apanhado geral do que é defendido por estes doutrinadores clássicos.

Em geral, pode-se agrupar os entendimentos desenvolvidos sobre o tema em três principais correntes. Uma primeira vertente, a qual se mostra minoritária, defende a impossibilidade de *reformatio in pejus* em qualquer modalidade de processo administrativo, fundamentando-se notadamente nos princípios do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e segurança jurídica. Encabeça este posicionamento a respeitada administrativista Lúcia Valle Figueiredo, para quem há, na verdade, um dever de controle da legalidade do ato administrativo, sem que se possa falar em *reformatio in pejus*.

Com todo respeito a esse posicionamento, não parece haver razões jurídicas que o embase. É que, em decorrência da previsão expressa contida na Lei nº 9.784/99, alguma possibilidade de reforma prejudicial à recorrente há de existir no processo administrativo brasileiro, sob pena de tornar a lei sem nenhum efeito, o que foge à competência do operador do direito. Ademais, no que tange à opinião específica de Lúcia Valle Figueiredo, inexistente fundamento para excluir a configuração da *reformatio in pejus* nos casos em que a Administração exerce o controle da legalidade de uma decisão anterior. Ao contrário, o princípio da legalidade, como visto, constitui um dos mais importantes fundamentos da possibilidade da reforma prejudicial ao recorrente no processo administrativo. Destarte, deve-se entender que o aludido princípio complementa o conceito de *reformatio in pejus* e não o substitui, como defende a autora citada.

Em sentido diametralmente contrário, alguns estudiosos do assunto ensinam que a reforma prejudicial decorre da lei e deve ser aplicada em qualquer espécie de processo administrativo, em sua plenitude. Segue este entendimento Bruno de Souza Vichi, o qual assevera:

Seguindo esta linha de raciocínio é que se compreende a constitucionalidade do disposto no parágrafo único do artigo

em comento que possibilita a *reformatio in pejus* no recurso administrativo.

Com efeito, o agravamento da situação do recorrente é circunstância que deve ser admitida por quem requer a apreciação da Administração Pública sobre determinado assunto. O regime jurídico administrativo não pode excepcionar o princípio da verdade material, faceta viva do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, na esfera processual administrativa, pelo fato de o interesse individual do administrado se ver ameaçado. Ademais, representa manifestação do princípio da legalidade, na medida em que o suposto “prejuízo” do administrado representa o cumprimento à lei.<sup>19</sup>

Há, ainda, renomados autores que defendem a possibilidade de *reformatio in pejus*. Menciona-se, como exemplo, Helly Lopes Meirelles, Diógenes Gasparini, José dos Santos Carvalho Filho, José Cretella Jr., em obras já citadas neste trabalho.

Impende reconhecer, ainda, a existência de interpretações no sentido intermediário, que, em geral, aplicam a *reformatio in pejus* a depender da espécie de processo administrativo. Assim, muitos defendem, por exemplo, que nos processos sancionadores ou disciplinares haveria uma limitação à utilização do instituto, entendimento consubstanciado na aplicação analógica dos princípios do Direito Penal. Neste sentido, fundamentado no fato de que o recurso constitui uma garantia do particular frente à superioridade do Estado, de forma a proteger-se de eventuais arbitrariedades, sustenta-se que não haveria propósito jurídico em possibilitar que o superior hierárquico promovesse o agravamento da penalidade imposta em primeiro grau.

Em completa monografia sobre o assunto, Felipe Rodrigues Cozer expõe sua opinião:

Com efeito, admitir-se a *reformatio in pejus* provocada por recurso do acusado consiste em defender a violação dos princípios constitucionais de ampla defesa e contraditório, os quais devem ser observados nos processos administrativos e, com maior razão, nos processos de cunho punitivo. Ademais, acarretaria franca afronta aos princípios inerentes aos processos administrativos, sobretudo à segurança jurídica e ao dever

---

19 VICHÍ, op. cit., p. 256-257.

de boa fé, que impõe ao Poder Público, em última medida, a obrigação de corresponder à legítima expectativa dos particulares<sup>20</sup>.

Vistas as principais teses acerca do tema, resta analisar as razões e os fundamentos que permitem admitir a reforma prejudicial à recorrente em qualquer modalidade de processo administrativo, mesmo nos punitivos.

### 3.4 REFORMA PARA PIOR NOS PROCESSOS PUNITIVOS

Em geral, aqueles que defendem a limitação do instituto nos processos punitivos se apegam, como visto na citação acima, na necessidade de obediência aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, os quais têm sua aplicação maximizada nos processos em que se impõe algum tipo de penalidade.

Ocorre que, exatamente para garantir o respeito às garantias constitucionais do acusado no processo punitivo, a Lei nº 9.874/99 determinou que:

Art. 64 O órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência.

Parágrafo único. *Se da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão.* (grifo nosso)

Como já analisado alhures, portanto, a própria lei que previu a possibilidade da reforma prejudicial cuidou de tornar constitucional o dispositivo, ao estabelecer a necessidade de respeito ao devido processo legal. Sobre o assunto, relevam-se mais uma vez esclarecedores os ensinamentos do já citado José dos Santos Carvalho<sup>21</sup>:

Por esse motivo, parece-nos indispensáveis, e mais, parece-nos verdadeira condição de validade da futura decisão, que, ao serem permitidas as alegações do recorrente antes de ser proferida, já deva o órgão julgador indicar os referidos elementos justificadores

20 COZER, op. cit., p. 91.

21 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 326.

do agravamento da situação. Somente tendo conhecimento desses elementos é que o recorrente, ante a possibilidade de ver sua situação agravada, poderá exercer, em toda a sua amplitude, o direito à ampla defesa e ao contraditório. Pode ocorrer, embora não seja provável, que as alegações do recorrente tenham idoneidade para inibir o agravamento de sua situação, e o julgamento do recurso acabe por não instituir o gravame vislumbrado.

Vê-se, assim, que a necessidade de intimação prévia do recorrente, para exercer o contraditório e a ampla defesa, constitui mais do que um direito garantido por lei, representa um verdadeiro compromisso constitucional. Mais ainda, pode-se afirmar que é tal garantia que assegura a constitucionalidade da *reformatio in pejus* no processo administrativo, fragilizando as correntes doutrinárias que enxergam nesta possibilidade legal uma constitucionalidade inexistente.

Outro argumento sempre utilizado pelos defensores da inaplicabilidade da reforma mais gravosa nos processos punitivos é o dever de aplicação analógica dos princípios do Direito Penal neste tipo de processo administrativo. Ocorre que, em sentido oposto, parte considerável dos estudiosos do assunto vê o processo administrativo como disciplina autônoma com regramentos e princípios próprios. Assim, inexistente razão para aplicar o Direito Penal nos processos administrativos sancionadores, pelos menos quando houver regra expressa de processo administrativo em sentido contrário.

De fato, não há que se questionar atualmente que o processo administrativo é dotado de independência frente aos demais ramos do direito. Existem aqui dispositivos cogentes determinando que a Administração Pública deve seguir um determinado caminho na condução dos seus processos. Neste sentido, a aplicação dos princípios do processo civil ou penal jamais pode prevalecer à observância das regras expressas do processo administrativo.

No máximo, e com muita boa vontade, pode-se vislumbrar a aplicação analógica de tais princípios nos assuntos em que inexistir disciplina própria administrativa. Quer-se com isso dizer que, em razão da legislação que orienta o processo administrativo ser incipiente e um tanto quanto limitada, pode-se utilizar regras e princípios do processo civil ou penal de forma apenas complementar, ou seja, exclusivamente

nas matérias que não tiver tratamento nas leis gerais ou específicas de processo administrativo.

Não se pode concordar, destarte, com os entendimentos de alguns estudiosos no sentido de que se deve simplesmente aplicar princípios do processo penal nos processos administrativos punitivos. Tal emprego não há de ocorrer de forma automática, mas apenas quando inexistir regramento próprio no processo administrativo.

Corroborando este entendimento, o respeitado Fábio Medina Osório, em conhecida obra sobre o assunto, repudia a tese da unidade do *ius puniende* estatal, apresentando as mais variadas diferenças entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador. Suas conclusões são no sentido de que os dois pertencem a regimes jurídicos distintos, tornando-se indevida a aplicação direta dos princípios e premissas de um no outro, sem as ponderações que se fazem necessárias. Transcreve-se trecho esclarecedor de sua autoria:

Daí que, vale lembrar, o Direito Administrativo Sancionador não parte da idéia de garantir direitos individuais, e sua dogmática, se é que se poderia designar dessa forma sua normativa técnica em perspectiva histórica recente, parte da idéia de interesse público e de responsabilidades balizadas por critérios até mesmo objetivos<sup>22</sup>.

Tomando-se como parâmetros tais assertivas, conclui-se que o princípio *da non reformatio in pejus*, plenamente aplicável aos processos penal e civil, não pode ser observado no processo administrativo. E a razão para este entendimento parece muito simples: existindo dispositivo expresso no processo administrativo dispondo o contrário (art. 64 da Lei nº 9.784/99), não é coerente que a ela se sobreponha regramento de outras disciplinas jurídicas. Tal entendimento ganha ainda mais força quando se considera que há inquestionáveis fundamentos legais e constitucionais para o citado dispositivo, o qual garante à Administração Pública um amplo e quase ilimitado poder de reforma recursal.

Por fim, para refutar os últimos argumentos sempre utilizados pelos opositores da possibilidade de aplicação da reforma prejudicial nos processos administrativos sancionadores, passa-se a analisar os

---

22 OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 141.

princípios de segurança jurídica e da boa-fé da Administração Pública. A idéia a ser rebatida é defendida, entre outros, por Felipe Rodrigues Cozer, o qual assevera:

A outra razão que vislumbramos pela qual a *reformatio in pejus* não deve ser admitida em processos administrativos sancionadores repousa no princípio da segurança jurídica e no dever de boa-fé da Administração Pública em face da legítima expectativa dos administrados. Afinal, cabe à Administração Pública, em um Estado Democrático de Direito, zelar pela manutenção de um ambiente de previsibilidade e segurança em suas relações com os particulares.

A aplicação da *reformatio in pejus* nos processos administrativos punitivos, de forma alguma, tem o condão de ignorar ou desrespeitar os princípios da segurança jurídica ou da boa-fé da Administração Pública. Na realidade, a prática tem demonstrado que todos os princípios jurídicos, mesmo os constitucionais, não são absolutos, exigindo ponderações frente a existência de tantos outros dogmas, que parecem contrapostos. Neste sentido, a própria Lei nº 9.784/99 tratou de implicitamente redefinir a idéia de segurança jurídica, ao determinar a possibilidade de *reformatio in pejus*.

Na realidade, não se pode falar que constitui insegurança jurídica o fato de o recorrente poder ter agravada sua situação jurídico-administrativa. A partir do momento em que a legislação expressamente prevê a possibilidade de reforma recursal ampla, tem-se que admitir a existência de previsibilidade dos atos administrativos pelos interessados. Para Bruno de Souza Vichi, *o agravamento da situação do recorrente é circunstância que deve ser admitida por quem requer a apreciação da Administração Pública sobre determinado assunto*<sup>23</sup>.

Assim, o importante, para efeitos de segurança jurídica, é que as partes saibam de antemão que, ao recorrer de uma decisão administrativa, poderão ter sua situação modificada em todos os sentidos. E isso é garantido pela Lei, a partir de disposição expressa, o que é suficiente para concretizar o princípio da segurança jurídica.

Segurança jurídica, destarte, pelo menos no processo administrativo brasileiro, é deixar as partes interessadas plenamente

---

23 VICHÍ, op. cit., p. 257.

conscientes de que poderá haver agravamento da situação daquele que recorre de decisão proferida em processo administrativo.

Além disso, pode-se afirmar que, para a Lei nº 9.784/99, a inviabilidade de reforma prejudicial surge apenas da decisão final do processo, ou seja, após o seu “trânsito em julgado administrativo”, como se analisará adiante. Assim, a segurança jurídica do administrado de que a decisão que lhe foi proferida não será agravada decorre apenas do pronunciamento definitivo da administração, contra o qual é incabível recurso. Enquanto não houver a “coisa julgada administrativa”, destarte, as partes sabem de antemão que, ao recorrer, estarão sujeitas à *reformatio in pejus*. Tal previsibilidade de decisão é o que concretiza a segurança jurídica do administrado.

Neste mesmo sentido, são as conclusões de Bruno de Souza Vichi:

Diferentemente do que ocorre nos recursos administrativos, o art. 65 previu que a revisão não pode ensejar agravamento de sanção ao administrado. Nada mais acertado. A possibilidade de agravamento da condição do recorrente, a *reformatio in pejus*, só se admite enquanto a matéria estiver sendo discutida no processo administrativo, em grau de recurso administrativo, nos termos do art. 64 já comentado. Encerrado o processo opera-se a preclusão administrativa, inclusive, no que concerne à sanção decorrente do exaurimento do processo. Neste caso, sobressai-se a prevalência do princípio da segurança jurídica<sup>24</sup>.

### 3.5 VEDAÇÃO DA REFORMATIO IN PEJUS NA REVISÃO ADMINISTRATIVA

Na teoria geral do processo, costuma-se conceituar coisa julgada como sendo o estado de uma decisão judicial definitiva, ou seja, que não mais pode sofrer alteração. Como uma decisão proferida em processo administrativo pode ainda ser revista pelo Poder Judiciário, a “coisa julgada administrativa” é relativa, significando tão-somente uma decisão que não poderá ser revista na via administrativa, embora possa ser na via judicial.

---

24 VICHI, op. cit., p. 258.

Assim, em geral, o instituto aponta mera irretratabilidade da administração ou a preclusão da esfera administrativa, para alterar o que já foi decidido em última instância. Neste sentido, não cabe mais contra tal decisão qualquer tipo de recurso administrativo, de forma que passa a inexistir a possibilidade de aplicação da *reformatio in pejus*.

Contudo, em processos administrativos punitivos, a Lei nº 9.784/99 criou o instituto da revisão, para que possa ser revista, em favor dos administrados, uma sanção indevidamente aplicada. A citada Lei estabelece:

Art. 65. Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada.

Parágrafo único. Da revisão do processo não poderá resultar o agravamento da sanção.

Vê-se que a revisão não se confunde com o recurso administrativo. Aquela é cabível apenas após o término do processo administrativo sancionador com o objetivo de reabrir o processo já finalizado e rever a punição aplicada, no caso de serem reunidos novos elementos de prova favoráveis ao administrado. Já o recurso, como já analisado, é medida de impugnação de uma decisão proferida por um órgão administrativo inferior, quando o processo ainda está sob análise.

Desta forma, os dois institutos têm regimes jurídicos divergentes, como não poderia deixar de ser. Após o “trânsito em julgado” administrativo da decisão, a questão deve ganhar definitividade, pelo próprio princípio da segurança jurídica do administrado. A reabertura do caso só pode se justificar em situações bastante restritas. É neste sentido que a lei apenas prevê a revisão da “coisa julgada” no caso de aplicação indevida de sanção administrativa, quando surgirem fatos novos capazes de demonstrar a inadequação da sanção culminada.

O dispositivo que estabelece a revisão administrativa, contudo, em boa hora estabeleceu que, desta revisão, não poderá resultar o agravamento da sanção. Parece plenamente justificada a redação legal. Aqui sim o princípio de segurança jurídica fundamenta a limitação da revisão, pois, com a última e definitiva decisão administrativa proferida

no processo punitivo, o sancionado assegurou-se da sanção que lhe seria aplicada, não sendo razoável que, após um longo lapso de tempo, um agravamento lhe fosse imputado.

Bem diferente é a situação na qual uma sanção qualquer foi fixada em decisão administrativa não definitiva, contra a qual ainda cabe recurso. Não se pode conceder a esta uma estabilidade inexistente, própria de pronunciamento “transitado em julgado”.

Nos casos de interposição de recursos, quaisquer das partes têm plena consciência da ampla possibilidade de mudança da situação jurídica anterior, mormente quando a lei expressamente lhes avisa do risco.

Assim, não se vislumbra interpretação diversa dos dispositivos legais em análise. A lei de processo administrativo quis estabelecer uma grande liberdade para o administrador, na apreciação de recursos pelas instâncias existentes. Neste sentido, não cuidou de restringir a possibilidade de *reformatio in pejus* para nenhuma das espécies de processo administrativo. Como analisado alhures, há incontáveis fundamentos legais e até constitucionais, aptos a justificar a aplicação do instituto. De outra banda, a mesma lei, também baseada em princípios jurídicos, preocupou-se em limitar a aplicação da revisão nos processos sancionadores, vedando a reforma para agravar a sanção anteriormente aplicada.

Quer parecer que, se o legislador não estabeleceu a mesma exceção (de proibir agravamento) nos casos de apreciação de recurso administrativo em processos punitivos, foi porque simplesmente não teve a intenção. Em contrapartida, para as revisões, que só se aplicam em processos punitivos, entendeu o Poder Legislativo que não seria razoável e juridicamente viável permitir a reforma prejudicial ao sancionado.

Mostra-se claro, destarte, que foi proposital a inexistência de previsão legal excepcionando a possibilidade de *reformatio in pejus* no julgamento dos recursos em processos punitivos, como queria parte da doutrina. Não se tratou de esquecimento, mesmo porque no artigo 65, que se seguiu ao dispositivo que admite a reforma prejudicial ao recorrente (art. 64), a Lei nº 9.784/99 expressamente excluiu a aplicação do caput (possibilidade e revisão) aos processos sancionadores.

Assim, caso fosse intenção do legislador criar a mesma exceção para o julgamento dos recursos administrativos, teria expressamente previsto algo neste sentido, o que não foi feito.

#### **4 A POSSIBILIDADE DE DESISTÊNCIA DO RECURSO ADMINISTRATIVO INTERPOSTO**

Viu-se que, no que tange à espécie de processo administrativo, não há limite para a aplicação da reforma prejudicial àquele que interpõe um recurso administrativo. Analisou-se, também, que o procedimento de aplicação do instituto exige uma notificação prévia daquele que possivelmente será atingido pelo *reformatio in pejus* a ser aplicada pela instância administrativa superior.

Neste contexto, surge uma questão relevante, a qual, infelizmente, não está sendo discutida pela doutrina pátria. Trata-se de situação prática, frequentemente enfrentada pelos operadores do direito que conduzem processos administrativos nas repartições públicas brasileiras.

Imagina-se a hipótese em que uma instância administrativa superior, ao conhecer um recurso administrativo, notifica a parte recorrente para se pronunciar sobre a possibilidade de agravamento da sua situação. Neste exemplo, a parte recorrente apresenta um pedido não tão comum, mas plenamente possível: solicita a desistência do recurso interposto, o qual havia provocado na instância superior a possibilidade de *reformatio in pejus* da decisão anteriormente proferida.

Apresentado o pleito de desistência, o órgão competente para apreciar o recurso questiona, primeiramente, se pode deferir o pedido da recorrente e, ultrapassada esta questão, se deve reformar de ofício a decisão anterior, o que conduz à situação de agravamento da recorrente.

Sobre a desistência do recurso administrativo, forçoso é reconhecer a inexistência de previsão específica na lei de processo administrativo. Neste sentido, não resta outra saída senão buscar socorro na legislação e na doutrina processual civil a respeito do assunto.

Na seara do direito processual civil, pode-se afirmar que há uma certa liberdade ao recorrente, o qual tem o direito subjetivo de desistir do recurso, impedindo que o mesmo venha a ser apreciado pela instância

juizadora superior. É o que determina o Código de Processo Civil:

Art. 501. O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso.

Não há razão ou fundamento que impeça a aplicação do dispositivo transcrito no âmbito do processo administrativo. O recorrente, intimado para apresentar alegações complementares acerca da possibilidade de *reformatio in pejus*, pode sim exercer o seu direito de desistir do recurso anteriormente apresentado.

A Lei nº 9.784/99, inclusive, ao tratar de desistência do processo administrativo como um todo, expressamente prevê a possibilidade de desistência não condicionada à aceitação da outra parte. Contudo, estabelece peculiaridades fundamentadas nos princípios administrativos já analisados. Segue transcrição dos aludidos dispositivos legais:

Art. 51. O interessado poderá, mediante manifestação escrita, desistir total ou parcialmente do pedido formulado ou, ainda, renunciar a direitos disponíveis.

§ 1º Havendo vários interessados, a desistência ou renúncia atinge somente quem a tenha formulado.

§ 2º A desistência ou renúncia do interessado, conforme o caso, não prejudica o prosseguimento do processo, se a Administração considerar que o interesse público assim o exige.

Ora, se a parte que apresenta um pedido à administração pode deste desistir, por qual razão poder-se-ia defender a não possibilidade de desistência de um recurso administrativo, que, em última análise, também representa um pedido administrativo? Não há argumentos que impossibilitem a extensão do sentido do artigo transcrito para os casos de desistência de recurso administrativo, mormente quando existe dispositivo do direito processual civil nesta mesma linha. Assim, seja com base na aplicação analógica do art. 501 do Código de Processo Civil, seja com fundamento no art. 51, acima transcrito, é razoável se entender possível a desistência de recurso administrativo anteriormente interposto.

Ocorre que a peculiaridade prevista no dispositivo citado

determina que o interesse público pode justificar o prosseguimento do processo administrativo. Neste sentido, deve-se recordar que o princípio da oficialidade, aplicado a este tipo de processo, orienta a sua condução de ofício. Assim, mesmo havendo desistência, antes de proferida decisão pelo órgão competente, deve a Administração dar prosseguimento ao trâmite, se o interesse público assim o exigir.

Tal particularidade do processo administrativo, portanto, diz respeito à observância dos dogmas administrativos de legalidade e indisponibilidade do interesse público. Neste sentido, deve-se aplicar à desistência do recurso administrativo o regramento previsto no § 2º, acima transcrito.

Assim, a desistência de um recurso administrativo interposto não impede o prosseguimento da análise administrativa e a emissão de decisão administrativa mais gravosa, quando o interesse da coletividade assim o exigir.

Sobre o assunto, Fábio Nadal Pedro doutrina:

Trata-se do respeito ao regime jurídico administrativo a que está jungida a Administração Pública, e que se arrima, em especial, sobre o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Tal princípio quer significar que interesses qualificados como públicos, próprios, portanto, da coletividade, não se encontrem à disposição de quem quer que seja, ainda que do administrador público. Logo, a Administração Pública não tem disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização<sup>25</sup>.

Além da concretização do interesse público, cabe à Administração a observância da estrita legalidade, a qual deve também orientar o agir de ofício do órgão administrativo. Destarte, existindo orientação legal em sentido contrário do que foi decidido pela Administração, impõe-se a esta, por meio de um dos seus órgãos competentes, rever a ilegalidade praticada, emitindo nova decisão sobre o assunto, ainda que mais gravosa ao administrado.

---

25 PEDRO, Fábio Nadal. Da desistência e outros Casos de Extinção do Processo – da Anulação, Revogação e Convalidação (arts. 51 a 54). In: FIGUEIREDO, Lúcia do Valle (coord.). *Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99)*. Belo Horizonte: Fórum. 2004. p. 227.

Ressalte-se que esta atuação administrativa pode se dar por provocação ou de ofício. Neste contexto, mesmo com a retirada do mundo jurídico do recurso interposto, a Administração, não só pode, como também deve modificar a situação anterior, quando isso for necessário para concretizar o interesse público almejado ou para atingir a legalidade do ato administrativo reformado.

Em situações como esta, contudo, não há que se falar propriamente em *reformatio in pejus*, mas sim num agir de ofício da administração, modificando uma situação jurídica anterior, em virtude da necessidade de obediência estrita da lei ou diante do fim maior buscado pelo processo, que é o atingimento do interesse coletivo, naquele caso concreto. É que, com a desistência do recurso administrativo anteriormente interposto, não se deve mais cogitar em reforma prejudicial ao recorrente, já que inexiste recurso, mas apenas no poder-dever de autotutela da administração pública.

Sabe-se que foi dada à administração a atribuição de revogar um determinado ato, que se tornou inoportuno ou inconveniente, ou de invalidá-lo, no caso de ilegalidade praticada. Neste sentido, ensina Diógenes Gasparini:

A revogação só tem cabida quando a Administração Pública, reexaminando uma dada situação, assegurada por certo ato administrativo perfeito válido e eficaz, conclui que sua permanência no ordenamento jurídico em termos atuais, não mais atende ao interesse público, não é mais conveniente ou oportuna, e resolve extingui-la total (ab-rogação) ou parcialmente (derrogação) pondo fim ou modificando o ato que a criara. [...]

O ato administrativo praticado em desacordo com o ordenamento jurídico é inválido. Inválido, por conseguinte, é o ato administrativo que, ao nascer, afrontou as prescrições jurídicas. É ato que carece de legalidade ou, de forma mais abrangente, que se ressent de defeitos jurídicos. Por conter ditos vícios ou defeitos, deve ser extinto. Sua extinção, por essa razão, nada tem que ver com sua conveniência ou oportunidade<sup>26</sup> [...].

---

26 GASPARINI, op.. cit. p. 106-121.

Diante da autotutela, portanto, uma situação jurídica anterior, mais benéfica ao administrado, pode ser alterada, pela revogação ou invalidação de um ato administrativo favorável, mesmo tendo havido eventual desistência de recurso interposto.

Nesta hipótese, como também na atuação de ofício fundamentado no interesse público (art. 51, § 2º, alíneas transcritas), não seria correto falar na ocorrência de *reformatio in pejus*. É que, diante da inexistência de recurso a ser apreciado pela instância superior, teria ocorrido apenas um agir *ex officio* da Administração, com base no exercício da autotutela ou na necessidade de concretização do interesse público perseguido.

## 5 CONCLUSÃO

A análise que se pretendeu aqui fazer utilizou-se da teoria geral do processo administrativo brasileiro, numa perspectiva, além de legal, principiológica. É fato que as conclusões obtidas acerca da autonomia do processo administrativo e da ampla possibilidade de aplicação da reforma prejudicial ao administrado recorrente não são comungadas por todos os estudiosos do assunto. Mas, isso é o direito e é a opinião discordante e fundamentada dos seus operadores que alimenta a doutrina e jurisprudência pátrias, fundamentais para a existência dos institutos jurídicos.

Resta aqui a contribuição de quem, estudando o tema, pôde concluir que a possibilidade de agravamento da situação do recorrente, no processo administrativo, é situação que deve ser prevista e admitida pelo administrado, ao solicitar a reapreciação da Administração sobre determinado assunto. Inexiste previsão legal ou fundamento jurídico que justifique a restrição da reforma prejudicial em alguma espécie de processo administrativo, ainda que nos punitivos.

Não se vislumbra razoabilidade em se sobrepor direitos individuais dos administrados à razão de ser do Direito Administrativo, que, com perspectiva, dogmática e normativa técnica próprias, parte sempre da idéia de proteção do interesse público.

Como visto, e regime de Direito Administrativo em vigor não excepciona os princípios da legalidade, da supremacia do interesse público sobre o privado, da verdade material ou da oficialidade, em face de interesses particulares dos administrados.

O princípio da segurança jurídica, sempre citado pelos opositores do instituto, também continua plenamente válido, mas assume contornos e significados próprios nesta seara do direito. No processo administrativo, pode-se afirmar que a segurança e certeza do administrado de que a decisão que lhe foi proferida não será agravada decorre apenas do pronunciamento definitivo da administração, contra o qual é incabível recurso. Enquanto não houver a "coisa julgada administrativa", destarte, as partes sabem de antemão que, ao recorrer, estarão sujeitas à *reformatio in pejus*. Tal previsibilidade de decisão é o que concretiza a segurança jurídica do administrado.

A possibilidade de desistência do recurso administrativo, antes de proferida a decisão mais gravosa, parece ser um fato incontestado. Contudo, as particularidades do direito material administrativo permitem, diante da desistência recursal, a revisão de ofício da decisão anterior por parte da administração, seja orientado pela autotutela, seja para concretizar o interesse público que está por trás de suas decisões.

O fato é que a processualística atualmente existente relacionada ao Direito Administrativo, embora com algumas peculiaridades, inseriu a *reformatio in pejus* neste ramo jurídico como um instituto plenamente aplicável e que, em nenhuma medida, vai de encontro aos princípios legais e constitucionais vigentes no ordenamento brasileiro.

## 6 REFERÊNCIAS

BRUNING, Raulino Jacó. *Processo Administrativo Constitucional*. Florianópolis: Conceito. 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal*. Comentários à Lei nº 9.784 de 29/1/1999. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 16 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.

COZER, Felipe Rodrigues. *Reformatio in Pejus nos Processos Administrativos Sancionadores*. Monografia apresentada como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, PUC. Rio de Janeiro. 2007.

- CRETELA Junior, José. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1987.
- DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas. 2002.
- FERREIRA, Daniel. *Sanções Administrativas*. Coleção Temas de Direito Administrativo. Vol. 4. São Paulo: Malheiros. 2001.
- FIGUEIREDO, Lúcia do Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros. 2004.
- FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A proibição de “reformatio in pejus” e o novo art. 285-A. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n 1091, 27. jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8565>>. Acesso em: 20 maio 2009.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva. 2008.
- MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *O Direito de Recorrer. Introdução ao estudo do direito recursal*. Fortaleza: Casa de José de Alencar. 2002.
- MEIRA, José do Castro. Processo Administrativo. Disponível em [bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/140/1/Processo\\_Administrativo.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/140/1/Processo_Administrativo.pdf). Acesso em: 20 maio 2009.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros. 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros. 1995.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. São Paulo: Forense. 1998.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.
- PEDRO, Fábio Nadal. Da desistência e outros Casos de Extinção do Processo – da Anulação, Revogação e Convalidação (arts. 51 a 54). In: FIGUEIREDO,

Lúcia do Valle (coord.). *Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99)*. Belo Horizonte: Fórum. 2004.

SOUSA, Sérgio Augusto G. Pereira de. A reformatio in pejus no direito administrativo sancionador brasileiro. Disponível em: <<http://www.iiede.org.br/arquivos/reformatio.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2009.

VICHI, Bruno de Souza. Do recurso administrativo e da revisão. In: FIGUEIREDO, Lúcia do Valle (coord.). *Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99)*. Belo Horizonte: Fórum. 2004.



# A QUESTÃO DO MONOPÓLIO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E O SETOR POSTAL

*Leonardo Vizeu Figueiredo*

*Procurador Federal lotado junto à Comissão de Valores Mobiliários  
Especialista em Direito Público pela UNESA/RJ  
Especialista em Direito do Estado pelo CEPED/UERJ  
Mestrando em Direito Constitucional pela UGF/RJ*

SUMÁRIO: 1 A Evolução Histórica da Ordem Econômica Nacional; 2 Evolução da Ordem Econômica no Direito Constitucional Pátrio; 3 A Ordem Econômica na Constituição de 1988; 4 Intervenção direta do Estado brasileiro na Ordem Econômica; 4.1 Setorização das atividades sócio-econômicas da Nação; 4.2 Classificação das atividades econômicas; 5 Monopólio; 5.1 Monopólio natural; 5.2 Monopólio convencional; 5.3 Monopólio legal; 5.4 Monopólio na CRFB; 6 Da questão do setor postal; 6.1 Da evolução e estruturação do setor postal; 6.2 Da natureza jurídica do setor postal; 6.3 Do posicionamento doutrinário; 6.4 Das antinomias da legislação brasileira; 6.5 Do posicionamento da jurisprudência; 6.6 Da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 46-7; 7 Conclusão; 8 Referências.

**RESUMO:** o presente artigo se propõe a analisar a questão do monopólio dentro dos atuais preceitos estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, face às controvérsias, doutrinárias e jurisprudenciais, atualmente estabelecidas em torno do Setor Postal. Para tanto, inicia com uma rápida apresentação da evolução Ordem Econômica brasileira, estudando as formas pelas quais o Estado brasileiro se posicionou economicamente ao longo do século XX. Ato contínuo, analisar o atual mosaico constitucional referente à Ordem Econômica, a fim de estabelecer os atuais setores de atuação do Estado, bem como a diferenciação entre a exploração de atividade econômica e a prestação de serviços públicos. Em seguida, delinea as formas pelas quais a Constituição legitima a intervenção do Estado na Ordem Econômica, apresentando, especificamente, o tratamento legado ao monopólio no atual texto constitucional para, enfim, enfrentar a questão do Setor Postal.

**ABSTRACT:** This article aims to explore the issue of monopoly within the current requirements established in the Constitution of the Federative Republic of Brazil, given the controversies, doctrinal and jurisprudential, currently set on the Postal Sector. For both, start with a quick presentation of the evolution Order Brazilian economy, studying the ways in which the Brazilian state positioned itself economically over the twentieth century. Act continued to analyze the current constitutional mosaic on the economic, to establish the current state of sectors of activity and the differentiation between the exploitation of economic activity and provision of public services. Then outlines the ways in which the Constitution legitimates the intervention of the State in Economic Order, stating, specifically, the treatment the legacy monopoly current constitutional text in order, finally, address the issue of the Postal Sector

## 1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ORDEM ECONÔMICA NACIONAL<sup>1</sup>

A evolução da ordem econômica nacional apresenta-se de forma peculiar. Até a ascensão a Reino Unido, a colônia brasileira apresentava economia extrativista e escravocrata. Posteriormente, com o surgimento do Império continuamos a adotar uma economia agrária, voltada para o mercado exterior, baseada em mão-de-obra escrava. Ressalte-se que, presenciamos, no reinado de Pedro II, um movimento de industrialização com Irineu Evangelista de Souza (Visconde de Mauá), o qual não contou com o apoio do Poder Central, sendo logo abafado. Assim, a economia nacional ficou relegada, tão-somente, ao mercado agrário e pecuário, inclusive, após o declínio da Monarquia e nos primeiros anos de vida da República (política do café-com-leite).

Com a ascensão de Getúlio Vargas e o Estado Novo, o movimento de industrialização nacional foi retomado, mediante implementação de indústrias de base, ficando, todavia, sob responsabilidade do Estado, uma vez que a iniciativa privada brasileira concentrava esforços unicamente no campo. Em 1934 é criado o Departamento Nacional de Produção Mineral, sendo criados, ainda, o Conselho Nacional de Petróleo (1938), a Companhia Siderúrgica Nacional (1941) e a mineradora Vale do Rio Doce (1943), base para as três maiores vertentes econômicas de um Estado, até então, fechado para investimentos estrangeiros.

Assim, a ordem econômica brasileira já nasceu estatizada, adotando-se um modelo de Estado Social, tendo em vista que o Poder Público atuava tanto na prestação dos serviços públicos essenciais, quanto no desenvolvimento e empreendimento da atividade econômica, fato que gerou o surgimento de diversas Empresas Estatais em setores econômicos precipuamente privados. Após o fim do Estado Novo, o Brasil deu ênfase à implementação de indústrias de bens de consumo, permitindo, para tanto, entrada de investimentos vindos do exterior.

Com Juscelino Kubitschek e seu Plano de Metas, o Estado focou esforços e investimentos nas áreas de transportes, energia, alimentos, indústria de base e educação, abrindo o mercado interno para o capital estrangeiro, mormente para aplicações em indústrias de base, de cimento e de bens de consumo duráveis.

---

1 BUENO, Eduardo. *Brasil: Uma História – A Incrível Saga de um País*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2003.

Todavia, a captação de recursos no exterior para financiar o Plano de Metas gerou uma forte crise inflacionária, a partir de 1958, agravada nos anos posteriores, mormente com o regime de exceção implantado em 1964, cuja ausência de uma política de desenvolvimento econômico sustentável, aumentou sobrejamente a dívida externa, bem como o déficit nas contas do Estado.

Assim, no Brasil, a experiência histórica repetiu-se e, amiúde, vivenciamos um momento de reforma no Estado, impulsionado por inúmeros fatores, tais como: a economia globalizada, o enfraquecimento do Estado em relação ao seu poder indutor na sociedade, a exaustão financeira do Erário, a ausência de condições para o desenvolvimento de atividades econômicas, a desestatização da economia, dentre outras.

Com a queda do Governo Militar e o movimento de redemocratização nacional, passamos a adotar uma política de desestatização econômica, adotando uma forma de Estado Regulador (art. 174, CRFB), que tomou força no Governo Collor com a privatização de diversas estatais, retirando a participação do Estado de diversos setores econômicos, agora considerados estranhos à Administração Pública.

Isto porque, o modelo intervencionista social adotado no caso brasileiro, igualmente, revelou-se incapaz de prestar zelosa e eficientemente os serviços públicos e desenvolver as atividades econômicas. Destarte, mister se fez e ainda se faz a gradual devolução das atividades que ainda são prestadas pelo Poder Público à iniciativa privada. Observe-se que, o programa de reforma do Estado brasileiro decorreu da incapacidade de o setor público prosseguir como principal agente financiador do desenvolvimento econômico, sendo inaugurado pela Lei nº 8.031, de 1990.

A transferência das funções de utilidade pública do setor estatal para o privado, ampliando o leque de atuação deste, com os fenômenos da publicização (o chamado terceiro setor ou setor público não-estatal) e da privatização, resultou, para o Estado, em poderes crescentes de regulamentação, de fiscalização e de planejamento da atividade econômica. A retirada do Estado da prestação direta de tais atividades não significou uma redução do intervencionismo, mas uma mudança de parâmetros no foco estatal.

Isto porque, tal mudança de paradigma fez com que o Poder Público focasse esforços em suas vertentes reguladora e fiscalizadora, por meio de entes desprovidos de subordinação, com autonomia perante as ingerências políticas, bem como com funções técnicas delimitadas, para que a prestação de serviços essenciais à população não ficasse submetida apenas à decisão das empresas privadas, mas fosse realizada de acordo com o cumprimento de regras previamente delimitadas pelo Poder Público.

Tais funções são, atualmente, desenvolvidas pelos diversos entes reguladores de mercados econômicos e setores de relevante interesse coletivo, bem como pelas autoridades antitruste que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a saber, a Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE, a Secretaria de Defesa Econômica - SDE e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.

## **2 EVOLUÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA NO DIREITO CONSTITUCIONAL PÁTRIO**

A Carta Imperial do Brasil (1824), inspirada na Carta francesa de 1814, estabeleceu o direito à propriedade material e intelectual, assegurando o livre exercício de atividade profissional, desde que não atentasse aos costumes públicos (art. 179 e incisos).

A Carta Republicana de 1891 trouxe à lume o direito à liberdade de associação (art. 72, § 8º), com o fim de consagrar o livre exercício profissional, tendo cunho nitidamente liberal. Observe-se que, na vigência desta Constituição, o Brasil adotou as primeiras medidas intervencionistas, de caráter literalmente incendiário no setor de produção agrícola cafeeira.

A Constituição de 1934 foi a primeira das Cartas Políticas nacionais que instituiu uma ordem econômica e social no direito constitucional (arts. 115 a 143), nitidamente influenciada pela Constituição alemã de 1919, norteando a economia nos princípios da justiça social e da dignidade da pessoa humana.

É de se ressaltar que, a Nação, com esta Carta, passou a adotar uma postura de Estado Intervencionista-Social, diante do quadro econômico internacional (depressão econômica mundial que afetou a economia

nacional, baseada na exportação de café; crescimento internacional de políticas intervencionistas como o fascismo, o nazismo e o comunismo; derrocada do modelo de Estado Liberal).

Contudo, não há como lhe negar a presença liberal, uma vez que consagrava a livre-iniciativa e a liberdade de associação como princípios econômicos, sendo a primeira Carta que consagrou a liberdade de associação sindical.

A Constituição de 1937, influenciada pela Constituição polonesa de 1935, dedicou diversos artigos a ordem econômica, estabelecendo uma política intervencionista do Estado no domínio econômico (art. 135), tendo caráter nitidamente nacionalista, com concentração de poderes no Executivo. Igualmente consagra a liberdade de associação, inclusive para fins profissionais e sindicais.

A Constituição de 1946 consolidou a ordem econômica no Título V, estabelecendo inúmeras modificações em relação à Carta de 1937, uma vez que, apesar de ainda manter um caráter intervencionista, busca conciliar a iniciativa individual com o estímulo estatal, resguardando os direitos fundamentais, isto é, subordinava o exercício dos direitos individuais ao interesse da coletividade. Assim, harmoniza o direito de propriedade com o bem-estar da coletividade, bem como os interesses de empregados e empregadores com os valores de dignidade humana no trabalho. O art. 146 consagrava a intervenção do Estado no domínio econômico, inclusive com direito a monopólio de indústria ou atividade. Outrossim, inscreveu na ordem econômica e social, o princípio de que o uso da propriedade seria condicionado ao bem-estar social, e à lei caberia, com observância do art. 141, parágrafo 16, promover a justa distribuição da propriedade com igual oportunidade para todos (art. 147).

A Constituição de 24 de janeiro de 1967 manteve uma certa linha intervencionista, sem, contudo, definir um sistema econômico a ser adotado pelo Estado, ficando hesitante entre o intervencionismo e o neoliberalismo. Seu art. 157 consagra como princípios da ordem econômica a justiça social, o desenvolvimento nacional e a harmonização e solidariedade entre os fatores de produção. Por sua vez, dava ao Estado o direito à intervenção, inclusive monopolista, no domínio econômico para garantir a competição e a livre-iniciativa.

Ressalte-se que, não houve solução de continuidade em relação às conquistas de 1946, pois, além de ter previsto a desapropriação por interesse social (art. 150, § 22), para fins de reforma agrária (art. 157 e parágrafos), tornou a função social da propriedade princípio da ordem econômica (art. 157, III), regras que se reproduziram na Constituição Federal de 1988 (arts. 170, III; 184, §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, e 186, I, II, III e IV).

Por sua vez, a emenda constitucional de 1969 acresceu ao princípio da justiça social a expansão das oportunidades e empregos, mantendo o direito do Estado em intervir no domínio econômico, inclusive com monopólio de atividade ou indústria, quando indispensável à segurança nacional ou para organizar determinado setor da economia, garantindo a livre iniciativa e a liberdade de concorrência.

### **3 A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

A partir da positivação da ordem econômica, sendo erigida a norma constitucional de caráter programático em diversas constituições durante o Século XX, podemos observar que, em que pese o caráter pessoal de valores sobre o qual se funda cada Carta Política, atendendo as peculiares necessidades de cada meio social, seus preceitos consubstanciaram-se em valores comuns, decorrentes dos diversos conflitos socioeconômicos que eclodiram, notadamente, durante o Século XIX.

Assim, novas correntes de pensamento foram surgindo, norteando o Direito, a fim de que este deixasse de se preocupar tão somente com o indivíduo e passa-se a defender o social e o coletivo, com o fito de assegurar respeito à dignidade da existência da pessoa humana, fundando-se em valores, até então, relegados a um patamar de pouca importância.

Por Ordem Econômica, conforme já visto, entende-se as disposições constitucionais estabelecidas para disciplinar o processo de interferência do Estado na condução da vida econômica da Nação.

Pode se dar tanto de forma direta, na qual o Poder Público avoca para si a exploração das atividades econômicas, quanto de maneira indireta, na qual o Estado atua monitorando a exploração das atividades geradoras de riquezas pelos particulares, intervindo quando se fizer

necessário para normatizar, regular e corrigir as falhas de seu mercado interno, em prol do bem comum e do interesse coletivo.

A Constituição da República prevê, como regra, a intervenção indireta do Estado na Ordem Econômica, e, excepcionalmente, a intervenção direta, tão-somente, nas hipóteses taxativamente previstas no texto constitucional. Ao Estado brasileiro, portanto, no que tange à seara econômica, é permitido atuar como agente normativo e regulador e, por meio dessas posições, exercer uma tríplice função: fiscalizadora, incentivadora e planejadora, a teor do que preceitua o art. 174 da Constituição de outubro de 1988, e como agente explorador de atividade econômica, no que se refere aos casos de monopólio constitucional (art. 177 da CRFB), bem como nas hipóteses de exploração concorrencial com o particular (art. 173 da CRFB).

Atualmente, na ordem constitucional vigente, o art. 170, *caput*, a seguir transcrito, assim dispõe:

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

De tal leitura depreende-se a riqueza do dispositivo, que traz em seu bojo normas relativas ao fundamento, à finalidade e aos princípios da ordem econômica, além de nortear sua compreensão. Nessa perspectiva, Eros Roberto Grau inferiu duplo sentido à expressão “ordem econômica”, ora entendendo-a, numa visão subjetiva e com base no artigo antes descrito, como ser, ou seja, como um conjunto de relações econômicas, e ora, objetivamente e no foco do art. 173, § 5º, da CRFB, como dever-ser, isto é, como um conjunto de normas jurídicas disciplinadoras dessas relações.

#### **4 INTERVENÇÃO DIRETA DO ESTADO BRASILEIRO NA ORDEM ECONÔMICA**

Atualmente, dado ao descrédito no potencial empresário do Estado, a Constituição da República Federativa do Brasil torna defeso ao Poder Público a exploração direta de atividade econômica, excepcionando, tão-somente, os casos que se revelem imperativos à segurança nacional, de relevante interesse coletivo, bem como de monopólio constitucional,

a teor do disposto nos arts. 173 e 177, da CRFB.

Adotando uma postura característica de Estado Regulador, a Constituição da República veda expressamente ao Estado brasileiro a exploração direta da atividade econômica. Fácil verificar que houve, por parte do legislador constituinte, um abandono gradual do modelo intervencionista que vinha adotando a partir da Carta Política de 1934.

É de se ressaltar que, embora a atual Constituição não admita mais o irrestrito intervencionismo do Estado para estabelecer monopólio de qualquer atividade econômica ou mesmo um movimento estatizante da Ordem Econômica Nacional, não há que se falar em economia de mercado pura, o que aliás não existe em nenhum Estado do mundo.

Por intervenção direta do Estado na economia há que se entender a possibilidade da exploração da atividade econômica diretamente por parte deste. Por sua vez, como veremos adiante, por intervenção indireta do Estado entende-se a atuação deste como agente normativo e regulador da atividade econômica.

A atual Carta Política estabelece que é defeso ao Estado a exploração direta da atividade econômica, excepcionando, tão-somente, nos casos eventuais em que se configure imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Assim, fica claro que, a intervenção material do Poder Público em qualquer atividade econômica se dará apenas em caráter excepcional e subsidiário, não estando mais o Estado habilitado pelo mandamento constitucional a retirar dos particulares a iniciativa da exploração da economia. Destarte, a ação estatal no âmbito da economia só será justificada quando os particulares não possam ou não queiram intervir, ou, ainda, quando se fizer necessário, para salvaguardar os interesses da República e, por corolário, de toda a sociedade que ela representa.

Outrossim, a prestação de serviços públicos encontra-se situada no capítulo referente à Ordem Econômica, a teor do disposto no art. 175, fato que impele, antes do início do estudo deste tópico, à análise e classificação dos diversos setores de atuação e atendimento das necessidades sócio econômicas da Nação, bem como das atividades econômicas em face dos serviços públicos.

#### **4.1 SETORIZAÇÃO DAS ATIVIDADES SÓCIO-ECONÔMICAS DA NAÇÃO**

Atualmente, dada à nova configuração oriunda do modelo de Estado Regulador, mormente no que tange ao atendimento das necessidades públicas e coletivas, bem como a instrumentalização e realização destas, podemos setorizar as áreas de atuação do Poder Público, que, não raro, apresentam zonas de interseção com as entidades privadas, na efetivação do bem comum. Observe-se que, o modelo de engenharia política do Estado Regulador prima pela realização do bem-estar social tanto pelo Poder Público, quanto pelo particular, muitas vezes em caráter concomitante, aproximando-se os regimes jurídicos de prestação de tais atividades de forma eclética, permeando-os de valores e traços característicos tanto do direito público, quanto do direito privado.

Assim, propõe-se o seguinte critério de classificação não do serviço público propriamente dito, mas das áreas de atividade de atendimento das necessidades públicas e coletivas, agrupando-as nos setores a seguir listados:

- a) *Setor de planejamento político*: corresponde aos Poderes Constituídos da República, com expressa previsão e competências delineadas na Constituição. É o setor que goza de legitimidade e representatividade popular, sendo responsável pela produção legiferante (via Casas Legislativas), pela propositura, implementação e garantia de observância das políticas públicas do Estado (via Chefe do Executivo), bem como pela atividade de guarda e jurisdição constitucional (via Corte de Constitucionalidade). Tais tarefas são realizadas, em âmbito federal, pelos seguintes órgãos independentes: Congresso Nacional (Câmara de Deputados e Senado Federal), Presidência da República e Supremo Tribunal Federal (este quando do exercício da jurisdição constitucional

concentrada e abstrata). Por se tratar de atividades inerentes à Soberania Nacional, bem como ao processo de condução política da Nação, tais atividades são exclusivas do Estado, sendo prestadas em regime de direito público.

- b) *Setor de atividades estatais típicas*: é o setor que goza de vínculo permanente e estatutário (legal) com o Estado, para a realização de atividades correspondentes ao exercício do poder estatal explícito e extroverso, mormente poder de polícia administrativa. Tais atividades são exclusivas do Estado, não cabendo transferência destas ao particular, seja por delegação, seja por desestatização. Fazem parte deste setor a Jurisdição Ordinária, as Funções Essenciais à Justiça (Advocacia Pública da Sociedade – via Ministério Público, do Estado – via Procuradorias, e do necessitado – via Defensorias Públicas), os serviços de Forças Armadas e Auxiliares, de arrecadação e fiscalização tributária, de Diplomacia. Por razões de segurança nacional, tal setor rege-se, exclusivamente, por regime de direito público.
- c) *Setor de atividades de utilidade pública*: corresponde ao setor de atividades de interesse público e coletivo não-estatais, isto é, serviços que não são exclusivos do Estado, uma vez que não se tratam de sua atividade fim, mas de sua atividade meio, podendo, portanto, ser transferidos ao particular via delegação ou desestatização. Podemos citar a área de saúde e de ensino cujo próprio texto constitucional admite a exploração concomitante pelo Poder Público e pelo particular, bem como atividades de assistência social e diversas outras cujo atendimento coletivo se admite tanto pelo Estado, quanto por organizações privadas da sociedade, mediante contrato de gestão (Lei nº 9.637/98), termo de parceria (Lei nº 9.790/99) ou por pura filantropia. Tal setor pode ser regido tanto pelo direito público, quanto pelo direito privado.
- d) *Setor de atividades privadas típicas*: é o setor que engloba atividades tipicamente privadas de produção, circulação e consumo de bens e serviços para o mercado, de cunho eminentemente econômico. Por tais razões, este setor é explorado preferencialmente pelo particular e apenas subsidiariamente pelo Estado, dentro dos ditames

excepcionados no texto constitucional para tanto (arts. 173 e 177 da CRFB). Citem-se, por exemplo, as atividades bancárias, securitárias, de circulação de valores mobiliários, de suplementação privada da assistência à saúde, de corretagem imobiliária, dentre outras. Ressalte-se que, mesmo quando a exploração da atividade se dê pelo Poder Público, este deverá fazê-lo sob regime de direito privado, e em caráter concorrencial com o particular, quando não atuar sob regime de monopólio constitucionalmente estabelecido.

Cumpra frisar, por oportuno, que, a nomenclatura ora adotada não se confunde com a utilizada para segmentar a organização da sociedade civil da forma a seguir delineada, que não guarda relação específica com as atividades de interesse comum:

- a) primeiro setor: Estado;
- b) segundo setor: agentes econômicos que operam legalmente no mercado formal;
- c) terceiro setor: organizações não-governamentais e sem fins lucrativos;
- d) quarto setor: particulares que atuam de maneira informal no mercado, à margem das leis e do Poder Público.

#### **4.2 CLASSIFICAÇÃO DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS**

Por atividade econômica entende-se todo o empreendimento envidado no sentido de se produzir, circular ou consumir bens, a fim de atender as necessidades coletivas e individuais da sociedade. Por sua vez, o ciclo econômico corresponde às etapas em que irão se criar os bens, colocá-los no mercado para se efetuar as trocas comerciais, bem como disponibilizá-los para consumo final.

Observe-se que, o atendimento das necessidades humanas pode se dar tanto por parte do particular, quanto por parte do Poder Público.

Por óbvio, o agente privado constituído sob a forma empresarial atua sempre no sentido de alcançar seus interesses próprios, vendo nas necessidades coletivas e individuais da sociedade uma forma de se

obter lucro. Assim, quando participa do ciclo econômico seu objetivo imediato e principal é a persecução de resultados financeiros, que serão alcançados mediante o atendimento das necessidades da coletividade, por meio da venda de seus bens e produtos.

Por sua vez, o Estado tem por finalidade maior o atendimento dos interesses da sociedade, em especial as necessidades dos notadamente hipossuficientes, isto é, da parcela da população que, por qualquer razão que seja, não pode, por si, auferir renda e adquirir com o produto de seu labor os bens necessários para a subsistência.

Para tanto, atua sempre em regime de direito público, de modo a garantir o acesso universal aos bens que disponibiliza e, excepcionalmente, em regime de direito privado.

Isto porque, no que se refere ao mercado privado, o consumo de bens é estritamente ligado à capacidade econômica dos indivíduos. Em outras palavras, a aquisição de bens é diretamente proporcional ao poder de geração de renda do cidadão. Todavia, tal fato não se traduz no abandono do hipossuficiente por parte da sociedade civil, uma vez que esta se organiza juridicamente em torno do Estado, a quem incumbe conduzir o processo de redistribuição de renda e atendimento dos necessitados.

Assim, aqueles que, por si, possuem renda e podem adquirir os bens essenciais à vida, contribuem na arrecadação de receitas do Poder Público (princípio da capacidade contributiva), para que este disponibilize à parcela hipossuficiente da sociedade os bens necessários à existência digna.

Destarte, podemos conceber que a atividade econômica em sentido lato envolve tanto o atendimento das necessidades da sociedade pelo mercado privado, quanto pelo Poder Público. Este atua prestando serviços públicos à sociedade como um todo, notadamente ao hipossuficiente, ao passo que aquele atua explorando atividades econômicas em sentido estrito.

Assim, a teor das disposições constantes nos arts. 170, 173 e 175, todos da CRFB, podemos classificar as atividades econômicas em:

- a) atividade econômica em sentido estrito: Tratam-se de todas as atividades típicas do mercado, que envolvem a produção,

circulação e o consumo de bens e serviços, sendo regidas exclusivamente pelas normas do direito privado. Observe-se que a oferta e aquisição dos produtos oriundos da exploração de atividade econômica em sentido estrito são restritas, tão-somente, à parcela da população com renda própria para tanto. Isto porque, a exploração destas atividades se orienta em princípios de direito privado e nas leis de mercado, não havendo como se impor aos agentes econômicos particulares atendimento caritativo e assistencialista às necessidades dos hipossuficientes. Estes, quando se fizer necessário, devem valer-se das políticas públicas de redistribuição de renda, de erradicação da pobreza e da redução das desigualdades sociais a serem implementadas pelo Poder Público (art. 3º, III, da CRFB). Tal fato não se traduz na volta ao liberalismo puro, uma vez que ao Estado compete normatizar, regular e planejar sua ordem econômica e seu mercado interno, conduzindo-os ao atingimento de metas socialmente desejáveis, nos termos dos arts. 174 e 219, ambos da CRFB. Some-se a isso que o próprio agente econômico tem funções sociais a desempenhar perante mercado e a coletividade. Todavia, o fim maior de realização da justiça social, objetivando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, compete precipuamente ao Estado, que nada mais é do que a Nação juridicamente organizada em torno da Constituição e das leis. Assim, as atividades econômicas em sentido estrito, a teor do art. 173 da CRFB, são exploradas precipuamente pelo particular e subsidiariamente pelo Poder Público, somente nas hipóteses e exceções constitucionalmente previstas, devendo o mesmo, para tanto, estar previamente autorizado por lei, sempre em regime de direito privado e em caráter concorrencial com o particular.

- b) Serviços Públicos: Por serviços públicos entende-se toda a atividade prestada para atendimento das necessidades do Estado ou da sociedade, sempre sob regime de direito público. Observe-se que, no modelo de Estado Regulador, não compete mais ao Poder Público o atendimento irrestrito de toda e qualquer necessidade da população, mas sim focar esforços para realização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, em especial a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; o desenvolvimento

nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção indiscriminada do bem de todos (art. 3º da CRFB). Assim, entendemos que a prestação dos serviços públicos por parte do Estado deve objetivar o atendimento precípua das necessidades da parcela da população que, por qualquer razão que seja, não esteja em condições de auferir renda e, com o produto de seu labor diário, adquirir os bens essenciais à sua existência digna. Nos termos do art. 175 da CRFB, os serviços públicos são precipuamente prestados pela Administração Pública, cabendo, todavia, sua delegação aos particulares, seja por via de concessão ou permissão, precedida obrigatoriamente de licitação. Observe-se que, a regência de tais atividades será sempre por normas de direito público, ainda quando prestadas por particular delegatário.

## 5 MONOPÓLIO

O conceito de monopólio é de caráter eminentemente econômico, traduzindo-se no poder de atuar em um mercado como único agente econômico, isto é, significa uma estrutura de mercado em que uns (Monopólio) ou alguns produtores (Oligopólio) exercem o controle de preços e suprimentos, não sendo possível, por força de imposição de obstáculos naturais ou artificiais, a entrada de novos concorrentes.

Monopólio é a exploração exclusiva de determinada atividade econômica por um único agente, não se admitindo a entrada de outros competidores. Outrossim, por atividade econômica entende-se todo o processo de produção e circulação de bens, serviços e riquezas na sociedade. Podemos classificar o monopólio, conforme os critérios a seguir listados.

### 5.1 MONOPÓLIO NATURAL

Monopólio natural é aquele decorrente da impossibilidade física da mesma atividade econômica por parte de mais de um agente, uma vez que a maximização de resultados e a plena eficiência alocativa de recursos somente serão alcançadas quando a exploração se der em regime de exclusividade.

Isto porque, determinadas atividades envolvem custos de investimento tão altos que não há como se estabelecer competição nas mesmas, tal como ocorre na exploração de metrô urbano, transporte ferroviário, transmissão de energia elétrica, dentre outras. Minimiza-se os potenciais efeitos deletérios do monopólio natural físico, decorrente da propriedade privada exclusiva de um determinado sistema de rede (de transportes, de telefonia, por exemplo), determinando-se o compartilhamento obrigatório do uso da referida rede por parte de outros agentes competidores, mediante pagamento de compensação financeira ao proprietário (princípio do compartilhamento de redes).

Outrossim, o monopólio natural pode decorrer do direito à exploração patenteada e exclusiva de determinado fator de produção, bem como da maior eficiência competitiva de determinado agente em face de seus demais competidores.

Trata-se, assim, do monopólio resultante de circunstâncias naturais, através de avanços tecnológicos nos fatores de produção desenvolvidos por determinada empresa, ou nos casos em que esta detém a patente sobre o mesmo (direito marcário, corolário do direito de propriedade industrial, protegido pelo Estado), ou, ainda, em que detém a única fonte de matéria prima para tanto, ou, ainda, nos casos de impossibilidade física ou jurídica de exploração da atividade por outros agentes (ex.: transporte ferroviário).

Observe-se que o monopólio natural não é defeso pela Constituição, sendo permitido pelo legislador infraconstitucional, uma vez que não resulta, tampouco provém de práticas abusivas de mercado, conforme se encontra expresso no art. 20, II, §1º, da Lei de Proteção da concorrência, que é expressa ao preceituar que “*A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II*”, a saber, “*II – dominar mercado relevante de bens ou serviços*”.

## 5.2 MONOPÓLIO CONVENCIONAL

Monopólio convencional é o decorrente de práticas abusivas de agentes econômicos, bem como de acordos e contratos estabelecidos por dois ou mais agentes, com o fito de eliminar os demais competidores, colocando aquela atividade sob a exploração exclusiva por parte de

um único agente (monopólio) ou de poucos agentes pré-determinados (oligopólio).

Outrossim, o monopólio convencional é igualmente defeso pelo Estado brasileiro, uma vez que, conforme já mencionado, nossa ordem econômica estabelece como princípio a defesa da concorrência, não tolerando o Estado a criação de infração à ordem econômica, bem como de quaisquer práticas consideradas economicamente abusivas pelo Poder Público, a teor das disposições do art. 173, §4º, da CRFB, bem como da dicção dos arts. 20 e 21 da Lei nº 8.884, de 1994.

### 5.3 MONOPÓLIO LEGAL

Monopólio legal é a exclusividade de exploração de atividade econômica estabelecida pelo Poder Público para si ou para terceiros, por meio de edição de atos normativos. Como exemplo histórico, serve de exemplo histórico a Lei nº 6.538, de 1978, que instituiu o monopólio das atividades de serviços postais em favor da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT.

Há monopólio legal quando o Poder Público subtrai dos particulares certas atividades econômicas, com o fim de mantê-las sob controle e exploração do Estado, por razões de ordem pública (absorção).

A atual Carta Política, por considerar principiológico a liberdade de iniciativa, veda, expressamente, ao Estado, por razões lógicas, a assunção exclusiva de qualquer atividade econômica. Em outras palavras, seja por via executiva, legislativa ou judiciária, é defeso ao Estado afastar a iniciativa dos particulares de qualquer atividade econômica, salva nos casos excepcionados no próprio texto constitucional.

É de se ressaltar, ainda, que a Constituição veda, por razões igualmente principiológicas, que o Estado crie monopólio para terceiros, uma vez que nossa ordem econômica se funda na defesa da concorrência, como corolário para se garantir a livre iniciativa. Todavia, cabe ressaltar que, não é defeso ao Estado a outorga de privilégios a particulares, como forma de fomento da atividade econômica, desde que seja feito de forma isonômica.

#### 5.4 MONOPÓLIO NA CRFB

Em relação aos regimes constitucionais anteriores, agora não há mais a possibilidade do legislador infraconstitucional promover a intervenção estatal, seja por absorção, seja por participação, em qualquer atividade econômica, salvo nos casos expressamente excepcionados no próprio texto constitucional.

No que se refere ao monopólio legal estabelecido em prol do Poder Público, o legislador constituinte somente o admite nos casos expressos na Constituição da República Federativa do Brasil, não cabendo mais estabelecimento de exclusividade por meio de normas infraconstitucionais.

Isto porque, não há mais na atual constituição a abertura normativa existente nos textos anteriores que autorizavam o Poder Público, por ato infraconstitucional a monopolizar qualquer nicho de sua economia que tivesse interesse. A guisa de exemplo, vale citar o art. 157, §8º, da Constituição de 1967 e o art. 163 da Emenda Constitucional nº 01, de 1969, a seguir transcritos:

Constituição de 1967:

Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

§8º - São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei da União, quando indispensável por motivos de segurança nacional, ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.

EC nº 01, de 1969

Art. 163. São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.

As hipóteses de monopólio estatal encontram-se taxativamente previstas no art. 177 da CRFB, não cabendo ao legislador ordinário ampliá-la, uma vez que a Ordem Econômica brasileira fundamenta-se na livre iniciativa, tendo como princípio regeedor a liberdade de concorrência. Assim, somente ao poder constituinte derivado reformador cabe a ampliação dos casos de monopólio estatal. Da leitura do art. 177 da CRFB depreende-se que o Estado reservou para si, tão-somente, o monopólio estatal das duas principais matrizes energéticas mundiais, a saber, o combustível fóssil derivado e os materiais nucleares.

Embora a Carta Política de outubro de 1988 tenha limitado taxativamente as hipóteses de intervenção econômica do Estado por absorção, houve flexibilização dos referidos monopólios decorrente de exercício de poder constituinte derivado reformador. Por força da Emenda Constitucional nº 09/95, o monopólio sobre os combustíveis fósseis derivados foi relativizado, permitindo a contratação, por parte da União, de empresas estatais ou privadas, para as atividades relacionadas ao abastecimento de petróleo. Some-se a isso que a Emenda Constitucional nº 49/06 flexibilizou o monopólio de minérios e minerais nucleares para retirar a exclusividade da União sobre a produção, a comercialização e a utilização de radioisótopos de meia-vida curta, para usos medicinais, agrícolas e industriais, delegando-a ao particular sob regime de permissão.

Assim, de acordo com o texto constitucional vigente, nos termos do art. 21, XXIII e do art. 177, o monopólio da União incide, ainda que relativizado, basicamente, sobre três matrizes energéticas naturais, a saber: petróleo, gás natural e minério ou minerais nucleares:

Art. 21. Compete à União:

[...]

XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

- a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional;
- b) sob regime de permissão, são autorizadas a comercialização e a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais;
- c) sob regime de permissão, são autorizadas a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas;"

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III – a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V – a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

I – a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;

II – as condições de contratação;

III – a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.

§ 3º A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional.

§ 4º A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos:

I – a alíquota da contribuição poderá ser:

- a) diferenciada por produto ou uso;
- b) reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150, III, b;

II – os recursos arrecadados serão destinados:

- a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo;
- b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás;
- c) ao financiamento de programas de infra-estrutura de transportes.

Por sua vez, o art. 25, §2º da Constituição da República reserva aos Estados-membros a atividade de distribuição de gás canalizado, nos termos da Emenda Constitucional nº 05, de 1995:

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

[...]

§ 2º - Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

Outrossim, o art. 21 ainda prevê a prestação das seguintes atividades, por parte da União, explorando diretamente ou por meio de terceiros: emissão de moedas, serviço postal, serviços de telecomunicações, serviços de radiodifusão, serviços de energia elétrica, aproveitamentos dos cursos d'água, navegabilidade aérea, aeroespacial, transporte ferroviário, aquaviário, rodoviário interestadual e internacional, portos marítimos, fluviais e lacustres.

Muito se debate na doutrina se tais atividades estariam sob regime de monopólio da União, ante o cunho econômico e lucrativo sob o qual se apresentam, ou se estariam sob regime de serviços públicos, dada a alta relevância que tais atividades apresentam para a sociedade.

Em que pese vozes de escol entenderem que se trata de monopólio da União,<sup>2</sup> entendemos que, com base no atual texto constitucional, tais atividades não podem ficar mais sob o regime de exploração restrita do Estado. Isto porque, em uma economia de mercado, somente se justifica a assunção de serviços de relevância coletiva, com nítida natureza econômica, em detrimento da liberdade de iniciativa e da livre concorrência, nos casos em que a iniciativa privada se mostre ineficiente para tanto, em respeito ao princípio da subsidiariedade.<sup>3</sup> Deve-se ter em mente, ainda, que o rol de atividades sob o regime de monopólio estatal encontram-se taxativamente previstos na Carta Política de outubro de 1988, não cabendo ao legislador ordinário, tampouco ao operador do direito, ampliá-lo.

Nessa esteira, o próprio art. 21 da CRFB<sup>4</sup> já prevê, de forma taxativa, as atividades nas quais o legislador constituinte autoriza a exploração direta por parte do Poder Público, sem, todavia, afastar a iniciativa privada, uma vez que não torna defesa sua realização pelo particular, somente condicionando-a à prévia obtenção de chancela do

---

2 Neste sentido, confira-se José dos Santos Carvalho Filho, in *Manual de Direito Administrativo*, 9. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

3 Confira-se, por oportuno: CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*, Coimbra: Almedina, 1994, vol. II, p. 1.076.

4 Art. 21. Compete à União: [...]

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: [...]

Estado, devendo, portanto, ser privilegiado o princípio republicano da livre iniciativa, nos termos do art. 1º, IV, *in fine*, da CRFB<sup>5</sup>.

Observe-se, salvo melhor juízo, ser esta a *mens legis* que orienta o legislador constituinte brasileiro, a teor de uma exegese sistemática dos arts. 21, 170, 173 e 177, todas da CRFB.

## 6 DA QUESTÃO DO SETOR POSTAL

A atividade postal se trata, atualmente, de tema que suscita grandes debates no meio acadêmico e jurisprudencial. Isto porque, nossa doutrina tem se revelado extremamente misonéista em face dos avanços e conquistas na seara econômica advindas do atual texto constitucional e nossas Cortes Suprema e Superior tem se revelado conflitantes e paradoxais na interpretação e aplicação de leis pré-constitucionais ao atual texto maior.

A fim de analisar a questão do setor postal, mister se faz analisar a origem e evolução desta atividade.

### 6.1 DA EVOLUÇÃO E ESTRUTURAÇÃO DO SETOR POSTAL

O desenvolvimento do Setor Postal corresponde ao crescimento e à transformação histórica do próprio País, uma vez que se prestam à garantir, precipuamente, a integração da Nação brasileira. Os primórdios dos serviços postais no Brasil-Colônia reportam-se aos correios em Portugal e à sua atuação neste, então, novo território. Durante os primeiros tempos da colonização do Brasil, os portugueses não dispunham de um sistema postal bem organizado, tendo, inclusive, que recorrer ao de nações vizinhas. Com a elevação do Brasil a condição de Reino Unido, foram criadas as primeiras agências postais oficiais no país, em 1812. Durante o período imperial, o Brasil profissionalizou o Serviço Postal, criando o primeiro selo oficial do país, a saber, o “Olho de Boi”.

No período republicano, alguns fatores como a aquisição de novas máquinas, a ampliação da área de ação interna e externa, a evolução

---

5 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

dos transportes e a implantação do Correio aéreo marcaram essa fase, que se caracterizou pelo notório desenvolvimento do setor postal, que puderam expandir seus serviços às populações de todas as regiões do País, contribuindo para a integração nacional. Assim, o Departamento de Correios e Telégrafos foi criado em 1931, mediante decreto presidencial, subordinado ao Ministério de Viação e Obras Públicas, e absorveu as funções dos extintos DGC – Direção Geral dos Correios e RGT – Repartição Geral de Telégrafos.

Desta feita, a primeira estruturação do setor postal assumiu, no Estado brasileiro, nítidos contornos de serviço público, uma vez que era prestado diretamente por órgão da administração pública direta.

Todavia, mediante opção política da República, o setor postal passou a ser explorado como atividade econômica em sentido estrito, mediante a criação de uma empresa pública federal para tanto. Assim, com o desenvolvimento dos setores produtivos do Brasil tornou-se necessária a reorganização do setor postal em torno de um modelo mais moderno que o de serviço público, que não apresentava infraestrutura compatível com as necessidades dos usuários. Assim, foi criada a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, sob a forma de pessoa jurídica de direito privado, controlada exclusivamente pela União, nos termos do Decreto-lei nº 509, de 1969. Por sua vez, o setor postal foi monopolizado em torno da União, mediante edição da Lei nº 6.538, de 1978, dando aos serviços postais nítida natureza jurídica de atividade econômica, ainda que sob regime de exclusividade do Estado. Há que se ter em mente que tal lei foi promulgada sob a vigência da Constituição de 1967/69, que em seu art. 163 permitia o estabelecimento de monopólios por ato infraconstitucional<sup>6</sup>.

Nos termos dos normativos acima, as atividades do setor postal são as seguintes:

Remessa de correspondência, que é meio de comunicação que se perfaz por meio de signos escritos, podendo se dar por meio de:

---

6 Art. 163. São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.

- a) carta: comunicação manuscrita ou impressa devidamente acondicionada e endereçada a uma ou várias pessoas;
- b) cartão-postal: cartão que tem numa das faces uma ilustração artística, ficando a outra reservada à correspondência;
- c) impresso: papel personalizado para uso em correspondência oficial ou serviços administrativos;
- d) cecograma: papel de correspondência próprio para deficientes visuais, escrito em braile;
- e) pequena-encomenda: mercadoria de dimensões reduzidas que pode ser transportada junto com os demais produtos que se enquadram como correspondência.

Remessa de valores: transporte de documentos negociáveis, representativos de um valor certo a receber, de uma dívida, ou do direito de receber uma mercadoria, bem como de outros bens facilmente realizáveis em dinheiro:

- a) remessa de dinheiro através de carta com valor declarado;
- b) remessa de ordem de pagamento por meio de vale-postal;
- c) recebimento de tributos, prestações, contribuições e obrigações pagáveis à vista, por via postal.

Remessa de encomendas e objetos: cuida-se do transporte de bens manufaturados;

Serviços correlatos:

- a) venda de selos, peças filatélicas, cupões-resposta internacionais, impressos e papéis para correspondência;
- b) venda de publicações divulgando regulamentos, normas, tarifas, listas de código de endereçamento e outros assuntos referentes ao serviço postal;

- c) exploração de publicidade comercial em objetos de correspondência.

## 6.2 DA NATUREZA JURÍDICA DO SETOR POSTAL

A definição da natureza jurídica do setor postal é ponto basilar para o estabelecimento do regime jurídico aplicável, mormente em se considerando os avanços sócio-econômicos advindos com o texto constitucional de 1988. Isto porque, resta delineado, de forma bastante clara, a disciplina a ser aplicada em face da exploração de atividades econômicas, cuja regra é a liberdade de iniciativa para o mercado, e a disciplina a ser aplicada na prestação de serviços públicos, cuja titularidade é do Estado. Todavia, o que se presencia no meio acadêmico é uma postura retrógrada e misoneísta de grande parte de doutrinadores de escol, em uma tentativa frustrada de adequar a Constituição da Republica ao direito pré-constitucional que rege o serviço postal, não em se adequar a exploração dos serviços postais às regras estabelecidas na Lei Maior para tanto. Assim, uma leitura do posicionamento doutrinário vigente torna-se imprescindível para uma visão elucidativa sobre o tema. Nessa linha, abrem-se três possibilidades para definição do tema:

- a) Encarar os serviços postais como serviço público sobre a titularidade do Estado, devendo ser efetivada diretamente ou por delegação ao particular, no termos do art. 175 da CRFB;
- b) Encarar os serviços postais como atividade econômica sob o monopólio estatal, fazendo a legislação pré-constitucional prevalecer sob o art. 177 da CRFB;
- c) Encarar os serviços postais como atividade econômica submetida ao regime da livre iniciativa, ainda que se submeta à normatização e regulação estatal, nos moldes do art. 174 da CRFB.

## 6.3 DO POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO

Conforme já dito, não há um consenso doutrinário sobre o tema, havendo, ao contrário, as mais variadas posições, dentre as quais destacamos:

- a) Para Celso Antônio Bandeira de Mello, Floriano Azevedo Marques Neto, Alexandre Aragão e Walter Nunes da Silva Júnior os serviços postais se tratam de serviços públicos, devendo a Lei nº 6.538/78 ser interpretada como ato de delegação da prestação à empresa pública, ainda que o art. 175 da CRFB condicione a delegação à pessoa jurídica de direito privada à prévia licitação;
- b) Para José Afonso da Silva, Celso Ribeiro Bastos e Luis Roberto Barroso os serviços postais se tratam de atividade econômica em sentido estrito, devendo ser explorado sob o regime da livre iniciativa. Para haver exploração direta por parte do Estado, deve-se observar a sistemática do art. 173 da CRFB, ainda que se trate de atividade sob a regulação estatal (art. 174);
- c) Para Maria Neuenschwander Escosteguy Carneiro os serviços postais tem natureza mista, tendo atividades que devem ser prestadas sob regime de direito público e outras que devem ser prestadas sob o regime de direito privado, em caráter análogo ao regime estabelecido para as telecomunicações.

#### 6.4 DAS ANTINOMIAS DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Por sua vez, a legislação infraconstitucional brasileira traz fortes antinomias no que se refere ao setor postal:

- a) Lei nº 6.538/78: dá aos serviços postais a natureza jurídica de atividade econômica sob regime de monopólio legal, a teor do disposto nos arts. 2º, 7º, 8º e 9º;
- b) Lei nº 9.074/95: o art. 1º, VII, incluído pela Lei nº 9.648/98, expressamente classifica os serviços postais como públicos, sujeitos ao regime de concessão e permissão da Lei nº 8.987/95, que disciplinou o art. 175 da CRFB, e sujeito a delegação à prévia e obrigatória licitação.

A teor do atual texto constitucional, não há mais liberdade para o legislador infraconstitucional em estabelecer monopólios estatais mediante ato infraconstitucional, havendo artigo estabelecendo de

forma expressa quais são as atividades econômicas que são reservadas ao Estado, conforme já visto. No que se refere ao serviço postal, o atual texto constitucional limita-se a estabelecer competência executiva da União na manutenção do mesmo (art. 21, X) e competência legislativa da mesma para disciplinar o tema (art. 22, V). Assim, não há qualquer norma expressa que classifique os serviços postais como serviços públicos, tampouco que os coloquem como atividade econômica sob regime de monopólio estatal, muito menos que autorize a exploração do setor diretamente pelo Poder Público, ou, ainda, mediante autorização, permissão ou concessão.

## 6.5 DO POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA

Ressalte-se, por oportuno, que a jurisprudência de nossas Cortes tem oscilado entre a existência de monopólio estatal e o regime de serviço público no que tange à atividade de comunicação na via postal, sem, contudo, pacificar a questão.

A Superior Corte de Justiça tradicionalmente se posiciona por estender aos serviços postais as prerrogativas inerentes à Fazenda Pública, dando-lhe tratamento de regime de direito público, uma vez que considera recepcionado o monopólio da Lei nº 6.538, de 1978. Nessa linha, confira-se o ementário a seguir:

PROCESSUAL PENAL - VIOLAÇÃO DE PRIVILÉGIO POSTAL DA UNIÃO - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - MONOPÓLIO DA UNIÃO - RECEPÇÃO DA LEI 6.538/78 - *ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E ATIPICIDADE DA CONDUTA - INOCORRÊNCIA*. STJ - 5ª Turma; RHC 14755/PE; Ministro JORGE SCARTEZZINI; DJ 02/08/2004 p. 421. - (grifo nosso).

CRIMINAL. HC. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. SERVIÇO POSTAL. MONOPÓLIO DA UNIÃO. OMISSÃO CONSTITUCIONAL. NORMA FORMALMENTE CONSTITUCIONAL. *NÃO RECEPÇÃO DA LEI 6.538/78 NÃO VERIFICADA. POSSIBILIDADE DE ESTABELECIMENTO DO MONOPÓLIO POR LEI ORDINÁRIA, AINDA QUE ANTERIOR. CONTRADIÇÃO OU CONFLITO INEXISTENTE. SERVIÇO*

POSTAL COM ATRIBUIÇÃO EXCLUSIVA À UNIÃO. DELEGAÇÃO NÃO AUTORIZADA. ORDEM DENEGADA". STJ; 5ª Turma; HC 21804/SP; Ministro GILSON DIPP; DJ 01/12/2003 p. 373. – (grifo nosso).

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal tem sido bastante conflitante ao tratar do tema, ora dando tratamento de serviços públicos, ora tratando como atividade de utilidade pública, conforme o ementário a seguir transcrito:

[...] Serviços públicos não essenciais e que, não utilizados, disso não resulta dano ou prejuízo para a comunidade ou para o interesse público. Esses serviços são, de regra, delegáveis, vale dizer, podem ser concedidos e podem ser remunerados mediante preço público. Exemplo: o serviço postal, os serviços telefônicos, telegráficos, de distribuição de energia elétrica, de gás, etc. (ADI 447, voto do Min. Carlos Velloso, DJ 05/03/93). – (grifo nosso).

[...] No caso, tem-se uma empresa pública prestadora de serviço público — a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT — o serviço postal (CF, art. 21, X). Além de não estar, portanto, equiparada às empresas privadas, integra o conceito de fazenda pública. Assim, os seus bens não podem ser penhorados, estando ela sujeita à execução própria das pessoas públicas. (RE 407.099, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 06/08/04). – (grifo nosso).

[...] afirmou-se que a presunção de recepção da Lei 6.538/78, pela CF/88, opera em favor da agravante, tendo em conta diversos julgamentos da Corte reconhecendo a índole pública dos serviços postais como premissa necessária para a conclusão de que a imunidade recíproca se estende à ECT. Esclareceu-se, ademais, que a circunstância de a ECT executar serviços que, inequivocamente, não são públicos nem se inserem na categoria de serviços postais demandará certa ponderação quanto à espécie de patrimônio, renda e serviços protegidos pela imunidade tributária recíproca, a qual deverá ocorrer no julgamento de mérito da citada ADPF" (ACO 765-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Informativo 443). - (grifo nosso).

## 6.6 DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 46-7

Cumpra destacar que, em recente julgado, o Supremo Tribunal Federal discute, via Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 46-7, se a atividade de serviços postais, prevista no rol do art. 21 da CRFB estaria ou não sob o regime de monopólio estatal, legitimando-se o monopólio estatal anteriormente em face do atual texto constitucional.

Este julgamento, que questiona o monopólio estatal dos serviços postais pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, se trata de um dos mais importantes casos de direito econômico a ser decidido pelo STF. A ação questiona a constitucionalidade da Lei 6.538/78, que regulamenta os serviços postais brasileiros. A intenção da ADPF é restringir o monopólio postal dos Correios às entregas de cartas – sendo limitado seu conceito a papel escrito, envelopado, selado, que se envia de uma parte a outra com informações de cunho pessoal, produzido por meio intelectual, e não mecânico. Outrossim, pretende-se ver declarada a inconstitucionalidade do art. 42 da Lei nº 6.538/76<sup>7</sup>, no sentido de afirmar a não recepção tipicidade penal da violação do monopólio do setor postal.

Conforme decisão a seguir transcrita:

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a argüição de descumprimento de preceito fundamental, vencidos o Senhor Ministro Marco Aurélio, que a julgava procedente, e os Senhores Ministros Gilmar Mendes (Presidente), Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, que a julgavam parcialmente procedente. O Tribunal, ainda, deu interpretação conforme ao artigo 42 da Lei nº 6.538/78 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º do referido diploma legal. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Eros Grau. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Menezes Direito. Plenário, 05.08.2009.

---

7 Art. 42º - Coletar, transportar, transmitir ou distribuir, sem observância das condições legais, objetos de qualquer natureza sujeitos ao monopólio da União, ainda que pagas as tarifas postais ou de telegramas.

Pena: detenção, até dois meses, ou pagamento não excedente a dez dias-multa.

Parágrafo único - Incorre nas mesmas penas quem promova ou facilite o contra bando postal ou pratique qualquer ato que importe em violação do monopólio exercido pela União sobre os serviços postais e de telegramas.

Ainda que a decisão narre que a ADPF nº 46-7 foi julgada improcedente, a Corte Suprema deu interpretação conforme à constituição no sentido de restringir a tipicidade penal do art. 42 da Lei nº 6.538/78 às atividades de recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta, cartão-postal e de correspondência agrupada, além da fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal. Portanto, a *contrario sensu*, as demais atividades econômicas exploradas pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos estão abertas à livre iniciativa, podendo ser exploradas pelos demais agentes competidores, a saber, a remessa de valores, encomendas e objetos.

A linha vencedora no julgado foi, em parte, a sustentada pelos ministros Eros Grau, redator do acórdão, Ellen Gracie, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso e Carlos Ayres Britto. Observe-se que a linha defendida pelos ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski, que haviam votado pela relativização do monopólio dos Correios em cartas comerciais e em encomendas, mantendo a exclusividade, tão-somente, na correspondência pessoal, restou parcialmente vencida, assim como o posicionamento do relator, ministro Marco Aurélio, que votou pela completa quebra do monopólio dos Correios.

Isto porque, a manutenção da exclusividade nas atividades do setor postal à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos fica restrita à remessa de cartas pessoais e comerciais, cartões-postais, correspondências agrupadas (malotes), não havendo mais tipicidade penal na conduta de remessa de outros tipos de correspondências e encomendas às transportadoras privadas.

## 7 CONCLUSÃO

Em que pese o tema ser bastante controverso, não havendo consenso na doutrina e ainda que o Supremo Tribunal Federal tenha relativizado a exclusividade da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, entendemos, salvo melhor juízo, que não há como se reconhecer a subsistência do monopólio do setor postal no atual texto constitucional, mormente por não haver sequer autorização do legislador constituinte para a exploração direta do mesmo por parte do Poder Público, ao contrário de outras atividades constantes no art. 21 do CRFB.

Outrossim, por ocasião do julgamento da referida ADPF, poderia a Suprema Corte ter modulado seus efeitos temporais, nos termos do art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868, de 1999, que permite atribuir efeito *ex nunc* ou *ex tunc*, tanto em caráter pretérito, quanto futuro, a ser avaliado no caso sub judice. Isto porque não há um marco regulador que discipline a abertura do setor postal à iniciativa privada, tampouco estabeleça metas socialmente desejáveis a serem alcançadas com a exploração privada deste nicho.

Assim, em que pese entendermos que não há juridicidade no reconhecimento da recepção do monopólio do setor postal, observando-se que a Suprema Corte relativizou a exclusividade da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, a decisão em caráter mais salomônica deveria ter sido julgar procedente a ADPF nº 46-7, modulando seus efeitos temporais, no sentido de manter o monopólio integral do setor postal enquanto não for editada uma lei que estabeleça as regras para a abertura e a devida regulação do setor.

## 8 REFERÊNCIAS

- BARROS NETO, João Pinheiro de. Tese de Doutorado em Ciências Sociais. *A grande empresa de serviços públicos: um estudo sobre o desenvolvimento dos correios no Brasil*. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2002.
- BUENO, Eduardo. *Brasil: Uma História – A Incrível Saga de um País*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2003.
- CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Vol. II. Coimbra: Almedina.
- CARNEIRO, Maria Neuenschwander Escoteguy. *Uma Nova Visão do Setor Postal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.
- COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *O serviço Postal no Direito Brasileiro*. Curitiba: J M, 2006.

CRETELLA JUNIOR, José. *Administração Indireta Brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

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

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, Jose Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.



# O ARTIGO 285-A DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A INCOMPETÊNCIA RELATIVA DO JUÍZO

*Luciano Pereira Vieira*  
*Advogado da União*  
*Bacharel em Direito pela Universidade*  
*Estadual de Londrina/PR*  
*Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Instituto*  
*Paranaense de Ensino/PR*

SUMÁRIO: 1 Considerações Iniciais; 2 O Artigo 285-A do CPC e a Modificação de Competência; 3 Artigo 285-A do CPC: Arguição da Incompetência Relativa e o Julgamento da Causa Madura pelo Tribunal (Artigo 515, § 3o, do CPC); 4 Considerações Finais; 5 Referências.

**RESUMO:** O presente estudo objetiva discutir a aparente antinomia existente entre o disposto no art. 285-A do Código de Processo Civil (CPC), que veicula o novel instituto do julgamento imediato do mérito dos processos repetitivos, e a previsão encartada nos artigos 111, 112 e 307 do mesmo Codex, que exige a apresentação formal de exceção declinatória de foro para a arguição de incompetência relativa do Juízo. Parte-se da análise da hipótese em que, em tese, estiver potencialmente configurada a incompetência relativa do Juízo para processamento do feito e, sem a prévia oitiva do réu, é prolatada sentença de improcedência dos pedidos do autor, com base no art. 285-A do CPC, citando aquele para responder ao recurso de apelação. Nesse momento, não haverá possibilidade de apresentação da exceção declinatória de foro, algo que poderá inviabilizar a efetiva presença do réu no feito, principalmente nos casos em que a ação tenha sido proposta em localidade muito distante de seu domicílio, onerando excessivamente a sua defesa. Além disso, postergar a apreciação de eventual arguição de incompetência relativa do Juízo para momento posterior à eventual anulação pelo Tribunal da sentença recorrida, quando efetivamente o réu será citado para responder à ação, contraria frontalmente a celeridade e economia processuais, princípios fortemente reavivados pela Emenda Constitucional no 45/2004 e pela “terceira onda de reformas” do CPC. Ainda, com a previsão do art. 515, § 3º, do CPC (teoria da causa madura), poderá o Tribunal conhecer do recurso de apelação do autor e, no mérito, dar-lhe provimento para reformar a sentença recorrida (inversão da sucumbência), abrindo flancos para a maliciosa escolha do órgão julgador em grau recursal pelo autor da demanda, em inegável prejuízo ao réu, por estar cerceado do direito de opor-se à eleição do foro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Art. 285-A do CPC. Art. 112 do CPC. Art. 515, § 3º, do CPC. Direito Processual Civil. Incompetência Relativa. Modificação de Competência. Ações Repetitivas. Julgamento Imediato. Teoria da Causa Madura.

**ABSTRACT:** This study aims to discuss the apparent contradiction between the provisions of the art. 285-A of the Civil Code Procedure (CCP), which conveys the novel institution of immediate trial on the merits of the repetitive processes, and the provisions annexed in Articles 111, 112 and 307 from the same codex, which requires a formal Exception to Jurisdiction of Court presentation to the argument

of Relative Forum Incompetence. It starts with the analysis over the hypothesis that, in theory, it is potentially configured the Relative Forum Incompetence for the processing of the action and, without the defendant's prior hearing, and handed down the dismissal sentence on the author's requests, based on the art. 285-A of the Code, citing the other to respond the appeal. At this point, there is no possibility for the Exception to Jurisdiction of Court presentation, something that can prevent the defendant's effective presence in the process, especially in cases where the action has been proposed in an area far from its home, placing an excessive burden on its defense. In addition, postponing the consideration of any Relative Forum Incompetence claim for a later date after the Court annulment of the appealed sentence, when the defendant will indeed be cited to respond to the lawsuit, opposes incisively to the judicial celerity and the economy, principles strongly revived by the Constitutional Amendment nº 45/2004 and by the CCP's "third reform wave". Still, with the provisions of art. 515, § 3rd from the Code (Mature Case Theory), the Court may be aware of the author's appeal and, in the merit, let the author reform the contested sentence (reversal of succumbing), opening flanks to a malicious judge court choice in the appellate level by the demanding author, in undeniable harm to the defendant, by being cut out of the right to oppose the forum's election.

**KEYWORDS:** Article 285-A from the CCP. Art. 112 from the CCP. Art. 515, § 3rd from CCP. Civil Code Procedure. Relative Incompetence. Competence Modification. Repetitive Processes. Immediate Trial. Mature Case Theory.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No intuito de conferir maior racionalidade ao sistema processual brasileiro e, inclusive, de dar maior concretude aos princípios da economia e celeridade processuais, a Lei no 11.277/2006, impregnada do espírito modernizador do Poder Judiciário reavivado pela Emenda Constitucional no 45/2004, introduziu o artigo 285-A no Código de Processo Civil (CPC), na chamada *terceira onda da reforma*.

Ocorre, contudo, que a inserção do art. 285-A no sistema processual brasileiro não foi acompanhada das adaptações necessárias em outros dispositivos legais, o que fez surgir uma aparente antinomia

entre esse dispositivo e os artigos 111, 112 e 307 do CPC, cuja solução está a cargo do intérprete e aplicador do Direito, a partir da análise do caso concreto.

Essa aparente antinomia ganha realce e importância se confrontada com a possibilidade de uma sentença liminar de improcedência dos pedidos do autor de determinada ação, proferida por Juízo relativamente incompetente, acabar sendo reformada, em grau de apelação, pelo Tribunal hierárquica e imediatamente superior (Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal), mediante a aplicação do artigo 515, § 3º, do CPC (teoria da causa madura).

Assim, se o intérprete e aplicador do Direito não se atentar às peculiaridades desse novel instituto (art. 285-A do CPC), estará aberto flanco a que o autor de determinada demanda, após analisar a orientação jurisprudencial dos Tribunais, opte por propor a ação perante o órgão julgador de 1º grau que esteja vinculado ao Tribunal mais favorável ao acolhimento de sua tese, já partindo dos seguintes pressupostos:

- 1) não haveria, em tese, como o réu apresentar exceção declinatória de foro (art. 112 do CPC), porquanto só passaria a integrar a lide após a prolação da sentença liminar de improcedência, quando citado para responder ao recurso; e
- 2) o Juízo não poderia, de ofício, declarar sua incompetência relativa para processamento do feito (art. 114 do CPC<sup>1</sup> c/c Enunciado no 33 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça - STJ<sup>2</sup>), excetuada, obviamente, a hipótese prevista no parágrafo único do art. 112 do CPC (nulidade da cláusula de eleição de foro nos contratos de adesão<sup>3</sup>).

Em virtude disso, o presente estudo objetiva apresentar a celeuma em torno da aplicação do art. 285-A do CPC nas hipóteses em que

---

1 "Art. 114. Prorrogar-se-á a competência se dela o juiz não declinar na forma do parágrafo único do art. 112 desta Lei ou o réu não opuser exceção declinatória nos casos e prazos legais".

2 *Súmula no 33/STJ*: "A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício".

3 "Art. 112 [...]".

Parágrafo único. A nulidade da cláusula de eleição de foro, *em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz*, que declinará de competência para o juízo de domicílio do réu" (incluído pela Lei no 11.280/2006). Grifou-se.

estiver potencialmente configurada a incompetência relativa do Juízo para processamento do feito, bem como apontar caminhos alternativos para a superação desse aparente conflito de normas, em respeito ao devido processo legal e à celeridade e economia processuais.

## 2 O ARTIGO 285-A DO CPC E A MODIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIA

O artigo 285-A do CPC, introduzido pela Lei no 11.277/2006, na feliz percepção de Luis Guilherme Aidar Bondioli, “afina-se com as garantias constitucionais de tempestividade e efetividade da tutela jurisdicional (CF, art. 5o, XXXV e LXXVII) e com o princípio da economia processual”<sup>4</sup>.

Referido dispositivo representa grande avanço na gestão processual das demandas de massa ou simplesmente ações repetitivas, porquanto permite<sup>5</sup> ao Magistrado condutor do feito, ao apreciar a inicial, liminarmente dispensar a citação do réu e proferir sentença, se verificados os seguintes pressupostos:

- a) se a *res in iudicium deducta* for unicamente de direito; e

4 BONDIOLOI, Luis Guilherme Aidar. O Julgamento Liminar de Improcedência da Demanda da Óptica do Réu (art. 285-A do CPC). Sapucaia do Sul, *Revista Jurídica*, ano 56, n. 367, p. 12, mai. 2008.

5 “O juiz não está adstrito a julgar com base em referido dispositivo, podendo determinar a citação do réu, por entender, por exemplo, que, apesar de haver precedentes similares do próprio juízo, a situação específica reveste-se de alguma peculiaridade, ou mesmo pode ter havido mudança da posição precedente” (ALVIM, Eduardo Arruda. Do julgamento de improcedência de casos repetitivos, à luz da Lei no 11.277/2006 – Algumas Reflexões atinentes ao Art. 285-A do CPC. Rio de Janeiro, *Revista Forense*, ano 103, v. 393, p. 44, set./out. 2007).

No mesmo sentido: acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4a Região no julgamento do Agravo de Instrumento no 2006.04.00.034904-7/RS. Confira-se:

“PROCESSUAL CIVIL. JUNTADA DE DOCUMENTOS. PRESCRIÇÃO. INCABIMENTO. Embora o art. 285-A do CPC, com a redação dada pela Lei 11.277/06, possibilite o julgamento antecipado da lide nas hipóteses ali elencadas, é uma faculdade para os casos em que tal medida vá, a critério do Juízo, importar em atendimento ao princípio da celeridade processual e evitar a multiplicação de ações idênticas. Também a aplicação de tal artigo pressupõe que a relação processual ainda não se tenha angularizado, ou seja, deve em princípio se dar antes da citação, evitando ainda a formação da relação processual”. (TRF4, AG 2006.04.00.034904-7, Quarta Turma, Relator Márcio Antônio Rocha, D.E. 26/03/2007). Grifou-se.

Em sentido contrário: “A meu ver, não há motivos para, configurados os requisitos do art. 285-A do CPC, não se impor ao magistrado o dever de julgamento *imediato* da lide [...]. O argumento que se praticaria uma série de atos inúteis, pois inabalável o resultado do processo, com prejuízo para as partes (principalmente o réu) e o órgão jurisdicional, me convence do dever do magistrado de julgar *imediatamente* a lide” (ARAÚJO, Luciano Vianna. Art. 285-A do CPC (Julgamento Imediato, Antecipado e Maduro da Lide): Evolução do Sistema desde o Código de Processo Civil de 1939 até 2007. São Paulo, *Revista de Processo*, ano 33, n. 160, p. 174, jun. 2008).

6 Cristiano Simão Miller, citando lição de Vicente de Paula Ataíde Júnior, salienta que a expressão “no juízo”

- b) se já houver, no referido Juízo<sup>6</sup>, sentença de improcedência anteriormente proferida em outros casos idênticos<sup>7</sup> ao trazido à sua apreciação. Para tanto, necessário será realizar o chamado transporte *in utilibus*<sup>8</sup> dessa sentença para os autos em que será proferido o julgamento imediato do processo repetitivo.

deve ser entendida como “mesmo juízo” e não “mesmo juiz”. Assim, segundo ele, “mesmo que determinado julgador ainda não tenha apreciado ‘tese’ semelhante, poderá perfeitamente aplicar a regra do art. 285-A, desde que, outro magistrado, pertencente à mesma *unidade de competência territorial*, já tenha prolatado sentença (na verdade, sentenças, pois o texto da norma utiliza a expressão ‘casos idênticos’), julgando improcedente o pedido em ações semelhantes” (MILLER, Cristiano Simão. O Art. 285-A do Código de Processo Civil: A sua Constitucionalidade e os Reflexos na Efetividade Processual. , Rio de Janeiro, *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VIII, n. 10, p. 35, jan./jun. 2007).

No mesmo sentido: ALVIM, Eduardo Arruda. op. cit. p. 46.

- 7 “O correto, *permissa venia*, seria a utilização da expressão ‘semelhantes’, uma vez que, aí sim, haveria a possibilidade de se utilizar as regras do artigo in comento, pois apenas alguns dos elementos da ação (existentes nos casos anteriores) estariam presentes nessa nova demanda; somente haveria identidade da causa de pedir e do pedido entre as anteriormente julgadas e a atual, sendo certo que as partes, obrigatoriamente, seriam outras. Portanto, quando utilizou a expressão em ‘casos idênticos’, deixou-se de lado a técnica processual, para afirmar tratar-se de *casos semelhantes*” (LORENZETTI NETO, Adelino. Breves Comentários ao Artigo 285-A do CPC. Lex. São Paulo, ano 19, n. 212, p. 10, abr. 2007).

Luciano Vianna Araújo, por seu turno, ensina que “*casos idênticos* diz respeito aos chamados *processos repetitivos, demandas de massa*, nas quais a questão jurídica mostra-se uniforme para todos” (ARAÚJO, Luciano Vianna. *Art. 285-A do CPC op. cit.*, p. 170).

Ainda sobre a expressão “casos idênticos” utilizada no art. 285-A do CPC e as figuras da perempção, litispendência e da coisa julgada (art. 267, V, do CPC), confira-se: LIMA, Altair Roberto de. Primeiras Impressões sobre o art. 285-A do CPC. Brasília, *Revista da AGU – Advocacia-Geral da União*, ano VI, n. 14, p. 195, dez. 2007.

- 8 Em relação ao procedimento do chamado *transporte in utilibus* da sentença de improcedência anteriormente proferida para os autos em que será proferido o julgamento imediato do processo repetitivo (art. 285-A do CPC), a doutrina tem divergido. Segundo Oscar Valente Cardoso, “não se pode determinar que haja uma transcrição *ipsis literis* da decisão originária, mas sim que contenha fundamentação e dispositivos aproximados, com a mesma solução a casos concretos idênticos (até por que os fatos narrados pelas partes não são necessariamente semelhantes)”. Referido jurista ressalta também que “não há necessidade de que o julgador mencione expressamente em quais processos proferiu decisão similar, por se presumir verdadeira a afirmação de que se trata de reiteração de sentenças anteriores, sendo ônus do autor comprovar o contrário”. Em abono à sua tese, Oscar Valente Cardoso colaciona excerto de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região no julgamento da AMS no 2006.38.00.034161-4/MG (cf. CARDOSO, Oscar Valente. O art. 285-A do CPC e o Prazo para Oferecimento de Contra-Razões. São Paulo, *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 66, p. 104-105, set. 2008).

De outra banda, Joel Dias Figueira Júnior apresenta entendimento divergente do defendido por Oscar Valente Cardoso, asseverando ser crucial a indicação, pelo julgador, dos precedentes do Juízo que ensejaram a aplicação do art. 285-A do CPC. Para ele, é imprescindível que haja referência aos números dos autos dos processos que foram julgados naquele mesmo sentido, “acrescido da ‘reprodução’ de um deles, adotado como razão de decidir”. Ainda, assevera que “essa referência numérica aos precedentes serve como norte inibidor de recursos, além de permitir ao autor constatar com precisão se os precedentes acerca dos quais se funda o indeferimento do seu pedido são realmente aplicáveis à hipótese vertente” (FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Julgamento de Mérito Conforme o Estado Inicial do Processo – Análise do Art. 285-A, CPC (Lei 11.277, de 07.02.2006). Curitiba, *Revista Autônoma de Processo*, n. 02, p. 372, jan./mar. 2007).

Para melhor compreensão do tema, mister se faz a transcrição do dispositivo legal em comento:

Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1o Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2o Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

Contudo, o fato de a aplicação do artigo 285-A do CPC implicar numa verdadeira “quebra da ordem natural das coisas”<sup>9</sup> exige do julgador uma percepção mais acurada das hipóteses de sua aplicação a fim de evitar a prática de atos desnecessários e precipitados pelo Juízo e de tentar impedir atos maliciosos por parte do autor da demanda, em franco prejuízo ao réu.

---

Fábio Victor da Fonte Monnerat também ressalta a necessidade de referência e reprodução pelo Juiz dos julgados que serviram precedente para a prolação de sentença com base no art. 285-A do CPC, sob pena de nulidade. Em reforço ao seu argumento, ele colaciona julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP, AC no 7.109.476-9, Ribeirão Preto, 13a Câmara de Direito Privado, Rel. Luiz Sabbato, julgado em 06/12/2006) que reconheceu a nulidade de sentença por ter deixado de indicar e reproduzir os julgados idênticos a que se refere o art. 285-A do CPC (MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Primeiras aplicações do art. 285-A do CPC. São Paulo, *Revista de Processo*, ano 33, n. 157, p. 230 e 240, mar. 2008).

Particularmente, entendemos que deve o Juiz mencionar, no bojo da sentença, alguns dos precedentes que ensejaram o julgamento liminar de improcedência dos pedidos do autor, sem necessidade de transcrição ou juntada de cópia das sentenças mencionadas. Essa atitude por parte do julgador representa nada mais do que a concretização do seu dever constitucional de fundamentar suas decisões (art. 93, inciso IX, CR/88), porquanto o art. 285-A do CPC é regra excepcional e, por isso, sua aplicação deve estar devidamente demonstrada. Além disso, em respeito ao princípio constitucional da ampla defesa (art. 5o, inciso LV, da CR/88), a indicação dos precedentes é que permitirá ao autor da demanda (ônus processual), irresignado com a sentença proferida, verificar se as sentenças paradigmas se amoldam realmente à sua causa. Caso contrário, terá havido má aplicação do art. 285-A do CPC e violação ao devido processo legal (art. 5o, inciso LIV, da CR/88), questões essas que deverão ser necessariamente veiculadas nas razões de seu recurso de apelação.

Não se pode olvidar que um dos objetivos da Lei no 11.277/2006 foi também o de facilitar a atividade jurisdicional e não burocratizá-la ainda mais.

- 9 Expressão utilizada por Luis Guilherme Aidar Bondioli, referindo-se à postergação do ingresso do réu na relação jurídica processual para “momento ulterior ao próprio julgamento da causa” (BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. op. cit., p. 12-15).

Afinal, a introdução do art. 285-A no diploma processual civil brasileiro teve por escopo, além de imprimir maior celeridade à prestação jurisdicional, “poupar o réu do processo”. Logo, “se ele de qualquer forma tiver de ser integrado à relação jurídica processual [...] a precipitação da tutela jurisdicional perde a razão de ser”<sup>10</sup>.

Conforme já ressaltado, a inserção do art. 285-A do CPC no sistema processual brasileiro não foi acompanhada das adaptações necessárias em outros dispositivos legais. Em virtude disso, caberá ao intérprete e aplicador do Direito a função de colmatar as lacunas existentes entre o referido dispositivo e os artigos 111, 112 e 307 do CPC, sempre no intuito de extrair a máxima efetividade desses comandos legais.

É cediço que a competência em razão do valor e do território pode ser modificada por convenção das partes (foro de eleição), por conexão ou continência (artigos 102 e 104 do CPC) ou pela não apresentação, pelo réu, da exceção declinatória de foro no momento e forma processuais exigidos nos artigos 111, 112, 114 e 307 do CPC<sup>11</sup> e observada a restrição contida no Enunciado no 33 da Súmula do STJ.

Nesses casos, diz-se que houve *prorrogação da competência*, haja vista ter sido ampliada “a esfera de competência de um órgão judiciário para conhecer certas causas que não estariam, ordinariamente, compreendidas em suas atribuições jurisdicionais”<sup>12</sup>.

Ocorre, entretanto, que o artigo 285-A do CPC *parece trazer nova hipótese de modificação de competência*: é o caso em que, verificado o preenchimento dos requisitos formais do dispositivo supracitado, o Juízo relativamente incompetente para o processamento do feito julga imediatamente o mérito da ação repetitiva, sob condição resolutiva de:

---

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>11</sup> “Art. 111. A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações”.

“Art. 112. Argúi-se, por meio de exceção, a incompetência relativa”.

“Art. 114. *Prorrogar-se-á a competência* se dela o juiz não declinar na forma do parágrafo único do art. 112 desta Lei ou o réu não opuser exceção declinatória nos casos e prazos legais”.

“Art. 307. *O excipiente argüirá a incompetência* em petição fundamentada e devidamente instruída, indicando o juízo para o qual declina”. (grifou-se).

<sup>12</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 160, v. I.

- a) transitar em julgado a ação pela não interposição de recurso de apelação por parte do autor; ou,
- b) em caso de apelação do autor, o Tribunal confirmar a sentença de improcedência ou reformá-la, acolhendo as razões recursais de mérito apresentadas. São esses os momentos nos quais a prorrogação de competência prevista no artigo 285-A do CPC se aperfeiçoaria automaticamente.

Por outro lado, caso o Tribunal, ao conhecer do recurso de apelação do autor, desse-lhe provimento para o fim de anular a sentença recorrida, por não vislumbrar preenchidos os requisitos para a aplicação do art. 285-A do CPC, a prorrogação da competência ficaria *on standby*, aguardando-se o desprovimento da exceção declinatória de foro eventualmente arguida pelo réu (artigo 112 do CPC), após sua nova citação<sup>13</sup>, agora para os fins do artigo 213, 219 e 285 do CPC.

Afinal, em sendo apresentada a exceção de incompetência, e após o seu devido processamento (artigos 307 a 311 do CPC), poderá restar acolhido o incidente arguido, declinando-se a competência para o julgamento da ação ao Juízo competente, algo que não conformaria a prorrogação de competência experimentada *initio litis* com a sentença de improcedência proferida com base no artigo 285-A do CPC.

### **3 ARTIGO 285-A DO CPC: ARGUIÇÃO DA INCOMPETÊNCIA RELATIVA E O JULGAMENTO DA CAUSA MADURA PELO TRIBUNAL (ARTIGO 515, § 30, DO CPC)**

Expostas essas considerações, eis que surge a problemática: em sendo proferida sentença nos termos do artigo 285-A do CPC por Juízo relativamente incompetente, se o autor da ação interpuser recurso de apelação e a sentença for mantida pelo Juízo recorrido (§ 1o do art. 285-A do CPC), como poderá o réu, após sua citação para responder ao recurso (§ 2o do art. 285-A do CPC), arguir a exceção declinatória de foro, ante a impossibilidade de se preencher as formalidades previstas nos artigos 112 e 307 do CPC para a instauração do incidente?

---

13 Em sentido contrário: “[...] se o tribunal der provimento ao recurso para que a ação retorne ao juízo de primeiro grau e, sucessivamente, tenha seu curso normal, o réu deverá ser *intimado* para apresentar contestação, haja vista que, nesta hipótese, a citação já ocorrera por ocasião do oferecimento de contrarrazões ao recurso interposto pelo autor” (ALVIM, Eduardo Arruda. *op. cit.*, p. 50). Grifou-se.

Indaga-se isso porque a resposta ao recurso de que trata o § 2º do art. 285-A do CPC nada mais é do que as conhecidas *contrarrazões ao recurso de apelação*, que não se confundem com a contestação<sup>14</sup> ou as exceções (modalidades de resposta/defesa do réu), principalmente no que tange ao órgão jurisdicional destinatário da peça processual.

Note-se que a questão é de grande importância, pois poderá o réu estar sendo demandado em localidade de difícil acesso, distante de seu domicílio, algo que poderá dificultar a apresentação de sua defesa na demanda, inclusive no por causa dos custos de sua realização.

Por isso, a atenção e cautela do réu na elaboração das *contrarrazões ao recurso de apelação* devem ser redobradas. E o motivo é simples: a depender do julgamento a ser proferido pelo Tribunal, essa peça processual *poderá se configurar na única oportunidade de defesa do réu*<sup>15</sup> para manifestar sua contrariedade aos fundamentos que agasalham a pretensão exposta pelo autor da demanda, inclusive para fins de prequestionamento, caso haja reforma da sentença recorrida e necessidade de recurso ao Supremo Tribunal Federal e/ou Superior Tribunal de Justiça.

É preciso estar atento, portanto, à possibilidade de o Tribunal, ao apreciar o recurso de apelação do autor, ultrapassar a mera análise dos requisitos formais da aplicação do artigo 285-A do CPC e adentrar no mérito para dar-lhe provimento, reformando a sentença recorrida<sup>16</sup>,

14 “Perceba-se que [...] é inadequado, como vem fazendo a doutrina, pensar que as contra-razões farão as vezes da contestação” (DALLALBA, Felipe Camilo. O art. 285-A do CPC: Redução Inconstitucional do Diálogo ou (RE)Afirmção do Princípio da Efetividade. Porto Alegre, *Revista da AJURIS*, ano XXXIV, n. 105, p. 199, mar. 2007).

15 “Caberá ao réu, nas contra-razões, deduzir toda matéria de defesa contra a pretensão do autor, até porque o tribunal pode reverter o resultado da demanda de improcedência da ação para procedência, dado o amplo efeito devolutivo desta modalidade recursal e por se tratar de causa que versa questão unicamente de direito. Por isso, Nelson Nery Junior e Rosa Nery reiteram a necessidade ‘de o réu ser citado para acompanhar o recurso e, nas contra-razões, aduzir toda a matéria de defesa como se contestasse’ (ALVIM, Eduardo Arruda. op. cit., p. 50).

16 Nesse sentido, confira-se excerto de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná: “[...] Ocorrendo julgamento de plano da causa pelo juiz, por já ter proferido sentença de total improcedência em outros casos idênticos, sendo a matéria controvertida unicamente de direito, não há necessidade, em caso de reforma, de restituição dos autos ao juízo sentenciante, devendo o Tribunal decidir o mérito [...]” (TJPR - 11ª C.Cível - AC 0432989-1 - Londrina - Rel.: Des. Cunha Ribas - Unanime - J. 26.09.2007). Grifou-se.

Comungam do mesmo entendimento do TJPR, dentre outros: SANT’ANNA, Paulo Afonso de Souza. *Ações Repetitivas e Julgamento Liminar (art. 285-A do CPC)*. *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*, São Paulo, n. 70, p. 111-112, jan. 2009; ALMENARA, Juliana Peres. Artigo 285-A do Código de Processo Civil: Um Novo Momento para a Rejeição do Pedido do Autor. Porto Alegre, *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, ano IX, no 50, p. 134, nov./dez. 2007.

com supedâneo no artigo 515, § 3o, do CPC<sup>17</sup>.

Esse também parece ser o alerta manifestado por Luis Guilherme Aidar Bondioli ao discorrer sobre a importância da correta elaboração das contrarrazões ao recurso de apelação previstas no § 2o do artigo 285-A do CPC, o qual assevera:

O cuidado que o réu deve ter na elaboração das contra-razões ganha cores ainda mais vivas quando se considera o intenso efeito devolutivo da apelação (art. 515, §§ 1o, 2o e 3o), que confere significativa margem de atuação para o tribunal no julgamento do apelo. Na apreciação do recurso, pode o tribunal manter a sentença liminar, invalidá-la, determinar a extinção do processo sem julgamento do mérito ou até, dentro de certas condições, reformá-la para decretar a procedência da demanda. E o réu deve se preparar para o enfrentamento de qualquer uma dessas situações na confecção das suas contra-razões<sup>18</sup>.

De modo diverso, todavia, é o entendimento exarado por Tayon Soffener Berlanga para quem “o ‘réu’ ao responder o recurso não fará qualquer forma de defesa quanto ao direito discutido no processo, haja vista que este não pertine ao seu interesse momentâneo”<sup>19</sup>. Ainda segundo ele, “ao responder o recurso o réu estará se manifestando quanto ao ato judicial de liminarmente julgar improcedente a ação e, portanto, estará elogiando a sua atitude na sentença proferida”<sup>20</sup>.

Por força dessas ponderações, o meio jurídico está em amplo debate, ainda sem solução, quanto ao momento e modo oportunos de o réu argüir a incompetência relativa do Juízo, quando se deparar com

---

17 “No caso do recurso ser provido, por força do § 3o do art. 515 do diploma processual, a ação repetitiva poderá receber novo julgamento de mérito pelo Tribunal. De fato, apesar de o parágrafo dirigir-se apenas aos casos de extinção do processo sem julgamento de mérito, vale destacar que foi ele incluído ao Código de Processo Civil por meio da Lei no 10.352/2001, quando inexistia o art. 285-A. Assim, *há de prevalecer a compatibilidade entre os institutos, autorizando-se o Tribunal a prover o recurso contra a sentença que rejeitou liminarmente o pedido e, reconhecendo que a ação versa sobre matéria exclusivamente de direito e já se encontra em condições de julgamento, desde logo, proferir nova decisão de mérito*” (ALMENARA, Juliana Peres. op. cit., p. 134). Grifou-se.

18 BONDOLI, op. cit., p. 18.

19 BERLANGA, Tayon Soffener. Julgamento de Improcedência Liminar da Petição Inicial – Artigo 285-A do Código de Processo Civil. São Paulo, *Revista do Tribunal Regional Federal - 3a Região*, v. 85, p. 53, set./out. 2007.

20 *Ibidem*.

a citação para responder ao recurso de apelação de que trata o § 2º do 285-A do CPC.

Logo, para pôr fim à celeuma necessário será aguardar o embate jurisprudencial em torno do tema e, quiçá, a manifestação do Superior Tribunal de Justiça em eventual provocação dessa questão via recurso especial, porquanto a essa Corte é que cabe a interpretação definitiva da legislação federal (artigo 105, inciso III, da Constituição da República de 1988).

Entretanto, enquanto isso não ocorre, duas possibilidades são aventadas pela doutrina: 1) arguição da exceção declinatória de foro no prazo da citação para apresentação de resposta ao recurso de apelação interposto pelo autor da demanda, com suspensão do processo até seu julgamento (art. 265, inciso III, do CPC)<sup>21</sup>; e 2) requerimento no bojo das contrarrazões recursais, como fundamento subsidiário, de remessa dos autos ao Juízo de 1º grau competente ou de concessão de oportunidade para excepcionar o Juízo e indiretamente o próprio tribunal (se for o caso<sup>22</sup>), como garantia de julgamento pelo órgão competente, para a hipótese de o Tribunal pretender reformar a sentença recorrida<sup>23</sup>.

---

21 Nesse sentido, confira-se: “Como o réu é citado para apresentar resposta, como deverá proceder o tribunal, no caso de alegação de incompetência relativa do foro? Lembre-se que o direito de arguir a incompetência ‘pode ser exercido em qualquer tempo, ou grau de jurisdição, cabendo à parte oferecer exceção, no prazo de 15 (quinze) dias, contado do fato que ocasionou a incompetência’ (CPC, art. 305). Como o réu só foi citado quando da interposição da apelação pelo autor, o direito de opor exceção de incompetência relativa de foro não lhe poderá ser subtraído. Neste caso, ‘recebida a exceção, o processo ficará suspenso (art. 265, III), até que seja definitivamente julgada’ (CPC, art. 306). Pode ocorrer, ainda que o réu argua a incompetência relativa nas próprias contra-razões de apelação – já que, evidentemente, a apresentação de exceção e incompetência relativa no tribunal é hipótese, no mínimo, inusitada, ainda mais se se levar em conta que, no caso, está-se diante do processamento de um recurso. Segundo pensamos, o fato de o réu não ter alegado a incompetência relativa através de exceção não deverá representar óbice ao conhecimento de tal matéria, já que, como se está a observar, o procedimento recursal oriundo da incidência do art. 285-A é absolutamente extravagante, gerando várias dúvidas de interpretação” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 70, v. 2).

22 Um exemplo esclarecerá a observação: se o autor “A”, domiciliado em Londrina/PR, resolver demandar em uma ação de cobrança o réu “B”, domiciliado em Maringá/PR, em qualquer hipótese de escolha do foro para o processamento do feito, perante a Justiça Estadual, certo será que o Tribunal de Justiça do Paraná será o órgão julgador *ad quem* responsável pela apreciação dos recursos. Por outro lado, o mesmo não poderia ser dito se “A” estivesse domiciliado em outro Estado. Nesse caso, a escolha do foro por “A” inevitavelmente terá reflexo sobre a definição do Tribunal. Daí a importância da interpretação sistêmica do artigo 285-A do CPC com as previsões legais relativas à arguição da exceção declinatória de foro, sob pena de franquear ao autor o desproporcional poder de decisão sobre os rumos do processo em segunda instância.

23 Nesse sentido, confira-se: “É verdade que a incompetência relativa não excepcionada fica superada, de acordo com o art. 114. Ocorre que a alteração da ordem natural dos atos processuais fez das contra-

Quanto a esses posicionamentos, algumas considerações merecem ser feitas.

Em relação à primeira possibilidade aventada pela doutrina, não vemos como ela pode prosperar. E o motivo é singelo: após a prolação da sentença de improcedência, a entrega da prestação jurisdicional pelo Juízo a *quo* já terá ocorrido<sup>24</sup>, razão pela qual não teria ele o condão de retirar do mundo jurídico a sentença de improcedência já proferida. Afinal, de acordo com as regras processuais vigentes, isso só pode ser feito pelo Tribunal, ao reformar ou anular a sentença recorrida, nos termos do art. 512 do CPC (efeito substitutivo dos recursos).

Ademais, o artigo 463 do CPC é claro ao dispor que, uma vez publicada a sentença, o Juiz só poderá alterá-la para corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexactidões materiais, ou retificar erros de cálculo; ou por meio de embargos de declaração, se presente alguma das hipóteses do artigo 535 do CPC.

Como se pode verificar, em nenhuma dessas situações previstas no artigo 463 do CPC a exceção declinatória de foro parece se enquadrar. Assim, não se vislumbra como poderia ser alcançada a finalidade pretendida pela primeira corrente doutrinária sem incorrer-se em teratologia.

Em suma, não poderia o Juiz, nesse estágio processual, acolher a exceção declinatória de foro para remeter os autos ao suposto Juízo competente juntamente com a sentença de improcedência já proferida, porquanto nenhum desses órgãos judicantes teria poderes rescisórios sobre o referido ato judicial. No caso, a sentença é ato jurídico perfeito (artigo 5o, inciso XXXVI, da CR/88).

Já a segunda corrente doutrinária, com certos temperamentos, é a que mais aparenta se coadunar com o espírito reformista encarnado no artigo 285-A do CPC.

---

razões de apelação a primeira fala do réu no processo. É o primeiro momento que ele tem para questionar a competência do juízo e, indiretamente, do tribunal competente para a apreciação dos recursos na 2ª instância. E esse direito, que no caso fica vinculado à sorte da apelação, não lhe pode ser subtraído, ainda que a arguição da incompetência relativa tenha lugar em contra-razões e não em peça própria" (BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *op. cit.*, p. 21).

24 Conforme artigo 162, § 1o, já com a redação dada pela Lei no 11.232/2005.

Diante da situação prevista no § 2º do artigo 285-A do CPC, só restará ao réu, por precaução e de modo excepcional, alegar a incompetência relativa no bojo de suas contrarrazões recursais, como requerimento prejudicial à análise do mérito da ação. Isso teoricamente evitaria que o Tribunal, caso vislumbrasse que a causa estivesse madura para julgamento (artigo 515, § 3º, do CPC), reformasse, de plano, a sentença recorrida para o fim de acolher os pedidos veiculados pelo autor na ação.

Em assim procedendo o réu, o Tribunal deveria anular a sentença, *determinando diretamente a remessa dos autos ao Juízo de 1º grau competente* para o devido processamento do feito. Noutro sentido, caso vislumbrasse necessidade de dilação probatória para a aferição da arguição do réu de incompetência relativa do Juízo a *quo* (art. 309 do CPC), o art. 285-A do CPC restaria afastado de plano e, por isso, deveria também o Tribunal *anular* a sentença recorrida, devolvendo-se os autos ao Juízo a *quo* (recorrido) para a citação do réu na forma e para os fins previstos pelos artigos 213, 219 e 285 do CPC.

O fundamento seria que a *provocação necessária ao reconhecimento da incompetência relativa só pôde ocorrer perante o Tribunal*, algo perfeitamente admissível pelo art. 305 do CPC<sup>25</sup>, o qual expressamente dispõe que o direito de o réu oferecer exceção de incompetência pode ser exercido *em qualquer grau de jurisdição*, no prazo de quinze dias<sup>26</sup> (idêntico ao das contrarrazões ao recurso de apelação), contado do fato que ocasionou a incompetência.

No caso, o mencionado “fato que ocasionou a incompetência” pode ser perfeitamente enquadrado como o ato de citação para responder ao recurso manejado pelo autor (artigo 285-A, § 2º, do CPC), após a prolação da sentença de improcedência, tal qual o é o ato de citação para responder à *ação* nas demais situações em que o processo seguirá seu curso natural e que não se cogita da aplicação do artigo 285-A do CPC.

---

25 “Art. 305. Este direito pode ser exercido *em qualquer tempo, ou grau de jurisdição*, cabendo à parte oferecer exceção, no prazo de 15 (quinze) dias, *contado do fato que ocasionou a incompetência*, o impedimento ou a suspeição”. Grifou-se.

26 “Art. 297. *O réu poderá oferecer, no prazo de 15 (quinze) dias*, em petição escrita, dirigida ao juiz da causa, contestação, exceção e reconvenção”.

“Art. 508. Na apelação, nos embargos infringentes, no recurso ordinário, no recurso especial, no recurso extraordinário e nos embargos de divergência, o prazo para interpor e para responder é de 15 (quinze) dias”. (Grifou-se).

Em que pese desde a distribuição da ação o Juízo já possa ser considerado “relativamente incompetente” para o feito é, na verdade, com a citação do réu para a demanda e a angularização do processo que essa qualificação se ultima, porquanto somente agora é que ela poderá ser aferida, dada a impossibilidade de conhecimento de ofício pelo Juízo (Súmula no 33/STJ).

É óbvio, por outro lado, que em virtude da atual sobrecarga de trabalho de que padece o Poder Judiciário, é pouco crível que algum Tribunal adote esse posicionamento, preferindo julgar imediatamente o mérito da demanda<sup>27</sup>, se entender necessária a reforma da sentença recorrida. Afinal, sob o aspecto da economia e celeridade processuais e da razoável duração do processo (artigo 5o, LXXVIII, da CR/88), esse entendimento é muito plausível e racional<sup>28</sup>.

Contudo, não se pode olvidar que o Juízo de ponderação de razões, *in casu*, deve ser feito entre esses referidos princípios e o do contraditório, o da ampla defesa e o do devido processo legal (artigo 5o, LIV e LV, da CR/88), dada a tensão existente entre eles<sup>29</sup>.

27 Apenas à guisa de convite à discussão, entendemos que o Tribunal somente deve proceder diretamente ao julgamento de mérito da ação se os juízos relativamente incompetente e competente estiverem a ele hierarquicamente vinculados. Caso contrário, se vislumbrar a possibilidade de reforma da sentença recorrida, deverá anular a sentença para que o processo tenha seu curso natural perante o primeiro grau, em especial para franquear ao réu a possibilidade de arguição da exceção, se já não o tiver feito nas contrarrazões, conforme sugerimos. Ainda, é importante destacar que a apreciação da incompetência relativa pode prescindir de dilação probatória, consoante o Código de Processo Civil, em seu artigo 309, prevê. Essa é outra questão que deve ser discutida: como o Tribunal deveria se portar nesse caso? Apontamos, neste estudo, uma resposta a essa indagação.

28 Nessa esteira, confira-se: “[...] quando entender o Tribunal que a causa está pronta para receber julgamento meritório, e já havendo o réu colocado suas teses defensivas, seria um *contra-senso* baixar os autos ao juiz de primeiro grau para que nova sentença fosse proferida.

Isto porque não pode o Tribunal determinar a baixa dos autos ao julgador para que seja proferida sentença de procedência, pois tal quebraria o princípio da independência do julgador e de sua livre formação de convencimento [...]

Se o objetivo da reforma foi de efetivamente garantir a celeridade processual, e antes da norma do art. 285-A do CPC já havia se permitido ao Tribunal desde logo julgar o mérito, em se tratando de causa madura para julgamento, na hipótese do art. 515, § 3o do CPC, *outro entendimento não resta correto que não a permissão ao Tribunal de, entendendo meritoriamente incorreta a conclusão do julgador, mas estando a causa madura para julgamento, prover a apelação, julgando procedente o pedido [...]*

De outro turno, não há, repita-se, ofensa ao contraditório ou à ampla defesa, uma vez que citado o réu para responder ao recurso, teve plena oportunidade para apresentar ao Tribunal todos os fundamentos de sua defesa” (OLIVEIRA, Natacha Nascimento Gomes Tostes Gonçalves de. Da Sentença de Improcedência Liminar (Art. 285-A do CPC). Rio de Janeiro, *Revista da EMERJ*, v. 11, no 41, p. 123-124, 2008). Grifou-se.

29 Frise-se que a constitucionalidade do art. 285-A do CPC está sendo questionada perante o Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade no 3.695/DF, proposta pelo Conselho Federal

O resultado dessa exegese não é a negação de um ou de outro princípio (“tudo ou nada”), mas a busca da máxima aplicação de cada um deles (“máxima medida”)<sup>30</sup>, algo nada fácil de ser feito *in concreto*.

É em virtude dessa dificuldade que a comunidade jurídica aguardará ansiosa a manifestação do Supremo Tribunal Federal quanto ao mérito da ADI no 3.695/DF a fim de extrair desse julgado importantes balizas para a interpretação do instituto previsto no art. 285-A do CPC (julgamento liminar de improcedência) para posterior irradiação aos demais institutos processuais que com ele se relacionam.

Por fim, urge salientar que, por ser a aplicação do art. 285-A mera faculdade atribuída pelo CPC ao julgador, se o Juiz verificar de plano sua incompetência relativa para o feito, por cautela poderá evitar toda a celeuma apontada neste estudo com a determinação da citação do réu para responder à ação, pois, em não havendo a apresentação da exceção declinatória de foro no momento e modo oportunos (Súmula no 33/STJ), poderá legitimamente valer-se dos poderes contidos no artigo 330, inciso I, do CPC, julgando o processo no estado em que se encontra, sem qualquer prejuízo às partes.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apresentadas as discussões doutrinárias mais importantes que gravitam em torno da aplicação do artigo 285-A do CPC (julgamento liminar de improcedência) nos casos de incompetência relativa do Juízo, e os meios de superação das aparentes antinomias do referido instituto com alguns dispositivos do CPC e da CR/88, importante apresentar algumas considerações sobre o incremento das alterações legais e constitucionais em busca de uma Justiça mais célere e eficiente no atendimento aos cidadãos, principalmente diante das críticas que a doutrina tem manifestado relativamente a essas novas figuras processuais.

De início, é preciso superar alguns ranços decorrentes da tradicional visão do processo como um inexorável laçao da rígida e

---

da Ordem dos Advogados do Brasil. Ainda não houve apreciação de seu mérito pelo STF, muito embora já haja manifestação da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República, ambas pugnando pela improcedência da referida ação. O Relator da referida ADI é o Ministro Cezar Peluso.

30 Sobre o tema, confira-se: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

imutável prática ritualística costumeira. E o primeiro passo para isso é atribuir ao novel princípio constitucional insculpido no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República de 1988<sup>31</sup>(princípio da razoável duração do processo) uma interpretação de mão dupla e angularizada.

No primeiro aspecto, há que se assentar a necessidade de que a razoável duração do processo e a garantia de meios que assegurem a celeridade de sua tramitação não possam ser vistos única e exclusivamente sob ótica do autor da ação. Tão importante quanto a satisfação da pretensão do titular de um direito é a garantia de que aquele indevidamente demandado não seja constantemente importunado com reiteradas ações cujo mérito já fora defenestrado em outras ações de idêntica tese jurídica, ainda mais numa sociedade contemporânea permeada pelas demandas de massa.

Na mesma linha, a celeridade da tramitação processual e a existência de meios que lhe assegurem também não interessam apenas às partes, mas primordialmente ao Estado-Juiz, que tem o dever de administrar a Justiça de forma otimizada. Não haveria lógica alguma em um sistema processual que garantisse aos cidadãos o livre acesso ao Poder Judiciário se esse mesmo sistema não garantisse, a este último, meios eficazes e céleres de julgamento dessas demandas, especialmente as de natureza repetitiva. Seria franquear os fins sem disponibilizar os meios.

Em virtude disso, em que pese as manifestações doutrinárias em sentido contrário já apresentadas neste trabalho, entendemos como louvável a inserção do artigo 285-A do CPC pela Lei no 11.277/2006, mesmo com as falhas técnicas que costumam lhe ser apontadas.

É inegável que as reformas do Código de Processo Civil, embora necessárias, estão ocorrendo de forma fragmentada e disjuntiva, o que acaba por gerar inconsistências e incongruências dentro do sistema processual vigente, transferindo ao aplicador do Direito a árdua tarefa de reconstruir a harmonia normativa por intermédio da hermenêutica jurídica.

Contudo, isso não é motivo suficiente para se negar a utilidade dos institutos criados e, de plano, atribuir a pecha de inconstitucionalidade

---

31 Introduzido pela Emenda Constitucional no 45/2004.

ou ilegalidade das novas figuras processuais. É preciso empenho exegético do aplicador do Direito, numa verdadeira interpretação corretiva no intuito de conservar as normas em aparente antinomia. Afinal, como ressalta Norberto Bobbio, “aquilo a que tende o intérprete comumente não é mais à eliminação das normas incompatíveis, mas, preferentemente, à *eliminação da incompatibilidade*”<sup>32</sup>.

Foi essa a razão que no presente estudo buscou-se ressaltar a existência de aparente antinomia entre o artigo 285-A e o disposto nos artigos 111, 112 e 307 do CPC, porquanto o próprio sistema processual é capaz de permitir a superação dos problemas de compatibilidade inicialmente apontados pela doutrina entre os referidos dispositivos, a partir de uma interpretação teleológica, sistemática e corretiva da norma, conforme se pretendeu demonstrar.

## 5 REFERÊNCIAS

ALMENARA, Juliana Peres. Artigo 285-A do Código de Processo Civil: Um Novo Momento para a Rejeição do Pedido do Autor. Porto Alegre, *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, ano IX, no 50, p. 118-138, nov./dez. 2007.

ALVIM, Eduardo Arruda. Do julgamento de improcedência de casos repetitivos, à luz da Lei no 11.277/2006 – Algumas Reflexões atinentes ao Art. 285-A do CPC. Rio de Janeiro, *Revista Forense*, ano 103, v. 393, p. 39-51, set./out. 2007.

ARAÚJO, Luciano Vianna. Art. 285-A do CPC (Julgamento Imediato, Antecipado e Maduro da Lide): Evolução do Sistema desde o Código de Processo Civil de 1939 até 2007. São Paulo, *Revista de Processo*, ano 33, n. 160, p. 157-179, jun. 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BERLANGA, Tayon Soffener. Julgamento de Improcedência Liminar da Petição Inicial – Artigo 285-A do Código de Processo Civil. São Paulo, *Revista do Tribunal Regional Federal - 3ª Região*, v. 85, p. 47-56, set./out. 2007.

---

32 BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: UnB, 2006. p. 102.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: UnB, 2006.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *O Julgamento Liminar de Improcedência da Demanda da Óptica do Réu (art. 285-A do CPC)*. Sapucaia do Sul, *Revista Jurídica*, ano 56, n. 367, p. 11-30, mai. 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 05 out. 1988. Seção I, p. 01.

\_\_\_\_\_. Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 17 jan. 1973. Seção I, p. 01.

\_\_\_\_\_. Lei no 11.277, de 07 de fevereiro de 2006. *Acresce o art. 285-A à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que instituiu o Código de Processo Civil*. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 08 fev. 2006. Seção I, p. 02.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível no 0432989-1*, Décima Primeira Câmara Cível, Curitiba, PR, 26 set. 2007, *Diário da Justiça do Estado do Paraná*, no 7479, Publicação em 26 ou. 2007, p. 96.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Apelação em Mandado de Segurança no 2006.38.00.034161-4/MG*, Sétima Turma, Brasília, DF, 02 mai. 2007, *Diário da Justiça da União*, ano LXXXII, no 95, Seção 2, Publicação em 18 mai. 2007, p. 91.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Agravo de Instrumento no 2006.04.00.034904-7/RS*, Quarta Turma, Porto Alegre, RS, 07 mar. 2007, *Diário Eletrônico da Justiça Federal da 4ª Região*: Publicação em 26 mar. 2007.

CARDOSO, Oscar Valente. O art. 285-A do CPC e o Prazo para Oferecimento de Contra-Razões. São Paulo, *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 66, p. 101-109, set. 2008.

DALL'ALBA, Felipe Camilo. O art. 285-A do CPC: Redução Inconstitucional do Diálogo ou (RE)Afirmação do Princípio da Efetividade. Porto Alegre, *Revista da AJURIS*, ano XXXIV, n. 105, p. 189-205, mar. 2007.

FÉRES, Marcelo Andrade. As Ações Repetitivas e o Julgamento Sumaríssimo do Mérito do Processo (Comentários ao Art. 285-A do CPC). *Revista Jurídica Virtual da Presidência da República*, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, vol. 8, n. 80, ago./set. 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_80/index.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_80/index.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2009.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Julgamento de Mérito Conforme o Estado Inicial do Processo – Análise do Art. 285-A, CPC (Lei 11.277, de 07.02.2006). Curitiba, *Revista Autônoma de Processo*, n. 02, p. 367-373, jan./mar. 2007.

FRAXE JÚNIOR, José Habib. Qual o porquê de a Lei 11.277/2006 não ter estendido regra idêntica à do art. 285-A do CPC às ações rescisórias fincadas em possível violação literal de disposição de lei (art. 485, V, do CPC)? Brasília, *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*, ano 19, n. 01, p. 61-62, jan. 2007.

GOMES NETO, José Mário Wanderley; SILVA, José Adelino Domingos da. Da Aplicação Concreta do Instituto da Sentença Liminar de Improcedência na Justiça Federal de Pernambuco: um Estudo de Caso. São Paulo, *Revista de Processo*, ano 33, n. 159, p. 311-344, mai. 2008.

LIMA, Altair Roberto de. Primeiras Impressões sobre o art. 285-A do CPC. Brasília, *Revista da AGU*, ano VI, n. 14, p. 193-197, dez. 2007.

LORENZETTI NETO, Adelino. Breves Comentários ao Artigo 285-A do CPC. São Paulo, *Lex*, ano 19, n. 212, p. 9-11, abr. 2007.

MENEZES, Iure Pedroza. *O Art. 285-A e a sua Constitucionalidade*. *BDJur*, Brasília, DF. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/9818>>. Acesso em: 03 set. 2007.

\_\_\_\_\_. O Art. 285-A do CPC e a Teoria da Causa Madura. *BDJur*, Brasília, DF. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/9887>>. Acesso em: 14 set. 2007.

\_\_\_\_\_. *O Precedente Judicial e o Art. 285-A do CPC*. *BDJur*, Brasília, DF. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/9799>>. Acesso em: 30 ago. 2007.

MILLER, Cristiano Simão. O Art. 285-A do Código de Processo Civil: A sua Constitucionalidade e os Reflexos na Efetividade Processual. Rio de Janeiro, *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VIII, n. 10, p. 29-55, jan./jun. 2007.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Primeiras aplicações do art. 285-A do CPC. São Paulo, *Revista de Processo*, ano 33, n. 157, p. 227-242, mar. 2008.

OLIVEIRA, Natacha Nascimento Gomes Tostes Gonçalves de. *Da Sentença de Improcedência Liminar* (Art. 285-A do CPC). Rio de Janeiro, *Revista da EMERJ*, v. 11, no 41, p. 113-125, 2008.

PEREZ, Augusto Martinez; ROMEU, Luciana Campanelli. Os arts. 518 e 285-A do Código de Processo Civil e a Superação da Morosidade. Brasília, *Revista CEJ*, ano XII, n. 42, p. 23-39, ju./set. 2008.

SANT'ANNA, Paulo Afonso de Souza. Ações Repetitivas e Julgamento Liminar (art. 285-A do CPC). São Paulo, *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 70, p. 102-112, jan. 2009.

SOUZA, Gelson Amaro. Sentença de Mérito sem Citação do Réu (Art. 285-A do CPC). São Paulo, *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 43, p. 39-52, out. 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. I.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2007.



# COISA JULGADA E FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

*Lyts de Jesus Santos*  
*Advogado da União*  
*Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe,*  
*pós-graduando em Direito Processual Civil pela Escola da*  
*Magistratura de Sergipe e*  
*Faculdade de Negócios de Sergipe.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conceituação e Finalidade da Coisa Julgada; 2 A Coisa Julgada na Constituição Brasileira; 3 Da Coisa Julgada Inconstitucional; 4 Conclusão; 5 Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho explora a temática da relativização da coisa julgada quando em desconformidade com o texto constitucional. Conceitua coisa julgada, analisando em que medida o instituto tem sede na Constituição Republicana. Situa as decisões judiciais como atividade do Estado, submetendo-as ao princípio da constitucionalidade, segundo o qual a validade dos atos do poder público, inclusive os do Judiciário, depende de sua conformidade com a Constituição. Delimita o que se pode entender por “coisa julgada inconstitucional”, restringindo o emprego do termo, ao reconhecer apenas ao Supremo Tribunal Federal o poder de definir o alcance da Carta Magna. Finalmente, aponta quais decisões da Corte Constitucional podem servir à relativização do caso julgado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Relativização. Coisa julgada inconstitucional. Submissão das decisões judiciais. Força normativa da Constituição.

**ABSTRACT:** This academic work deals with the relativization of the res judicata when it is not according to the constitutional text. It appraises the res judicata, analyzing how this institute appears in the Constitution of the Republic. It locates the judicial decisions as a State activity, putting them under the constitutionality principle, which says that the value of State acts, including the ones practiced by the Judiciary Branch, depends on the accordance with the Constitution. It delimits what means unconstitutional res judicata, restricting the use of this term, when recognize that the Supremo Tribunal Federal is the only institution with the power to define the reach of the Constitution. Finely, it appoints what Supreme Court decisions can be used to relativize the res judicata.

**KEYWORDS:** Relativization; Unconstitutional res judicata; Submitting judicial decisions; The normative force of the Constitution.

## INTRODUÇÃO

O instituto da coisa julgada, em homenagem à segurança jurídica, era tratado pela doutrina processualista como algo absoluto. Contra ele nada se podia opor. A preocupação tinha razão de ser, já que a segurança jurídica é um dos pilares fundamentais em que se apoia o Estado Democrático de Direito.

Todavia, a existência de situações flagrantemente injustas, acobertadas pelo manto da coisa julgada, fez com que a doutrina processualista começasse a questionar o mito da intangibilidade da *res iudicata*, inicialmente para enfrentar injustiças, depois choques de princípios e, por último, a coisa julgada inconstitucional. O presente trabalho se ocupa desta.

Embora o tema esteja mais presente na doutrina processualista, deve ser estudado em consonância com os princípios constitucionais, não só por que a *res iudicata* é, em certa medida, garantida constitucionalmente, mas, principalmente, por que todos os atos do poder público devem se amoldar à supremacia da Constituição.

O aparente choque entre a proteção constitucional dada à coisa julgada e a impossibilidade de manutenção de decisões transitadas que conflitam com a Constituição, pode ser superado com o entendimento adequado daquele instituto, associado à restrição do que se deve entender por coisa julgada inconstitucional.

### 1 CONCEITUAÇÃO E FINALIDADE DA COISA JULGADA

O Código de Processo Civil brasileiro, em seu artigo 467, define a coisa julgada como sendo “a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”<sup>1</sup>.

Assim, não dispondo os litigantes de recurso idôneo para reformar a decisão judicial, ocorre o trânsito em julgado, sendo o que se discutiu em juízo “imutável e indiscutível”.

---

1 O art. 6º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil, assim define o instituto: “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”.

A partir desse momento, as partes não podem obter melhor sorte acerca do que se decidiu, uma vez que o Judiciário não pode decidir sobre questões já decididas<sup>2</sup> e o Legislador não pode legislar, retroativamente, em prejuízo do entendimento obtido na Justiça<sup>3</sup>.

Com a *res iudicata* pretende-se pôr fim ao litígio, pacificando a relação em conflito. Admitir que as decisões judiciais pudessem ser facilmente modificadas ou revogadas seria perenizar os conflitos existentes, construindo um sistema absolutamente ilógico, que nunca teria fim, a não ser pela desistência das partes.

A razão de ser do instituto é, pois, garantir a segurança e a certeza das relações jurídicas. Nenhum processualista se coloca contra a necessidade de existência e razoabilidade do instituto, os embates surgem a partir do momento em que se discute a possibilidade de relativização da coisa julgada fora das hipóteses previstas para o cabimento da rescisória ou fora do prazo previsto, dois anos após o trânsito em julgado.

Parte da doutrina é absolutamente refratária à possibilidade de relativização, vendo proteção constitucional ao instituto da coisa julgada, entretanto, a imutabilidade e indiscutibilidade do que foi decidido não pode ser absoluta.

Aliás, ninguém se opõe à existência em nosso ordenamento da ação rescisória, exatamente porque se entende que a decisão judicial, mesmo transitada em julgado, pode conter vícios que mereçam e devam ser reparados em homenagem à harmonia do sistema.

## 2 A COISA JULGADA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Em apenas um de seus dispositivos a Constituição se reporta expressamente ao instituto da coisa julgada: art. 5º, XXXVI. Controverte-se acerca do alcance de referida previsão, Humberto Theodoro Jr e Juliana de Faria vaticinam<sup>4</sup>:

---

2 Art. 471, do Código de Processo Civil.

3 Art. 5º, XXXVI, da Constituição Republicana.

4 THEODORO JR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle. *Revista Virtual da Advocacia-Geral da União*, Ano II, n.º 09, abr. 2001. Disponível em: <<http://www.escola.agu.gov.br>>. Acesso em: 12 dez. 2007. p.13.

[...], a preocupação do legislador constituinte foi apenas a de pôr a coisa julgada a salvo dos efeitos de lei nova que contemplasse regra diversa de nomatização da relação jurídica objeto de decisão judicial não mais sujeita a recurso, como a garantia dos jurisdicionados. Trata-se, pois, de tema de direito intertemporal em que se consagra o princípio da irretroatividade da lei nova.

E dizem mais, em nota de rodapé<sup>5</sup>:

A Constituição, [...], protegeu a coisa julgada apenas do efeito retroativo da lei nova. Quem a conceituou e quem lhe conferiu, entre nós, a imutabilidade e indiscutibilidade foi a lei ordinária. Nem se argumente com a teoria dos conceitos denotativos e conotativos para dizer que o ato de contemplar a Constituição Federal a figura da coisa julgada estaria nisso implícito o seu caráter natural de imutabilidade. Ora, o argumento prova demais já que se tivesse a Constituição o intuito de agasalhar o princípio da imutabilidade em toda a sua extensão, teria ela mesma que regular as hipóteses excepcionais de rescisão e, aí, o Código de Processo Civil, ao cuidar de eliminar os casos de Ação Rescisória, estaria invadindo a área de competência do legislador constituinte, pois estaria diminuindo, na prática, uma garantia da Lei Maior. No entanto, o que se vê é que a Constituição apenas se refere à competência de Tribunais para processar a rescisória. Assim, o que se pode deduzir é que nem para a Constituição Federal nem para a lei processual comum a imutabilidade da coisa julgada é absoluta. Simples lei infraconstitucional tem, pois, em nosso sistema jurídico o poder de definir quando a coisa julgada é imutável e quando é rescindível (vale dizer, não imutável). Dentro desta visão, o que sobressai é simplesmente a força da *res iudicata* para impedir que a sentença seja alterada por simples recurso.

No mesmo sentido entende o Ministro José Augusto Delgado<sup>6</sup>:

A Carta Magna, em seu art. 5º, inciso XXXVI, estabelece que ‘a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa

5 THEODORO JR. op.cit., p. 14 - 15.

6 DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. *Revista Virtual da Advocacia-Geral da União*, Ano I, n.º 06, jan. 2001. Disponível em: <<http://www.escola.agu.gov.br>>. Acesso em: 12 dez. 2007. p. 5-7.

julgada'. É uma mensagem de carga indicativa no sentido de que a lei, em sua expressão maior, não há, ao entrar no mundo jurídico, de produzir eficácia, em nenhuma hipótese, que leve a causar qualquer diminuição aos limites da sentença transitada em julgado

O tratamento dado pela Carta Maior à coisa julgada não tem o alcance que muitos intérpretes lhe dão. A respeito, filio-me ao posicionamento daqueles que entendem ter sido vontade do legislador constituinte, apenas, configurar o limite posto no art. 5º, XXXVI, da CF, impedindo que a lei prejudique a coisa julgada.

[...].

O que a Carta Política inadmite é a retroatividade da lei para influir na solução dada, a caso concreto, por sentença de que já não caiba recurso.

Mas há quem pense diferentemente, como Donaldo Armelin, Alexandre Câmara e Barbosa Moreira, aquele argumenta<sup>7</sup>:

Ainda que o texto constitucional apenas se reporte à lei, a intangibilidade da coisa julgada existe e se impõe relativamente a todos os aplicadores do direito, o que inclui, inexoravelmente, o Judiciário. Deveras, se a lei, constitucionalmente, é a única forma de imposição de conduta positiva ou negativa, não haveria como qualquer ato que não se revestisse de sua natureza, inclusive uma decisão judicial, afrontar essa imutabilidade em razão de uma redação do texto constitucional que enseje uma interpretação restritiva dessa vedação. Aliás, sendo a coisa julgada material um fenômeno de natureza eminentemente processual, seria impensável pudesse ela deixar de ser observada nesse mesmo plano, negando-se sua finalidade. [...].

Barbosa Moreira escreve<sup>8</sup>:

Salta aos olhos, desde logo, a colocação do dispositivo, no Capítulo I (Dos direitos e garantias individuais e coletivos) do Título I (Dos

7 ARMELIN, Donaldo. Flexibilização da coisa julgada. In: DIDIER JR, Fredie (Org). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 87.

8 MOREIRA, Barbosa. Considerações sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material. In: DIDIER JR, Fredie (Org). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 235.

direitos e garantias fundamentais). Importa identificar os destinatários e o objeto da garantia do art. 5º, XXXVI, fine. Destinatários da garantia são naturalmente, em primeiro lugar, as partes do processo em que se formou a coisa julgada, e os terceiros eventualmente sujeitos a ela. Mas não só esses: a garantia não é apenas individual, senão também coletiva. Protege-se igualmente a coletividade. Segundo já se registrou [...], esta igualmente tem interesse na regularidade do funcionamento da máquina judiciária (rectius: do aparelho estatal in genere). Tal regularidade engloba, entre outros itens, a estabilidade das decisões nos precisos termos da legislação processual.

Por fundamentos diversos, mas no mesmo sentido, Alexandre Câmara<sup>9</sup>:

Este dispositivo não tem, a meu sentir, o alcance limitado que a ele se vem atribuindo. Ao afirmar a Constituição que ‘a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada’, não se está apenas assegurando o princípio da irretroatividade das leis. Sustentar isto implica, a meu ver, ler a Constituição à luz da Lei de Introdução ao Código Civil, cujo art. 6º estabelece que ‘a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada’. Ora, não se deve ler a Constituição à luz da norma infraconstitucional, mas exatamente o contrário!

Todavia, à interpretação de que o art. 5º, XXXVI, da Carta Magna, estabelece apenas uma garantia contra o legislador não se chega a partir da análise de dispositivo da Lei de Introdução ao Código Civil, mas da redação do próprio texto constitucional. É a Constituição que o diz, e de maneira muito clara.

Tampouco a localização do dispositivo no Título I, do Capítulo I, da Constituição Republicada, desabona a interpretação de que a garantia foi estabelecida em face do legislador, uma vez que ainda assim se trata de garantia individual e coletiva.

Curioso é que a proteção dada, ao menos no inciso acima citado, à coisa julgada é a mesma conferida ao direito adquirido e ao ato jurídico

---

9 CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da coisa julgada material. In: DIDIER JR, Fredie (Org). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 29-30.

perfeito, mas apenas àquela se procura salvaguardar de apreciação judicial.

Donaldo Armelin observa que tanto o direito adquirido quanto o ato jurídico perfeito não estão salvaguardados pela garantia constitucional se corporificados contra dispositivo legal vigente, mas que o mesmo não ocorreria com a coisa julgada, que poderia ser formada *contra legem*<sup>10</sup>.

Embora isso ocorra de fato, não é a garantia constitucional que cria a distinção. Aplicasse-se o inciso XXXVI também o direito adquirido e o ato jurídico perfeito poderiam ofender a lei. O tratamento diferenciado da coisa julgada decorre doutras disposições legais, do efeito geral que dispõe a decisão transitada em julgado de sanar os vícios de nulidade, não por que ao mesmo dispositivo constitucional se dê interpretação diferenciada. A proteção constitucional estabelecida em favor do direito adquirido e do ato jurídico perfeito é, ao menos no dispositivo em comento, rigorosamente igual à da coisa julgada.

Tudo a configurar que a proteção constitucional no inciso se volta contra o legislador. Se a parte já incorporou determinado direito nos termos da legislação vigente, se constituiu relação com outrem em observância ao que dispõe a lei ou se o Judiciário decidiu determinado caso aplicando lei vigente, ainda assim pode o legislador estabelecer norma em sentido oposto. Não pode, contudo, alterar as relações formadas antes da vigência da lei, pois a LEI não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada; é este o espírito da norma.

Assim, a disposição constitucional normalmente evocada pela doutrina para revestir a coisa julgada com o manto da intangibilidade, não tem o alcance que se pretende dar.

Com isso, entretanto, não se está a pregar que a coisa julgada esteja desprovida de proteção constitucional. Isso por que, embora o inc. XXXVI proteja a coisa julgada apenas da função legislativa, outras disposições constitucionais a alcançam, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, caro a qualquer ordenamento que se pretenda jurídico.

---

10 ARMELIN, op. cit., p. 86.

A coisa julgada tem, pois, sede constitucional, mas não o alcance que alguns pretendem lhe dar. Aliás, ainda que o tivesse, não seria absoluta. É certo, inclusive, que não tem seus traços delineados pela Carta Magna.

Não se pode admitir que um ato do Estado, como é a atividade jurisdicional, possa existir sem se amoldar ao texto constitucional, que a todos submete. Tem lugar o princípio da constitucionalidade do qual decorre a validade de todos os atos do Poder Público, daí por que a coisa julgada só seria inoponível se se amoldasse à Constituição, é o que se verá no tópico a seguir.

### 3 DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

O presente tópico aborda o ponto central deste estudo: a relativização da coisa julgada inconstitucional, em razão da necessária conformidade das decisões judiciais à força normativa da Constituição.

A delimitação decorre não apenas da necessidade de sistematização do trabalho, mas também da singularidade do ponto no estudo da relativização da *res iudicata*. A coisa julgada inconstitucional é tema bem menos tormentoso, por ser mais objetivo, vejamos os comentários de André Ramos<sup>11</sup>:

A tese da coisa julgada inconstitucional – é forçoso reconhecer – possui maior respaldo jurídico do que a analisada no capítulo anterior [injustiças/desproporções], o que não significa, porém, que seja imune a críticas.

Além de ser mais bem formulada, a tese da coisa julgada inconstitucional suscita um maior número de situações merecedoras de comentários. Afinal, já se dá, na nossa opinião, um tratamento diferenciado a esse fenômeno processual, seja pela jurisprudência<sup>12</sup>, seja pelo próprio arcabouço legal vigente<sup>13</sup>.

Ademais, na relativização da coisa julgada inconstitucional sempre se deverá dar prevalência ao que decidido pela Suprema Corte,

11 RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Coisa julgada inconstitucional*. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 93.

12 “Não aplicação da Súmula n.º 343, do Supremo Tribunal Federal, quando a ação rescisória se baseia na ocorrência de ofensa literal a dispositivo normativo da Constituição”. – nota do original.

13 O autor, em nota, faz menção ao art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

enquanto que nas outras hipóteses, segundo se defende, dever-se-ia estabelecer uma ponderação de interesses.

Sim, sempre se deve dar prevalência ao texto constitucional em detrimento da coisa julgada. A segurança jurídica é apenas um dos princípios que norteiam nosso ordenamento jurídico. Nada obstante sua relevância, não se pode fazer dela princípio máximo da ordem constitucional, pois a Constituição não o fez.

Barbosa Moreira critica o uso da expressão “coisa julgada inconstitucional” por entender que o que poderia ser incompatível com a Constituição seria a decisão judicial, não a coisa julgada<sup>14</sup>. Aliás, o insigne processualista também discorda da utilização do termo “relativização”, uma vez que “quando se afirma que algo deve ser ‘relativizado’, logicamente se dá a entender que se está enxergando algo absoluto”<sup>15</sup>.

Todavia, os termos já estão largamente difundidos na doutrina processualista, embora a expressão “coisa julgada inconstitucional” seja empregada sob diferentes enfoques, inclusive mais extensivos do que o que se pretende dar aqui.

Para Humberto Theodoro Jr e Juliana Cordeiro de Faria, por exemplo, diante de decisões que violem diretamente a Constituição, têm os magistrados um “poder geral de controle incidental da constitucionalidade da coisa julgada”, que permitiria que os juízes entendessem inexecutível determinado título por visualizarem afronta à Constituição<sup>16</sup>.

Se assim fosse, as demandas poderiam se perenizar na dependência do arbítrio dos magistrados de primeiro grau, incumbidos da execução final do que foi decidido. Seria como se sempre fosse dado ao juiz fazer prevalecer sua vontade: se os tribunais reformassem sua decisão, bastaria encontrar um fundamento constitucional e negar executividade ao título.

---

14 MOREIRA, op. cit., p. 226.

15 Ibidem, p. 225.

16 THEODORO JR, op. cit., p. 23.

### Cabe transcrever advertência de Araken de Assis<sup>17</sup>:

Aberta a janela, sob o pretexto de observar equivalentes princípios da Carta Política, comprometidos pela indiscutibilidade do provimento judicial, não se revela difícil prever que todas as portas se escancararão às iniciativas do vencido. O vírus do relativismo contaminará, fatalmente, todo o sistema judiciário. Nenhum veto, a *priori*, barrará o vencido de desafiar e afrontar o resultado precedente de qualquer processo, invocando hipotética ofensa deste ou daquele valor da Constituição. A simples possibilidade de êxito do intento revisionista, sem as peias da rescisória, multiplicará os litígios, nos quais o órgão judiciário de primeiro grau decidirá, preliminarmente, se obedece, ou não, o pronunciamento transitado em julgado do seu Tribunal e até, conforme o caso, do Supremo Tribunal Federal. Tudo, naturalmente, justificado pelo respeito obsequioso à Constituição e baseado na volúvel livre convicção do magistrado inferior.

Com razão o processualista, não se pode admitir a relativização da coisa julgada a pretexto de adequá-la a princípios constitucionais. Daí por que só se pode falar em coisa julgada inconstitucional ali onde há pronunciamento emanado do Supremo Tribunal Federal, corte incumbida constitucionalmente de interpretar em definitivo o sentido da Carta Magna<sup>18</sup>.

Os juízes e os tribunais, detectando que o que foi decidido nos autos não se amolda a seu entendimento, não podem afirmar a existência de coisa julgada inconstitucional. Ter-se-á aí apenas uma decisão que não se amolda a sua maneira de ver o caso, mas com trânsito em julgado, não podendo o magistrado negar sua exigibilidade. A defesa da relativização da coisa julgada se pautaria noutros argumentos, mas não a pretexto de ser inconstitucional.

Muitos casos comportam interpretações diferenciadas, podendo fazer prevalecer este ou aquele princípio, mas a decisão judicial transitada em julgado faz superadas as teses que poderiam ter sido utilizadas, opera-se o efeito preclusivo da coisa julgada.

---

17 ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: DIDIER JR, Fredie (Org). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: Juspodivm, 2008. p 44- 45.

18 Art. 102, *caput*, da Constituição Republicana.

Diferentemente ocorre quando o Supremo Tribunal Federal aprecia em definitivo determinada questão, ocasião na qual a coisa julgada não poderá afirmar o contrário, uma vez que também o Poder Judiciário deve amoldar os seus atos ao comando constitucional.

Assim como os atos dos poderes executivo e legislativo devem ser produzidos em estrita conformidade com o texto constitucional, as decisões judiciais também devem sê-lo. Nem poderia ser diferente, todo o aparato estatal deve se amoldar à superioridade hierárquica da Carta Política.

Humberto Theodoro Jr e Juliana de Faria argumentam<sup>19</sup>:

[...], sempre que se fala em decisão judicial, à míngua de literatura a respeito, tem-se a falsa impressão de que o seu controle de constitucionalidade, no direito brasileiro, é possível apenas enquanto não operada a coisa julgada, através do último recurso cabível que é o extraordinário previsto no art. 102, III, da CF. [...].

Pensamos que não. A coisa julgada não pode suplantar a lei, em tema de inconstitucionalidade, sob pena de transformá-la em um instituto mais elevado e importante que a lei e a própria Constituição. Se a lei não é imune, qualquer que seja o tempo decorrido desde sua entrada em vigor, aos efeitos negativos da inconstitucionalidade, por que o seria a coisa julgada?

Ocorre, porém, que os mecanismos de controle de constitucionalidade parecem esquecer-se de que também o Judiciário, como poder do Estado, pode vir a emanar decisão que afronte a Constituição, decisão esta que não deve prevalecer.

Merece destaque a citação de Paulo Otero referenciada por Humberto Theodoro Jr e Juliana de Faria<sup>20</sup>:

Como sucede com outros órgãos do poder público, também os tribunais podem desenvolver uma actividade geradora de situações patológicas, proferindo decisões que não executem a lei, desrespeitem

---

19 THEODORO JR, op. cit., p. 7.

20 OTERO, Paulo (apud THEODORO JR; FARIA, 2001, p. 9).

os direitos individuais ou cujo conteúdo vá ao ponto de violar a Constituição.

Bem se manifesta Araken de Assis<sup>21</sup>: “À semelhança de qualquer outro ato jurídico, os provimentos do juiz exigem exame nos planos da existência, da validade e da eficácia. Desta sorte não escapa o pronunciamento transitado em julgado”.

Soa extremamente afrontoso ao princípio da separação e independência dos poderes concluir que os atos da Administração, eivados de vício de inconstitucionalidade, possam ser atacados a qualquer tempo – por nunca se convalidarem, e que uma lei possa ser declarada inconstitucional muito depois de sua entrada em vigor, enquanto decisões judiciais inconciliáveis com a Constituição, conforme declaração do Supremo Tribunal, mantenham-se incólumes por ter se perpetrado a coisa julgada.

Dessarte, os provimentos jurisdicionais não recebem tratamento privilegiado do ordenamento jurídico, a colocá-los em patamar superior aos dos atos emanados do legislativo e do executivo. Não há falar em superioridade de um Poder sobre outro, o art. 2º da Carta Política estabelece que os poderes são independentes e harmônicos entre si.

Por outro lado, há falar da superioridade normativa da Carta Magna, que a todos submete, vejamos como o Ministro Carlos Britto se reporta à Constituição como lei das leis<sup>22</sup>:

Reconheçamos, então, que o Magno Texto só é realmente magno por cumprir esse papel de dizer o que seja, ou o que não seja, uma norma de aplicação dele próprio. O que pertence, ou o que não pertence, ao Ordenamento Jurídico por ele inaugurado. Quais sejam, ou não sejam, os atos de jurídica manifestação das três funções básicas do Estado por ele instituídas: a função legislativa, a função executiva e a função jurisdicional. Pois somente assim é que uma Constituição tem a força de ditar o seu próprio regime jurídico. Tem a condição material objetiva de se autoqualificar ou se autônominar como Constituição.

---

21 ASSIS, op. cit., p. 46.

22 BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 122.

Fredie Didier Jr se posiciona de forma diferente<sup>23</sup>:

[...] a decisão jurisdicional é a única apta a ficar imune pela coisa julgada; ou seja, a decisão judicial é o único ato de poder que pode ser definitivo. [...]. A lei, o ato administrativo e o negócio jurídico podem ser revistos pelo Poder Judiciário. Os atos jurisdicionais, porém, só podem ser revistos pelo próprio Poder Judiciário, por meio de recursos ou outra forma de impugnação.

[...] Essa qualidade específica (coisa julgada) justifica-se no fato de a decisão jurisdicional ter de ser a última, aquela que prescreve a solução normativa para o caso concreto, evitando a perpetuação da insegurança jurídica. Era preciso que alguém desse a última palavra sobre o litígio. Ora o rei ora o sacerdote dava a última palavra sobre o litígio. Atualmente, há órgãos específicos com essa função.

É bem verdade que os atos jurisdicionais só podem ser revistos pelo próprio Judiciário, que também pode controlar a legalidade dos atos dos outros poderes. Bem assim, o Judiciário acaba por falar por último, todavia, “a última palavra” é da Constituição<sup>24</sup>.

Calmon de Passos, a propósito de outra discussão, assim se manifesta acerca da natureza jurídica do ato emanado pelo Poder Judiciário<sup>25</sup>:

O imperativo do princípio da legalidade e o postulado, essencial à democracia, de que não há senhores nem súditos, todos iguais e submetidos à única vontade soberana e constitucionalmente formalizada (a lei em sentido lato) impõe a impugnabilidade e o controle de toda e qualquer decisão de todo e qualquer agente do Poder. Decidir sem possibilidades de controle é decidir de forma incompatível com o sistema democrático. O magistrado nem é um soberano, nem um Deus, sim um servidor. [...]. Se fosse possível decidir de forma soberana, porque insuscetível de controle, a decisão,

---

23 Didier Jr. Fredie. *Relativização da Coisa Julgada*. 2008, p. 6.

24 Nessa linha de pensamento alguns constitucionalistas situam a Corte Constitucional fora do âmbito do Poder Judiciário.

25 PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Súmula vinculante*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 9, jan. fev. mar., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 03 mar. 2008. p. 8-9.

soberana seria a da autoridade, não a da lei, não a do povo presente e atuando por suas instituições constitucionalmente consagradas. [...]. Num sistema democrático, deveríamos todos, quotidianamente repetir, como uma espécie de jaculatória cívica, que nada autoriza ver-se o magistrado como um homem diferente de todos os demais homens, mais sábio, mais puro, mais justo, mais informado, mais aparelhado, mais corajoso e mais isento. Por enquanto ainda não há um laboratório de que saiam, como produto, homens perfeitos. Daí terem os magistrados o mesmo estofa de que são feitos os legisladores e os administradores, os civis e os militares, os leigos e os clérigos, para ficarmos só nesses integrantes do espectro social.

Nada justifica, pois, em nossa ordem constitucional, supor que um ato judicial possa prevalecer mesmo em manifesto desacordo com a Constituição, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal. Humberto Theodoro Jr e Juliana de Faria recorrem a Paulo Otero para afirmar<sup>26</sup>:

[...], estamos de acordo com PAULO OTERO, para quem ‘admitir, resignados, a insindicabilidade de decisões judiciais inconstitucionais seria conferir aos tribunais um poder absoluto e exclusivo de definir o sentido normativo da Constituição: Constituição não seria o texto formalmente qualificado como tal; Constituição seria o direito aplicado nos tribunais, segundo resultasse da decisão definitiva e irrecurável do juiz’, o que não se adequa às noções do Estado de Direito. Admitir-se como válida a noção de Constituição ali esposada significa, ainda segundo magistralmente assinalado por PAULO OTERO, ‘proclamar como divisa do Estado de Direito a seguinte idéia: todos os poderes públicos constituídos são iguais, porém, o poder judicial é mais igual que os outros’.

A decisão proferida pela Corte Constitucional, registre-se, não precisa ser proferida em controle concentrado de constitucionalidade, embora exista relevante divergência no ponto.

A discussão está ligada à questão maior de se saber se as decisões em controle difuso de constitucionalidade têm ou não efeito *erga omnes*. Tradicionalmente sempre se entendeu que não. Todavia, o julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal da Reclamação n.º 4.335/

---

26 OTERO, Paulo (apud THEODORO JR; FARIA, 2001, p. 4 - 5).

AC, em que se discute a aplicação de efeito *erga omnes* da decisão de inconstitucionalidade acerca do óbice à progressão de regime para condenados por prática de crimes hediondos, indica o seguimento de novo caminho.

Lenio Streck, Marcelo Cattoni e Martônio Lima<sup>27</sup> se insurgem contra a tendência manifestada nos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau. Em apertada síntese, sustentam os autores:

[...] não há como se imaginar que os efeitos do controle concentrado sejam extensivos ao controle difuso, de forma automática.

É preciso entender que a questão do papel do Senado no controle difuso de constitucionalidade diz respeito aos efeitos da decisão. Isso parece claro. O texto do art. 52, X, da Constituição do Brasil, somente tem sentido se analisado – portanto, a norma que dele se extrai – a partir de uma análise do sistema constitucional brasileiro. O sistema é misto.

[...].

Em sentido oposto, João Bosco de Castro assevera<sup>28</sup>:

[...], não há porque estabelecer distinção entre a via do controle difuso/incidental de inconstitucionalidade e a via do controle concentrado, quanto aos efeitos e a eficácia da declaração. Ambos os procedimentos têm por escopo a efetividade e a afirmação da eficácia das normas constitucionais. Não se pode admitir a existência de uma hermenêutica constitucional com efeitos limitados, porque oriunda de procedimento difuso e incidental. O fato de a declaração de inconstitucionalidade se dar incidentalmente, em um processo em que há litígio em concreto – e não pela via do controle direto – não justifica o estabelecimento de discrepância entre o efeito e a eficácia dos julgamentos. Tanto em um como em outro se busca a supremacia das normas constitucionais.

---

27 STRECK, Lenio; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martônio Montalverne Barreto. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. Evocati Revista, n.º 20, ago. 2007. Disponível em: <[http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp\\_codartigo=143](http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=143)>. Acesso em: 08 ago. 2007. p. 3.

28 CASTRO, João Bosco Marcial de. *O controle de constitucionalidade das leis e a intervenção do Senado Federal*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. p. 41.

O legislador ordinário, ao instituir hipótese de arguição de inexigibilidade de título fundado em lei ou ato normativo julgado inconstitucional ou de aplicação ou interpretação tida como incompatível com a Constituição, segundo entendimento do Supremo, não fez distinção quanto à forma em que obtido o julgamento de inconstitucionalidade.

De fato, os artigos 475-L, § 1º e 741, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil, apenas exigem que a decisão seja proveniente do Supremo Tribunal Federal:

Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:

[...]

II – inexigibilidade do título;

[...]

§ 1o Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:

[...]

II - inexigibilidade do título;

[...]

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Nenhum dos dispositivos legais, portanto, reporta-se à exigência de que a declaração de inconstitucionalidade ou incompatibilidade provenha do controle concentrado, furtando-se, pois, de estabelecer limites ao papel de guardião da Constituição, distinguindo a decisão proferida quando em controle difuso da proferida em controle concentrado.

Dessa forma, o legislador ordinário se filiou ao pensamento mais vanguardista em relação à matéria, homenageando a força normativa da Constituição.

Merece menção mais um comentário de João Bosco de Castro<sup>29</sup>:

Diz Baleeiro [...] que ‘a Constituição não destrói a si mesma, logo não transige com interpretação que a aniquile’. Estabelecer limitação à força normativa da Constituição e diferenciação quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, seu intérprete-mor, a partir da tipologia do procedimento em que declarado o vício, é transigir com interpretação de dispositivos da Constituição. É permitir a prevalência no ordenamento jurídico de norma sabida e declaradamente incompatível com o Texto Constitucional. Significa imprimir no inconsciente coletivo o temor de que a Constituição não detém em si força cogente para expurgar e repelir legislação ordinária que lhe seja contrária; que a Corte Constitucional efetivamente serve à guarda da Constituição somente quando atua no processo objetivo de constitucionalidade.

Não é objetivo deste trabalho a análise acerca dos mecanismos de relativização da coisa julgada inconstitucional, mas cabe registrar que o comando dos artigos 475-L, § 1º e 741, parágrafo único, tem se tornado o principal deles, com inúmeros precedentes judiciais.

Porém, é curioso notar, e essa é a razão deste parêntese, a forma excessivamente restritiva com que parte da doutrina interpreta a disposição legal.

A restrição mais grave, já superada pela jurisprudência, residia no entendimento de que a inexigibilidade, que decorre da declaração de inconstitucionalidade ou o julgamento de incompatibilidade, só teria lugar se a decisão proferida pelo Supremo ocorresse antes do trânsito

<sup>29</sup> CASTRO, op. cit., p. 101.

em julgado da demanda, o que afastaria por completo a utilidade da norma, não fazendo, portanto, sentido.

Mas é outro óbice levantado, menos restritivo, bem verdade, que tem relação com o que se discute aqui, podendo exemplificar como se tem interpretado a Constituição a partir da regra de processo.

Há quem sustente que a declaração do Supremo Tribunal Federal só tornaria inexigíveis os títulos que tivessem sido formados no intervalo de dois anos, contados da decisão que declara a inconstitucionalidade.

Trata-se de uma tentativa de conciliar as novas disposições legais com regramento da ação rescisória.

Todavia, tal posicionamento tem duas flagrantes falhas. A primeira é que a norma não se reporta a nenhum intervalo de tempo, de sorte que se está em curso o processo de execução ou a fase executiva, conforme o caso, a inexigibilidade pode ser alegada ainda que transcorridos os dois anos.

A outra falha deriva do problema de querer amoldar a força e repercussão da declaração de inconstitucionalidade ou incompatibilidade da aplicação/interpretação proferida pelo Supremo Tribunal às disposições processuais, quando se deveria fazer o inverso.

Ora, quem prega a “compatibilização” dos artigos 475-L, § 1º e 741, parágrafo único, com o art. 485 e s., do Código de Processo Civil, pretende limitar o poder da Corte Suprema na apreciação da constitucionalidade aos estritos limites da rescisória.

Dizendo-o de outro modo, pretendem dar tratamento jurídico à coisa julgada inconstitucional igual ao que é dado à atingida apenas por vício de legalidade, desprezando a supremacia da Carta Republicana.

Cabe consignar que o Supremo sedimentou entendimento de que o vício de constitucionalidade tem regramento diferente do de legalidade, o que pode ser verificado nas inúmeras decisões que afastam a aplicação de seu enunciado de Súmula n.º 343<sup>30</sup>, quando a

---

30 Exemplificativamente no RE n.º 328.812/AM. Diz o enunciado da Súmula: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

ação rescisória se baseia na ocorrência de ofensa literal a dispositivo normativo da Constituição.

Veja-se, ademais, que a disposição legal apenas explicita a inexistência de ofensa, decorre do fato de a decisão não se amoldar à ordem constitucional, não do fato de haver a disposição processual.

De ver-se que a preocupação de parte da doutrina em santificar a coisa julgada, alicerçando-a em disposição constitucional que não tem o alcance que se pretende dar, precisa ser superada. A segurança jurídica é valor importantíssimo ao Estado Democrático de Direito, mas não se pode admitir que, a pretexto de homenageá-la, mantenham-se incólumes decisões judiciais que não se amoldam ao texto constitucional, de onde todos os atos estatais, inclusive os do Judiciário, retiram sua validade.

A pretensão não é de gerar instabilidades, instável seria se incutir na população que a Constituição não tem a força normativa que deve ter; que uma decisão judicial possa ser exigível mesmo em flagrante desconformidade com o que entende o Supremo Tribunal, guardião da Constituição, sobre a matéria.

Acrescente-se que o simples fato de ser possível se afastar a prevalência da coisa julgada, não significa que se multiplicarão as demandas a almejá-la. Tanto é assim que a prática demonstra que o percentual de ajuizamento de ações rescisórias é razoável. Admitir a relativização da coisa julgada inconstitucional, reconhecendo-se a verificação desta apenas quando em choque contra *decisum* do Supremo, não geraria a instabilidade tão temida.

#### 4 CONCLUSÃO

A segurança jurídica é apenas um dos princípios que norteiam nosso ordenamento. Ninguém nega sua relevância, afeta à necessária estabilidade das relações jurídicas, princípio essencial ao próprio Estado Democrático de Direito, mas a *res iudicata* não pode ser inoponível, devendo respeitar a supremacia da Constituição.

De fato, não só os atos dos poderes executivo e legislativo devem ser produzidos em estrita conformidade com o texto constitucional, as decisões judiciais também devem sê-lo. Daí ter lugar o princípio da constitucionalidade, segundo o qual a validade dos atos do poder

público, inclusive os do Judiciário, depende de sua conformidade com a Constituição.

Seria desarrazoado que decisões judiciais pudessem prevalecer, por ter transitado em julgado nos termos da legislação infraconstitucional<sup>31</sup>, mesmo que não se amoldasse à Constituição.

O outro extremo, a admitir a relativização da coisa julgada sem maiores amarras, seria ainda mais danoso ao sistema.

A solução do problema passa pelo necessário entendimento constitucional do instituto da coisa julgada, sem afastar sua importância, mas também sem lhe conferir inoponibilidade que não decorre da Constituição.

Deveras, o texto constitucional é claro: a LEI não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Trata-se de uma proteção forjada pelo constituinte em face da atuação do Poder Legislativo.

Nada obstante a *res iudicata* possa ser deduzida doutras disposições constitucionais, no inciso XXXVI o instituto em nada difere dos outros nele salvaguardados, não tendo o alcance que alguns pretendem lhe dar.

Bem assim, é preciso delimitar o alcance da expressão “coisa julgada inconstitucional”. Embora os juízes e tribunais possam apreciar a constitucionalidade de normas e atos, em controle incidental difuso, só ao Supremo Tribunal Federal foi conferida a função de guardião da Constituição. Daí por que os magistrados não têm o poder de afastar a exigibilidade de um título por inconstitucional segundo seu próprio entendimento, se não houver manifestação da Suprema Corte nesse sentido.

Dessarte, restará preservado o princípio da segurança jurídica sem, contudo, permitir-se que o Judiciário produza atos que não se coadunem com o texto constitucional, aplicando-se o princípio da constitucionalidade e respeitando-se a força normativa da Constituição, que a todos, inclusive ao Judiciário, submete.

---

31 Apesar da sede constitucional do instituto.

## 5 REFERÊNCIAS

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas et al. *Relativização da coisa julgada*. Org Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2008.

CASTRO, João Bosco Marcial de. *O controle de constitucionalidade das leis e a intervenção do Senado Federal*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. *Revista Virtual da Advocacia-Geral da União*, Ano I, n.º 06, jan. 2001. Disponível em: <<http://www.escola.agu.gov.br>>. Acesso em: 12 dez. 2007.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Súmula vinculante. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 9, jan. fev. mar., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 03 mar. 2008.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Coisa julgada inconstitucional*. Salvador: Juspodivm, 2007.

STRECK, Lenio; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martônio Montalverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Evocati Revista*, n.º 20, ago. 2007. Disponível em: <[http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp\\_codartigo=143](http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=143)>. Acesso em: 08 ago. 2007.

THEODORO JR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle. *Revista Virtual da Advocacia-Geral da União*, Ano II, n.º 09, abr. 2001. Disponível em: <<http://www.escola.agu.gov.br>>. Acesso em: 12 dez. 2007.

# EDUCAÇÃO E INTEGRAÇÃO REGIONAL. ANÁLISE DO ACORDO DE ADMISSÃO DE TÍTULOS E GRAUS UNIVERSITÁRIOS PARA O EXERCÍCIO DE ATIVIDADES ACADÊMICAS NOS ESTADOS PARTES DO MERCOSUL.<sup>1</sup>

*Marcos Augusto Maliska, Procurador Federal,  
Chefe da Procuradoria Federal junto a Universidade Federal  
do Paraná (PF-UFPR), Doutor em Direito Constitucional,  
Membro da Comissão sobre Diplomas do Mercosul do Conpedi –  
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós, Graduação em Direito*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A Integração Regional como nova forma de organização política; 2 A Integração Regional e a Constituição Federal brasileira; 3 O Acordo de Admissão de títulos e graus universitários para o exercício de atividades acadêmicas nos Estados Partes do Mercosul; 3.1 Da disposição para a Cooperação; 3.2 A garantia de salvaguarda dos padrões de qualidade vigentes em cada País; 4 Considerações Finais; 5 Referências.

---

<sup>1</sup> O autor agradece a oportunidade de ter debatido o assunto tratado no presente texto tanto no II Encontro do Fórum de Procuradores Federais Chefes de IFES da Procuradoria Geral Federal da Advocacia Geral da União, realizado no Rio de Janeiro em Novembro de 2008, em especial a interlocução com o colega José Tavares dos Santos, Procurador Federal Chefe da CAPES, como no XVIII Encontro Nacional do CONPEDI – Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, realizado na cidade de Maringá-PR, em julho de 2009. O autor agradece a todos que, de uma forma ou de outra, contribuíram para

**RESUMO:** A integração regional apresenta-se como uma nova forma de organização política. A Constituição Federal de 1988 promove e incentiva a participação da República Federativa do Brasil em organizações internacionais, em especial visando à integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina. No campo da Educação a cooperação visando a integração é uma realidade vivenciada no âmbito do Mercosul. O Acordo de Admissão de Títulos e Graus Universitários para o Exercício de Atividades Acadêmicas nos Estados Partes do Mercosul dispõe, por um lado, sobre procedimento diferenciado, consistente em “validação” de Diplomas, sem análise propriamente individual de mérito dos trabalhos, para o exercício das atividades de docência e pesquisa. De outro, o mesmo Acordo salvaguarda os padrões de qualidade vigentes em cada País, ou seja, exige condições materiais de nivelamento para a plena eficácia do texto normativo, visto que o processo de integração deve ser um instrumento de aperfeiçoamento das instituições, de modo que os níveis mais elevados de desenvolvimento prevaleçam.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição. Integração Regional. Educação. Pós-Graduação. Mercosul. Universidade.

**ABSTRACT:** Regional integration is presented as a new form of political organization. The 1988 Federal Constitution promotes and encourages the participation of the Federative Republic of Brazil in international organizations, especially with regard to economic integration, political, social and cultural development of peoples of Latin America. In the field of education cooperation for the integration is a reality experienced in the context of Mercosul. The Agreement of Admission from Titles and University Degrees for the exercise of Academic Activities in the States of Mercosul lays down on the one hand, on different procedures, consisting of “validation” of diplomas, without actual examination of individual merit of the work, for the activities of teaching and research. Otherwise, the same agreement guarantees the quality standards in each country, in other words, requires material conditions of leveling to the full effectiveness of the legislation, since the process of integration should be a tool for improving the institutions, so higher levels of development prevail.

**KEYWORDS:** Constitution. Regional Integration. Education. Post Graduation. Mercosul. University.

## INTRODUÇÃO

O processo de integração do Mercosul, além de contemplar a dimensão econômica, tem outras pretensões de cunho social e cultural. A educação é um elemento importante na discussão sobre desenvolvimento, qualidade de vida, valores democráticos, enfim, as mais diversas dimensões da vida em sociedade. Desta forma, o tema aqui discutido não é simples. Nele enreda-se uma complexa realidade que não pode ser vista unilateralmente. As dificuldades de se contemplar os diversos aspectos que as políticas públicas regionais trazem, nos exigem reflexão e um constante debate sobre as alternativas, visto que a abertura, a cooperação e a integração regional ao mesmo tempo em que abrem oportunidades, também expõem as fragilidades nacionais.

O objeto da reflexão promovida no presente artigo é o Acordo de Admissão de Títulos e Graus Universitários para o Exercício de Atividades Acadêmicas nos Estados Partes do Mercosul, assinado na cidade de Assunção em 14 de junho de 1999, tendo sido, no Brasil, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 800, de 23 de Outubro de 2003 e promulgado pelo Decreto Presidencial nº 5.518, de 23 de Agosto de 2005.

A reflexão centra-se no procedimento especial criado pelo Acordo no tocante à validade dos Diplomas Universitários para o exercício de atividades de docência e pesquisa nos Estados Partes. Em síntese, a discussão está mediada, por um lado, pela pretensão da norma em estabelecer procedimento diferenciado para as atividades de docência e pesquisa, visando promover a educação no plano da integração regional e, por outro, pela necessidade de salvaguarda dos padrões de qualidade vigentes em cada país. Procurando abordar o tema contemplando esses dois vetores, o texto inicialmente reflete sobre o papel da integração regional, passando pela abordagem constitucional brasileira do tema integração regional, para em um terceiro momento discutir propriamente os termos do Acordo. O texto não tem a pretensão de esgotar o assunto, mas apenas de dar uma pequena contribuição ao debate, visto se tratar de tema que merece reflexão e discussão.

## 1 A INTEGRAÇÃO REGIONAL COMO NOVA FORMA DE ORGANIZAÇÃO POLÍTICA

A modernidade conheceu no Estado Nacional a forma de organização política por excelência. A Constituição se apresentou como o documento jurídico destinado a regular o exercício do poder político, que tomou forma no texto do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 na limitação do poder estatal mediante o Princípio da Separação dos Poderes e o respeito aos Direitos Fundamentais.

A construção de uma comunidade política nos limites do território do Estado Nação ganhou força e se desenvolveu de forma consistente até a primeira guerra mundial. O advento da Liga das Nações se constituiu em um ensaio de que mudanças haveriam de ocorrer. O fracasso da Liga<sup>2</sup> e o desastre da Segunda Guerra Mundial apontaram para novas formas de organização política<sup>3</sup>. A Europa, preocupada com a paz, saiu na frente e no imediato pós-guerra criou instituições supranacionais para conter a produção de material bélico, nuclear e por fim avançou também para questões de ordem econômica, visando um mercado comum interno. A América Latina também encontrou nesse cenário a possibilidade de uma integração continental, historicamente sonhada pelos seus grandes líderes, e criou a ALALC e depois a ALADI.<sup>4</sup>

A experiência brasileira e latino-americana com os regimes militares, conseqüência, por certo, do momento histórico da guerra fria<sup>5</sup>,

---

2 Eugen Ehrlich, em texto de 1919, foi cético quanto as possibilidade da Liga enquanto instrumento internacional pautado na igualdade dos Estados. Em sua opinião, a Liga seria um instrumento das políticas externas do Império Britânico e dos Estados Unidos da América. EHRlich, Eugen. Von der Zukunft des Völkerbundes. In. *Politische Schriften*. Org. Manfred Rehbinder. Berlin: Duncker & Humblot, 2007. p. 183-184.

3 Segundo escreve von Bernstorff, citando Joseph Kunz, a ficção do Estado Nacional foi um amargo adversário do moderno Processo de Direito Internacional de proteção das minorias no período entre guerras. Como conseqüência do chauvinismo nacional teve-se a transformação do Estado Nacional em um dogma dos Estados, os quais correspondem muito pouco às suas realidades plurais tanto culturais como étnicas. VON BERNSTORFF, Jochen. *Der Glaube an das universale Recht. Zur Völkerrechtstheorie Hans Kelsens und seiner Schüler*. Baden-Baden: Nomos, 2001, p. 51.

4 MALISKA, Marcos Augusto. *Estado e Século XXI. A integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 29-30.

5 Entendida como o confronto entre duas superpotências, a guerra fria produziu na América Latina, área de influência americana, o fortalecimento do militarismo sob o argumento da ameaça comunista. Segundo escreve Eric Hobsbawm, “as forças armadas tomaram o poder no Brasil em 1964 contra um inimigo

adiou o sonho da integração. A redemocratização da região e o forte compromisso integracionista de Brasil e Argentina<sup>6</sup> trouxeram à luz o Mercosul, o mais ambicioso projeto de integração regional conhecido na América Latina.

Movido em um primeiro momento pelos interesses econômicos de ampliação dos mercados os processos integracionistas dão lugar também a outras formas de cooperação, em especial, o intercâmbio educacional.

É importante aqui registrar que as ambições da integração regional são grandes, pois se traduzem em mecanismos de ensaio de novas formas de organização política. O declínio ou a não ampliação do domínio do Estado Nação como historicamente se apresentou até a década de sessenta do século XX<sup>7</sup> nos exigem pensar novas formas de disciplina da vida política. A globalização e a relativização dos conceitos de tempo e espaço<sup>8</sup> nos mostram, no mínimo, a insuficiência da vida política limitada ao Estado Nação. De outro modo, a Constituição Nacional e o Estado Nação são atores ainda importantes, pois como lembra Udo di Fabio, a democracia se realizou em pequenos espaços<sup>9</sup>, e

---

bastante semelhante: os herdeiros do grande líder populista brasileiro Getúlio Vargas (1883-1954), que se deslocavam para a esquerda no início da década de 1960 e ofereciam democratização, reforma agrária e ceticismo em relação à política americana. As pequenas tentativas de guerrilha de fins da década, que proporcionaram uma desculpa para a implacável repressão do regime, jamais representaram um verdadeiro desafio a ele; mas deve-se dizer que após o início da década de 1970 o regime começou a relaxar e devolveu o país a um governo civil em 1985". HOBBSAWM, Eric. *A era dos extremos. O breve século XX 1914-1991*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 429.

- 6 O Mercosul e os laços de amizade e cooperação entre Brasil e Argentina se afastam, e muito, da tradicional animosidade entre os dois países. Um capítulo interessante dessa rivalidade encontra-se na especulação quanto à vitória nazista na Segunda Guerra Mundial, em especial uma aliança entre a Argentina, na época governada por Juan Domingo Perón, e a Alemanha de Hitler, com vistas ao domínio da América do Sul. Nas palavras de Perón, "uma vez caído o Brasil, o continente sul-americano será nosso", escreveu o líder argentino em manifesto ao Grupo de Oficiais Unidos, em 1943, poucas semanas antes de assumir o governo. E acrescentou: "A luta de Hitler, na paz e na guerra, nos servirá de guia". Ver: COSTA, Sérgio Correia da. *Crônica de uma Guerra Secreta. Nazismo na América: A conexão Argentina*. São Paulo: Record, 2004.
- 7 HOBBSAWM, Eric. *O Novo Século. Entrevista a Antonio Polito*. Trad. Claudio Marcondes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 38.
- 8 Ver, entre outros, BAUMAN, Zygmunt. *Globalização. As consequências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999 e SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização. Do pensamento único à consciência universal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- 9 Aqui, por certo, visualize-se a realidade da comunidade e o sentimento de pertencimento de seus membros. Nas palavras de Simone Goyard-Fabre, "no pluralismo do mundo democrático, governar os indivíduos que reivindicam o tempo todo, com direitos cada vez mais numerosos, sua igualdade com qualquer outro e sua liberdade sem limites, é uma tarefa das mais delicadas". GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?* São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 344.

os processos de integração ainda que necessários geram dúvidas quanto à possibilidade de se manter a democracia em ambientes maiores.<sup>10</sup>

## 2 A INTEGRAÇÃO REGIONAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA.

Não obstante a Constituição brasileira ter surgido em um momento de indefinição política, visto que ainda tínhamos o Muro de Berlin, ela procurou contemplar a pluralidade que marca a sociedade brasileira e não deixou de inscrever em seu texto a tradição pacífica do país em suas relações internacionais. Assim, em seu art. 4º, constam os princípios das relações internacionais, onde se apresentam, entre outros, a “prevalência dos direitos humanos”, a “solução pacífica das controvérsias”, a “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade” e a formação da comunidade latino-americana de nações.

Esse dispositivo constitucional é muito importante para identificar as características fundamentais do Estado Brasileiro. E nesse aspecto, não há dúvidas, em minha opinião, de que a Constituição optou pelo conceito de Estado Constitucional Cooperativo, que nas palavras de Peter Häberle, consiste na:

*abertura* para relações internacionais com efeito de impor medidas eficientes no âmbito interno (permeabilidade), também no acento da abertura global dos direitos humanos (não mais cerrados no domínio reservado) e de sua realização ‘cooperativa’; [...] *potencial constitucional ativo*, voltado ao objetivo de realização internacional ‘conjunta’ das tarefas como sendo da comunidade dos Estados, de forma processual e material; [...] *solidariedade estatal de prestação*, disposição de cooperação para além das fronteiras: assistência ao desenvolvimento, proteção ao meio ambiente, combate aos terroristas, fomento à cooperação internacional também a nível jurídico privado (cruz vermelha, anistia internacional).<sup>11</sup>

Desta forma, a Constituição se afastou do chamado *Estado Constitucional Nacional* para adotar o *Estado Constitucional Cooperativo*, que deve ser um conceito importante para referenciar a interpretação constitucional. No contexto do tema discutido nesse artigo, a implicação

10 DI FABIO, Udo. *Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001. p. 32.

11 HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro, Renovar, 2007. p. 70-71.

do conceito *Estado Constitucional Cooperativo* está na incorporação das políticas públicas sobre educação para além das fronteiras nacionais, procurando estimular uma política regional de educação, pautada na cooperação entre os países com a troca de experiências, tecnologias, metodologias, enfim, para usar as palavras de Häberle, solidariedade.

A disposição do Constituinte originário de dar status diferenciado à integração do Brasil na América Latina coloca desafios à interpretação da Constituição. O caráter ambicioso da integração, não reduzido apenas à questão econômica, mas alcançando também as dimensões política, social e cultural, nos mostram que os movimentos no âmbito educacional do Mercosul necessitam de especial atenção, não se podendo dar margem a interpretações reductionistas, que procurem negar efetividade ao dispositivo constitucional.<sup>12</sup>

### **3 O ACORDO DE ADMISSÃO DE TÍTULOS E GRAUS UNIVERSITÁRIOS PARA O EXERCÍCIO DE ATIVIDADES ACADÊMICAS NOS ESTADOS PARTES DO MERCOSUL**

No contexto, portanto, de uma interpretação constitucionalmente comprometida com a integração social e cultural do Brasil com as outras nações do continente, o Acordo de Admissão de Títulos e Graus Universitários deve ser concretizado levando-se em consideração dois aspectos centrais, quais sejam, a disposição para a cooperação e a garantia de salvaguarda dos padrões de qualidade vigentes em cada País.

#### **3.1 DA DISPOSIÇÃO PARA A COOPERAÇÃO**

Em face do marco constitucional referenciado anteriormente tem-se que a posição da República Federativa do Brasil é a de fomentar a cooperação no campo do ensino universitário visando atender o contido no preâmbulo do Acordo, a saber, (i) que a educação tem papel central para que o processo de integração regional se consolide; (ii) que a promoção do desenvolvimento harmônico da Região, nos campos científico e tecnológico, é fundamental para responder aos desafios impostos pela nova realidade sócio-econômica do continente e (iii) que o intercâmbio de acadêmicos entre as instituições de ensino superior da Região apresenta-se como mecanismo eficaz para a melhoria da

---

12 Ver MALISKA, Marcos Augusto. *Estado e Século XXI*, p. 182-183.

formação e da capacitação científica, tecnológica e cultural e para a modernização dos Estados partes.

Buscando esses objetivos, o texto do Acordo é preciso quanto àquilo que poderia se afirmar como eficácia mínima do texto legal, ou seja, de que os cursos universitários reconhecidos e credenciados como tais pelo país de origem sejam em nível de graduação ou pós-graduação (especialização, mestrado e doutorado), habilitariam os titulares a validarem tais títulos em outro país membro para fins de docência e pesquisa, desde que correspondessem às cargas horárias definidas no artigo segundo do Acordo, bem como fossem instruídos com os documentos necessários que comprovassem essa condição, nos termos do artigo sexto do diploma legal aqui em referência.

No contexto do disposto literalmente no Acordo, a Universidade iria apenas cumprir exigências formais de “validação” do diploma, sem adentrar no mérito do estudo. O mérito, segundo o Acordo, seria contemplado quando do reconhecimento e credenciamento do título no país de origem.

Questão pertinente quanto aos propósitos do Acordo seria o de saber, no caso brasileiro, quais seriam as instituições competentes para operarem a chamada “validação” dos títulos. Seria o caso de aplicar, por analogia, o disposto no art. 48 da LDB, que confere às Universidades a competência para revalidar/reconhecer título expedido por instituição estrangeira:

Art. 48. Os diplomas de cursos superiores reconhecidos, quando registrados, terão validade nacional como prova da formação recebida por seu titular.

§ 1º Os diplomas expedidos pelas universidades serão por elas próprias registrados, e aqueles conferidos por instituições não-universitárias serão registrados em universidades indicadas pelo Conselho Nacional de Educação.

*§ 2º Os diplomas de graduação expedidos por universidades estrangeiras serão revalidados por universidades públicas que tenham curso do mesmo nível e área ou equivalente, respeitando-se os acordos internacionais de reciprocidade ou equiparação.*

*§ 3º Os diplomas de Mestrado e de Doutorado expedidos por universidades estrangeiras só poderão ser reconhecidos por universidades que possuam cursos de pós-graduação reconhecidos e avaliados, na mesma área de conhecimento e em nível equivalente ou superior.*

Outro ponto de discussão quanto ao conteúdo do Acordo, é a interpretação da extensão do sentido “atividades de docência e pesquisa”. Não há como prosperar o entendimento que reduz as atividades de docência e pesquisa, núcleo essencial do Acordo aqui discutido, à mera condição de atividades de “natureza temporária”. As objeções a esse entendimento provêm de campos distintos. Primeiro, em razão de que esse entendimento, por analogia, deveria ser aplicado aos países que não integram o Mercosul, de modo que, qualquer professor estrangeiro convidado para participar de Banca de Doutorado no Brasil, por exemplo, para poder ser aceito, deveria validar o título no País antes da participação na Banca. De igual modo para os casos de co-orientação e outros decorrentes de acordos de cooperação internacional. Esse entendimento levaria a uma burocratização dos procedimentos que, na prática, criaria inúmeros empecilhos ao desenvolvimento do intercâmbio acadêmico. Segundo, em razão de que a norma não foi editada para criar mais obstáculos ao processo de intercâmbio acadêmico, visto que em seu preâmbulo consta que a finalidade do Acordo é facilitar a cooperação universitária. Terceiro, que a integração do Mercosul é uma determinação constitucional brasileira, de modo que os procedimentos em nível regional não devem ter seus alcances reduzidos de tal forma. Quarto, por fim, uma restrição de tal magnitude deveria constar do próprio texto.

### **3.2 A GARANTIA DE SALVAGUARDA DOS PADRÕES DE QUALIDADE VIGENTES EM CADA PAÍS**

Se, por um lado, o Acordo facilita a mobilidade e o intercâmbio acadêmico ele, por outro, exige condições materiais de nivelamento para a sua plena eficácia, quando expressamente ressalva no preâmbulo a salvaguarda dos padrões de qualidade vigentes em cada País. Esse aspecto do processo de cooperação e integração não pode e não deve ser desconsiderado, visto que o processo de integração deve ser um instrumento de aperfeiçoamento das instituições, de modo que os níveis mais elevados de desenvolvimento prevaleçam. Aqui há que se contrapor à disposição para a cooperação o interesse nacional, sob pena de o processo integracionista implicar em um retrocesso dos níveis de

exigência já alcançados no plano nacional.

O interesse nacional está tanto presente na salvaguarda dos padrões de qualidade, quanto no Princípio da Territorialidade. Quanto a esse, os cursos certificados em outros países, mas realizados no Brasil em cooperação com instituições brasileiras necessitam de manifestação favorável do órgão de regulação brasileiro.<sup>13</sup>

Quanto à salvaguarda dos padrões de qualidade, a interpretação do Acordo deve inicialmente pautar-se pela consideração de que a norma aqui analisada possui, em sua origem, uma natureza contratual, ou seja, foi objeto de ajuste entre Estados Soberanos.<sup>14</sup> A natureza contratual da norma estabelece uma “relação de Estado a Estado”<sup>15</sup>, podendo-se falar em “direito dos Estados”<sup>16</sup> no plano das relações internacionais. Sob essa ótica é possível, sem propriamente romper com o Tratado, interpretá-lo à luz do preâmbulo que o compõe, operando uma interpretação no plano interno, ou seja, unilateral, por um dos contratantes.<sup>17</sup>

Consta do preâmbulo do Acordo aqui analisado a “preocupação constante em salvaguardar os padrões de qualidade vigente em cada País”. Levando-se em conta que os critérios de qualidade estão na alçada dos órgãos administrativos nacionais, é perfeitamente possível o estabelecimento de restrições ao acordado quando a aplicação do Tratado possa estar ofendendo esse princípio que o orienta.

Desta forma, informações oficiais dos países partes do Acordo no sentido de que há dúvida sobre a qualidade dos estudos realizados em determinado país ou determinada Universidade em específico, que

---

13 Nesse sentido, por exemplo, a Resolução nº 02/2001 do Conselho Nacional da Educação que trata do tema. Dispõe a Resolução, em seu art. 1º, que “os cursos de pós-graduação *stricto sensu* oferecidos no Brasil por instituições estrangeiras, diretamente ou mediante convênio com instituições nacionais, deverão imediatamente cessar o processo de admissão de novos alunos”.

14 A doutrina internacionalista define o “Acordo” como uma modalidade de “Tratado”, definindo que o Acordo “é geralmente usado para os tratados de cunho econômico, financeiro, comercial e cultural”. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Público*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 158.

15 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Público*. p. 166.

16 SCHAUMANN, Wilfried. *Die Gleichheit der Staaten. Ein Beitrag zu den Grundprinzipien des Völkerrechts*. Wien: Springer Verlag, 1957. p. 2.

17 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Público*. p. 199-200. A Convenção de Viena apresenta normas de interpretação dos tratados, quais sejam, dentre outras, (i) deve ser interpretado de boa-fé e (ii) deve-se levar em consideração o preâmbulo. No caso brasileiro, a Lei Complementar nº 73, em seu art. 4º, inciso X, atribui ao Advogado Geral da União a competência para fixar a interpretação dos tratados internacionais, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal.

demonstram sensível desnível entre os sistemas nacionais, situação que claramente atenta contra os padrões de qualidade vigentes no plano interno dos países, podem desencadear medidas internas de restrição à plena eficácia do Acordo, com a inserção de mecanismos de salvaguarda da qualidade dos Diplomas a serem validados.

Não obstante o Acordo prever procedimento diferenciado quanto à admissão do título no País, ou seja, mediante processo de “validação” sem análise de mérito, a ressalva quanto à salvaguarda dos padrões de qualidade acaba por retirar do Acordo a sua eficácia jurídica principal e condicioná-lo a aferição de mérito que, na prática, acaba por igualá-lo ao procedimento comum de re-validação.<sup>18</sup>

Aqui se faz necessário apartar a interpretação literal da interpretação sistemática. Partindo-se de uma interpretação literal irá se concluir que o procedimento adequado é o da “validação” sem análise de mérito. No entanto, partindo-se de uma interpretação sistemática, que leva em consideração o preâmbulo do texto legal e a finalidade do mesmo, a análise de mérito se faz necessária, até mesmo para se constituir em mecanismo de cooperação e ajuste para que se possa alcançar o nivelamento adequado de modo a dar plena eficácia ao texto.

Nesse sentido, os “procedimentos e critérios a serem estabelecidos para a implementação do Acordo” podem se constituírem em mecanismos de cooperação entre os países visando o aperfeiçoamento das condições materiais necessárias à plena eficácia do Tratado. Um acordo internacional dessa natureza, mais do que produzir efeitos jurídicos sob a ótica individual, constitui-se em alavanca para diversos níveis e tipos de cooperação visando fomentar uma efetiva integração no campo da educação universitária.

Note-se, nesse aspecto, que o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 971962/RS, entendeu que a referência, no art. 1º do texto legal, aos procedimentos e critérios a serem estabelecidos para a implementação do Acordo, teria o condão de remeter essa legislação

---

18 Essa conclusão é compartilhada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que ao julgar Recurso Especial 971962/RS, não obstante ter como referência outros fundamentos, entendeu que “o Acordo de Admissão de Títulos e Graus Universitários para o Exercício de Atividades Acadêmicas nos Estados Partes do Mercosul (promulgado pelo Decreto Legislativo 5.518/2005) não afasta a obediência ao processo de revalidação previsto na Lei 9.394/1996”.

especial à regra geral da revalidação. Essa interpretação não encontra fundamento quando se aponta para o objetivo do texto normativo. Qual seria a finalidade da norma ao estabelecer procedimento específico para exercício de atividades de docência e pesquisa? Se inclusive para tal finalidade se faz necessário revalidar o título, então ele passa a valer no país para todas as finalidades legais, não apenas para o exercício de atividades de docência e pesquisa. Desta forma, a interpretação do Superior Tribunal de Justiça acaba por retirar do texto a sua força normativa essencial, que se constitui no procedimento diferenciado. A interpretação da norma deve levar em consideração seu contexto e a sua finalidade.<sup>19</sup>

Importante ressaltar a distinção entre o (i) entendimento de que a plena eficácia do Acordo está submetido a condições materiais de nivelamento de modo a efetivar o procedimento diferenciado (validação), do (ii) entendimento que dá à ressalva dos “procedimentos e critérios a serem estabelecidos para a implementação do Acordo” a força normativa de restringir, por vontade própria dos Estados partes, a eficácia essencial do texto, que se constitui em estabelecer um procedimento diferenciado quanto a finalidade buscada, ou seja, o exercício de “atividades de docência e pesquisa nas instituições de ensino superior” dos Estados partes. Ao submeter a plena eficácia do acordo às condições materiais de nivelamento de modo a salvaguardar os padrões de qualidade nacionais, a interpretação do Acordo não retira dele a sua finalidade essencial, qual seja, o procedimento diferenciado para atividades de docência e pesquisa, mas o condiciona a outra exigência do próprio texto, os padrões de qualidade. A interpretação que entende que a regulamentação quanto aos procedimentos e critérios poderia retirar a força normativa essencial da norma confere ao poder regulamentar uma atribuição que ele não tem. O regulamento pode detalhar, mas não confrontar o texto normativo.

Nesse sentido, a salvaguarda dos padrões de qualidade não implica em interpretação que afaste por completo a “validação” sem análise de mérito. A cooperação nessa matéria pode apontar para mecanismos de cooperação entre instituições que, com base no presente Acordo, estabeleçam procedimentos de validação dos títulos. Aqui não

---

19 Aqui merece referência tanto a interpretação sistemática, ou seja, de que a norma “seja entendida dentro do contexto legal e não observada isoladamente”, quanto à interpretação teleológica, que busca a finalidade legal da norma jurídica. HORN, Norbert. *Introdução à Ciência do Direito e à Filosofia Jurídica*. Trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Fabris. 2005, p. 190-191.

se pode perder de vista o respeito à autonomia universitária, visto que a Universidade tanto pode submeter o interessado a uma avaliação quanto atestar que os estudos realizados em tal Universidade estrangeira atende os padrões de qualidade exigidos no país. Note-se que a Universidade que “valida” os títulos realizados no exterior, assume a responsabilidade por eles como se seus fosse.

De igual forma não há que se falar em ofensa a direito subjetivo do interessado ao procedimento por “validação” sem análise de mérito, visto que o Acordo ao mesmo tempo em que confere esse direito o submete aos padrões nacionais de qualidade. Aqueles que querem validar títulos universitários em países distintos de onde os obtiveram, devem comprovar que atendem aos padrões nacionais de qualidade.

Por fim, como reflexão sobre o presente texto normativo internacional pondera-se o fato de que previamente a procedimentos como o estabelecido no presente Acordo, a cooperação internacional exige a promoção de intercâmbio efetivo entre os Estados membros de modo a se ter uma integração prévia dos sistemas educacionais, sem a criação de falsas expectativas por parte daqueles que, ao se prenderem à interpretação literal da norma a interpretam como autorização de que o título operaria validação automática. A pouca precisão do texto em definir o seu alcance normativo enfraquece a cooperação internacional desacreditando-a, cria insegurança jurídica, faz das tratativas internacionais textos legais desprovidos de eficácia e geram inúmeras demandas judiciais. Aqui cabe perfeitamente o alerta já feito há algum tempo por Marcelo Neves: “Evidentemente, quando o legislador se restringe a formular uma pretensão de produzir normas, sem tomar nenhuma providência no sentido de criar os pressupostos para a sua eficácia, apesar de estar em condições de criá-los, há indício de legislação simbólica”.<sup>20</sup>

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A título de considerações finais enumeram-se os principais aspectos abordados ao longo do texto:

- a) A integração regional busca novas formas de organização política, propiciando a abertura dos Estados e fomentando políticas públicas além das fronteiras nacionais;

---

20 NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 31.

- b) A Constituição Brasileira de 1988 recepciona o conceito *Estado Constitucional Cooperativo* e dá ao processo de integração regional latino-americano um status diferenciado no plano das relações internacionais, que deve ser levado em consideração pela hermenêutica constitucional;
- c) O Acordo de Admissão de títulos e graus universitários para o exercício de atividades acadêmicas nos Estados Partes do Mercosul deve ser concretizado levando-se em consideração dois aspectos centrais, quais sejam, a disposição para a cooperação e a garantia de salvaguarda dos padrões de qualidade vigentes em cada País;
- d) A disposição para a cooperação, resultado tanto da autorização constitucional, quanto dos elementos intrínsecos ao Acordo, autoriza se falar que o Acordo dispõe sobre procedimento diferenciado, consistente em “validação” de Diplomas, sem análise propriamente individual de mérito dos trabalhos, para o exercício das atividades de docência e pesquisa;
- e) Por outro lado, a imposição quanto à salvaguarda dos padrões de qualidade vigentes em cada País, exige condições materiais de nivelamento para a plena eficácia do Acordo, visto que o processo de integração deve ser um instrumento de aperfeiçoamento das instituições, de modo que os níveis mais elevados de desenvolvimento prevaleçam. Aqui há que se contrapor à disposição para a cooperação o interesse nacional, sob pena de o processo integracionista implicar em um retrocesso dos níveis de exigência já alcançados no plano nacional.

## 5 REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização. As consequências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

COSTA, Sergio Correia da. *Crônica de uma Guerra Secreta. Nazismo na America: A conexão Argentina*. São Paulo: Record, 2004.

DI FABIO, Udo. *Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.

EHRlich, Eugen. Von der Zukunft des Völkerbundes. In: *Politische Schriften*. Org. Manfred Rehbinder. Berlin: Duncker & Humblot, 2007.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro, Renovar, 2007.

HOBSBAWM, Eric. *A era dos extremos. O breve século XX 1914-1991*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

\_\_\_\_\_. *O Novo Século*. Entrevista a Antonio Polito. Trad. Claudio Marcondes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

HORN, Norbert. *Introdução à Ciência do Direito e à Filosofia Jurídica*. Trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Fabris, 2005.

MALISKA, Marcos Augusto. *Estado e Século XXI. A integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Público*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização. Do pensamento único à consciência universal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SCHAUMANN, Wilfried. *Die Gleichheit der Staaten. Ein Beitrag zu den Grundprinzipien des Völkerrechts*. Wien: Springer Verlag, 1957.

VON BERNSTORFF, Jochen. *Der Glaube an das universale Recht. Zur Völkerrechtstheorie Hans Kelsens und seiner Schüler*. Baden-Baden: Nomos, 2001.



# ADVOCACIA CIDADÃ E A AGENDA AMBIENTAL A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

*Maria Augusta Soares de Oliveira Ferreira  
Advogada da União – PRU 5ª Região  
Mestre em Direito Público pela Universidade Lusíada de Lisboa  
Coordenadora da Agenda Ambiental da AGU*

**COAUTORES:**

*Denis Moreira  
Advogado da União – PU/PA  
Procurador Chefe Substituto da Procuradoria da União do Pará  
Membro da Comissão da Agenda Ambiental da AGU*

*Érika Pires Ramos  
Procuradora Federal junto ao IBAMA/ICMBio/SP  
Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco  
Doutoranda em Direito Internacional Público pela Universidade de São Paulo  
Membro da Comissão da Agenda Ambiental da AGU*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A origem da Agenda Ambiental na AGU; 2 O que é a Agenda Ambiental na Administração Pública – A3P; 3 Os 5 eixos; temáticos da A3P na AGU; 4 Os 5R's na AGU e a A3P; 5 Conclusões; 6 Referências.

**RESUMO:** A Advocacia-Geral da União, em sua atual gestão, aderiu à Agenda Ambiental na Administração Pública – A3P, como uma das ações vinculadas ao lema “AGU cidadã”, através da assinatura de um termo de compromisso com o Ministério do Meio Ambiente. A A3P é um programa de gestão ambiental na Administração Pública, que visa à inserção da perspectiva ambiental nas atividades diárias, a partir de uma mudança de hábitos e de cultura institucional, para promover na AGU práticas que contribuam para a preservação ambiental, combatendo o desperdício e gerando economia de recursos públicos. Desse modo, a AGU, em uma prática pioneira de advocacia cidadã, num contexto de crise ambiental global, com a participação de todos os servidores, atende ao mandamento constitucional inscrito no art. 225, que preconiza como direito e dever de todos a promoção do equilíbrio ambiental e sadia qualidade de vida.

**PALAVRAS-CHAVE:** Agenda Ambiental. Administração Pública. A3P. Gestão Ambiental. Advocacia Cidadã. Licitações Sustentáveis. Cultura Institucional.

**ABSTRACT:** The Federal Attorney’s Office (AGU) in its current administration joined the Environmental Agenda in Public Administration - A3P, as one of the actions related to the theme “AGU citizen” by signing a memo of understanding with the Ministry of Environment. The A3P is an environmental management program in Public Administration, aimed at integration of the environmental perspective on everyday life, from a change of habit and institutional culture to promote in the AGU practices that contribute to environmental conservation, combating waste generating and saving public resources. Thus, the AGU, in a pioneering citizen advocacy practice in the context of global environmental crisis, with the participation of all its employees, serves the constitutional determination of art. 225, which defines as right and duty of all to promote the environmental balance and a healthy life quality.

**KEYWORDS:** Environmental Agenda. Public Administration. A3P. Environmental Management. Citizen Advocacy. Sustainable Public Bidding. Institutional Culture.

Advocacia Cidadã e a Agenda Ambiental da Administração Pública

Já passou o momento de ações paliativas. Chegou a hora de uma revolução no verdadeiro sentido do termo: uma revolução das consciências, da economia e da ação pública. Aproxima-se o dia em que o desajuste climático fugirá totalmente do controle. Estamos no limiar do irreversível.

(Jacques Chirac, Ex-Presidente da França)

## INTRODUÇÃO

Desde o berço, e na sua concepção mais pura, a advocacia está umbilicalmente associada às transformações da sociedade. Para além da arte de manusear códigos, o advogado é um artesão de mudanças sociais, não raro personagem vanguardista de rupturas culturais.

Vivemos atualmente, nesta aurora de milênio, um desses momentos históricos de grande transição. O caos que envolve as transformações atuais equivale ao casulo tosco que encapsula a magnífica metamorfose da borboleta. Mas é preciso viabilizar o processo de mudança. O caos, a desordem, a destruição deve ceder espaço à renovação.

Novamente a advocacia é convocada para dar sua singular contribuição às grandes mudanças em curso. Sob o estandarte de advocacia cidadã sobressai o compromisso com a agenda ambiental, notadamente na Administração Pública. Trata-se de um esforço que tem especial importância neste momento em que a humanidade se defronta com a maior crise ambiental desde que o *homo sapiens* deu início à sua caminhada evolutiva, ora ameaçada pela imensa tempestade de probabilidades<sup>1</sup> ambientais que se vislumbra estrada à frente.

### 1 A ORIGEM DA AGENDA AMBIENTAL NA AGU

A partir da percepção desta realidade e em consonância com o novo lema da AGU – AGU Cidadã – o Advogado-Geral da União, José

---

1 Probabilidade é um termo muito utilizado na Física Quântica para rechaçar a visão determinista do mundo, ressaltando não apenas a importância, mas especialmente o caráter decisivo que cada pessoa tem em definir, com sua atitude, o desfecho de tal ou qual evento futuro, o que parece um tanto adequado para a situação em questão.

Antonio Dias Toffoli assinou, juntamente com o Ministro do Meio Ambiente, Carlos Minc, o termo de adesão ao Programa A3P (Agenda Ambiental na Administração Pública), no dia 24 de setembro de 2008, como uma ação promovida pela Ouvidoria-Geral da AGU, na Semana da Conscientização Ambiental e fazendo parte das comemorações dos 15 anos da AGU.

Conforme explicou naquela ocasião o Ouvidor-Geral da AGU, Gabriel Felipe de Souza, “o lugar fundamental para a sobrevivência de todos é a Terra. Portanto, neste momento de comemoração, bem como de busca e definição de uma identidade institucional, cabe a cada um de nós cuidarmos deste planeta também na nossa jornada de trabalho”.

A partir de então foi impulsionado pela Ouvidoria-Geral um processo de conscientização e informação interna acerca da Agenda Ambiental com palestras proferidas nos Seminários Regionais da AGU, para em seguida ser criada, através da Portaria nº 730, de 01.06.2009, Comissão Gestora multissetorial, que tem a tarefa de implementar a Agenda Ambiental na AGU, com apoio da Ouvidoria e vinculada ao Núcleo de Gestão Estratégica-NUGE.

## **2 O QUE É A AGENDA AMBIENTAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – A3P**

A Agenda Ambiental na Administração Pública (A3P – são 3 “A”s e 1 “P”, que iniciam as palavras) é um programa criado em 2001 pelo Ministério do Meio Ambiente para incorporar princípios de gestão ambiental no âmbito da Administração Pública<sup>2</sup>.

A gestão ambiental,

consiste em um conjunto de medidas e procedimentos que permite identificar problemas ambientais gerados pelas atividades da instituição, como a poluição e o desperdício, e rever critérios de atuação (normas e diretrizes), incorporando novas práticas capazes de reduzir ou eliminar danos ao meio ambiente<sup>3</sup>.

---

2 Agenda Ambiental na Administração Pública (A3P). Brasília: MMA – Secretaria de Articulação Institucional e Cidadania Ambiental e Departamento de Cidadania e Responsabilidade Socioambiental, 4. ed. 2007. p. 10.

3 DIAS, Genivaldo Freire. *Educação e Gestão Ambiental*. São Paulo: Gaia, 2006, p 28.

Atualmente, mais de 400 entidades da Administração Pública já aderiram à A3P, segundo dados do MMA. A maioria, entretanto, informalmente, sem fazê-lo através da assinatura do termo de Adesão, o que também demonstra o pioneirismo da AGU, enquanto órgão federal da área jurídica, em assumir um compromisso formal que implica em obrigações e responsabilidades perante o Ministério do Meio Ambiente e a sociedade.

A A3P visa modificar os padrões de produção e consumo, através da adoção de novos referenciais de desempenho e atuação, pela inserção da variável ambiental nas atividades diárias da AGU, mudando hábitos, gerando economia de recursos públicos, fomentando a consciência ambiental no ambiente de trabalho, visando à melhoria da qualidade de vida.

Trata-se, então, de um pioneirismo estratégico para a AGU, pois já se sabe que:

A sobrevivência das organizações públicas ou privadas estará assentada - sem a menor dúvida - na nossa capacidade de atualizar o seu modelo de gestão, adequando-o ao contexto da sustentabilidade.

Esse contexto envolve a inserção de critérios ambientais e sociais, mas é sobretudo uma ambiência nova, um modo de perceber as relações coletivas dentro de um constante aprimoramento da qualidade de vida do trabalhador, sua saúde e bem-estar.<sup>4</sup>

### **3 OS 5 EIXOS TEMÁTICOS DA A3P NA AGU**

Para alcançar esse objetivos, a A3P está estruturada em 5 eixos temáticos: uso racional de recursos; gestão adequada dos resíduos; licitações sustentáveis; educação e conscientização ambiental; meio ambiente do trabalho.

A partir de um diagnóstico efetuado para avaliar as necessidades, os problemas ambientais mais críticos existentes na AGU e seguindo-se um plano de trabalho onde cada um desses eixos terá um enfoque

---

<sup>4</sup> O que é o Programa Agenda Ambiental na Administração Pública? Disponível em: <[http://ambientes.ambientebrasil.com.br/gestao/agenda\\_ambiental/agenda\\_ambiental\\_na\\_administracao\\_publica\\_\(a3p\).html](http://ambientes.ambientebrasil.com.br/gestao/agenda_ambiental/agenda_ambiental_na_administracao_publica_(a3p).html)> Fonte: MMA.

diferenciado, adequando-se a A3P à realidade diferenciada da AGU, uma instituição presente nos quatro cantos de Brasil, com unidades situadas em várias cidades, do litoral e do interior, de norte a sul, com dimensões também as mais diversas.

Para o eixo temático relativo ao uso racional de recursos, por exemplo, cabe focar o problema do papel, tendo em vista o elevado consumo e desperdício existente em uma instituição com a Advocacia-Geral da União, cujo trabalho é em grande parte estruturado a partir do uso do papel.

Atualmente, ainda não utilizamos papel reciclável. É um desafio. No Brasil, cerca de 75% do papel vendido no mercado é passível de ser reciclado, mas apenas 31% está sendo objeto desse processo.

Alguns dados simples mostram a relevância dessa mudança. Para produzir 1 tonelada de papel comum é necessário derrubar 40 árvores e se gasta 300 mil litros de água, contra 100 mil litros de água para se produzir o papel reciclado, que, vale dizer, não precisa derrubar uma única árvore.

O papel reciclado reduz a poluição do ar em até 74%, em 71% o consumo de energia e até 35% a poluição da água. Não é pouco, especialmente pelo que já foi exposto acima e quando se sabe que a Organização Mundial de Saúde - OMS estima que cerca de 4,6 milhões de pessoas morrem a cada ano por causa de doenças causadas ou agravadas pela exposição a poluentes. Só em São Paulo a poluição mata 2.900 pessoas\ano.

Além da adoção do papel reciclado, a A3P buscará implementar na AGU medidas simples, tais como imprimir em frente e verso, reformatar documentos, evitar espaços em branco, não imprimir ou xerocar material desnecessário, ampliar o uso do e-mail e do meio digital para comunicação, dentre outras.

Neste ponto, cabe destacar a existência no âmbito da PGF, da Ordem de Serviço PGF nº 3/2009, que dispõe sobre padronização de peças e orienta à utilização de impressão em frente e verso.

Visando a utilização racional dos recursos, uma importante medida já implementada pela Comissão Gestora da A3P juntamente

com a Gerência de Tecnologia e Informação –GTI foi a disponibilização e divulgação da Ecofont – que tem o nome de *spranq eco sans* - para uso em todos os computadores da AGU.

Este estilo especial de fonte, cuja utilização para impressão representa uma importante economia de tinta, em torno de 12%, pode gerar para a AGU uma redução nos gastos com a compra de tonners de tintas em torno de meio milhão de reais, segundo a GTI, além de representar um importante ganho para o meio ambiente, pois a fabricação e o descarte de tonners de tinta são responsáveis por considerável poluição e degradação ambiental.

Neste mesmo eixo temático, a A3P pretende destacar o problema do uso racional do copo descartável e orientar no sentido do uso do copo pessoal, reduzindo-se ao máximo a utilização destes copos. Até se atingir a meta de limitação total da compra e descarte deste material, que é extremamente danoso ao meio ambiente, porém hoje é utilizado em larga escala na AGU e sem nenhum controle de seu desperdício e descarte irregular.

Outro aspecto importantíssimo da A3P refere-se ao uso racional da água. Trata-se de esforço relevantíssimo, que ganha a cada ano lustro humanitário. Hoje há grande desperdício de água na Administração Pública. Situação injustificável, principalmente quando a água torna-se a cada dia elemento estratégico para a política interna e externa das nações, sobretudo em relação à saúde pública. Cólera, tifo, hepatite A, febre hemorrágica, dengue, leptospirose, malária, diarreia são algumas das enfermidades ocasionadas pela falta de acesso à água potável. São responsáveis por cerca de 1,6 milhões de mortes anuais. A cada dia sete crianças morrem devido à diarreia no Brasil. Poupar água é permitir compartilhá-la e, por consequência, salvar vidas.

O futurólogo Patrick Dixon, professor do Centro para Gestão de Desenvolvimento da London Business School, assinala:

Globalmente, já utilizamos 35% do suprimento disponível. Outros 19% são usados “na correnteza” para diluir poluição, sustentar a atividade pesqueira e transportar mercadorias. Dessa forma, a raça humana já utiliza cerca de metade do suprimento mundial de águas pluviais. Mas entre 1950 e 1990 a utilização da água triplicou, quando a população aumentou cerca de 2,7 bilhões. A população

deverá sofrer um aumento do mesmo teor, de uns de 50%, até 2030, mas o suprimento de água não conseguirá ser triplicado novamente sem sérios problemas de escassez. Logo, algo precisa ser feito<sup>5</sup>.

Não obstante esse cenário desafiador, a Agência Nacional de Água – ANA estima que o desperdício de água chega a 400 litros para cada 1000 litros disponíveis. Ou seja, tomando a média nacional de consumo por habitante de 384 litros dia, desperdiçamos algo próximo a 150 litros, sendo que 78% desse desperdício acontece no banheiro, inclusive – quiçá principalmente –, no ambiente de trabalho.

Outro ponto importante que faz parte da A3P é a redução do consumo de energia, leia-se, desperdício. O país, que já passou por um apagão, vive às voltas com ameaça de crise energética. A Advocacia-Geral da União – AGU bem sabe como é difícil sustentar nos Tribunais os grandes projetos energéticos do país, que ainda hoje desperdiça cerca de 10% da energia que produz e tem um prejuízo anual de 10 bilhões de reais.

Jacques Attali, respeitado consultor francês, explicita.

[...] desde o começo do século XVIII, o consumo de recursos naturais foi multiplicado por vinte. [...] Antes de 2035. O quase-dobro da população urbano virá acompanhado do dobro da demanda de matérias-primas. [...]

Já no que diz respeito à energia, os dados são mais preocupantes. No ritmo atual de crescimento do consumo, as reservas não darão mais de 230 anos concernentes ao carvão, 70 anos ao gás, 50 anos ao petróleo.<sup>6</sup>

O uso racional dos recursos, portanto, compreende a economia de água, energia e combustíveis, como bens essenciais à qualidade de vida e do trabalho na AGU, buscando a A3P evitar o seu desperdício e promover o seu uso de modo sempre mais eficiente, através de medidas simples, capazes de gerar eficiência na utilização desses recursos, como por exemplo: fechar torneiras; evitar entupimentos de pias e vasos

---

5 DIXON, Patrick. *Sabedoria do futuro: as seis faces da mudança global*. Rio de Janeiro: Best Seller. 2007. p. 113.

6 ATTALI, Jacques. *Uma breve história do futuro*. São Paulo: Novo Século. 2008. p. 119-120.

sanitários; fiscalizar os vazamentos; revisões da frota para reduzir o consumo de combustíveis; adoção dos biocombustíveis; considerar em reformas e construções o aproveitamento da luz e ventilação naturais; plantio de árvores no terreno das unidades, adotar torneiras; instalar caixas de descargas e chuveiros com dispositivos economizadores.

Em face do eixo temático da gestão ambiental dos resíduos, a adoção da Agenda Ambiental repercutirá na diminuição da produção de lixo, tais como de descartáveis, tonner e também de lixo eletrônico: baterias, chips de memórias, mouses, impressoras e equipamentos eletrônicos, que trazem em suas composições metais pesados, como cádmio, chumbo, mercúrio, zinco, lítio, cobre e níquel, todos potencialmente nocivos à saúde e ao meio ambiente. Algumas pesquisas estimam que no Brasil se produz, por ano, de 20 a 50 milhões de toneladas de lixo eletrônico, o que equivale a cerca de quatro mil toneladas por hora.

Em um mundo entupido de lixo produzido pelo consumo exagerado, tais medidas são importantíssimas. Só em Nova York a produção per capita dia é de 3 kg de lixo. A média mundial por pessoa é de cerca de 700 g de lixo por dia. Por segundo mil toneladas de lixo são produzidas no mundo. A grande maioria ainda não é aproveitada pela reciclagem. Isso explica as recentes descobertas de exportação clandestina de lixo da Europa para o Brasil, tal como já acontece com outros países subdesenvolvidos. Pior que isso, na maior parte do mundo este lixo vai para aterros inadequados ou são simplesmente despejados em rios e oceanos e, depois, volta para nosso consumo na forma de poluição de alimentos, do ar e da água.

Compreende-se então a importância da gestão ambiental adequada dos resíduos, que hoje está regulamentada, no âmbito da Administração Pública Federal, pelo Decreto Presidencial nº 5.940/2006. Cabe então instituir nas unidades da AGU a coleta seletiva em cumprimento a esse Decreto, que determina a separação dos resíduos descartados pelos órgãos e entidades da administração pública federal direta e indireta, na fonte geradora, e sua destinação às associações e cooperativas de catadores de materiais recicláveis.

Ressalte-se que a reciclagem representa uma ação com importantes reflexos, tanto ambientais quanto sociais, ao colaborar com as cooperativas de catadores, criando novas oportunidades de emprego para parcela da população que, de outro modo, correria o risco de entrar

para a marginalidade e exclusão social.

As licitações sustentáveis, outro eixo temático da A3P, significa a inclusão de critérios socioambientais nos investimentos, compras e contratações da AGU. Trata-se de aquisição de bens e materiais de consumo ambientalmente corretos, socialmente justos e economicamente viáveis, inserindo justificativa neste sentido em parecer licitatório.

Vale destacar neste ponto a Portaria/MMA nº 61 de 15/05/2008, que estabelece práticas de sustentabilidade ambiental nas licitações promovidas pelo Ministério do Meio Ambiente.

A Advocacia-Geral da União quer atuar para tornar obrigatórias as licitações sustentáveis em toda a Administração Pública Federal, através da elaboração de um Parecer Normativo pela Consultoria-Geral da União, com a concordância do Advogado-Geral da União e aprovado pelo Presidente da República.

A existência deste Parecer Normativo dissipará as objeções e impasses hoje encontrados para a adoção integral das licitações sustentáveis, em face de uma suposta limitação legal presente na Lei 8.666/93, à qual alguns incautos ainda se apegam, mesmo sabendo-se que tal limitação não pode estar em confronto com a Constituição Federal que, em seu artigo 225, preconiza o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o dever da Administração em defendê-lo, bem como a despeito de as licitações sustentáveis serem hoje largamente praticadas por órgão públicos, inclusive pelo TCU, bastando para tanto uma justificativa presente no parecer licitatório.

A A3P também busca transformar o meio ambiente de trabalho através de uma série de ações necessárias para a melhoria na qualidade do ambiente de trabalho da AGU. A exemplo de medidas para a diminuição da poluição sonora; área para fumantes; equipamentos que facilitem o acesso para portadores de deficiência física; brigadas de incêndio; ações que promovam o equilíbrio nas relações interpessoais; atividades de integração e movimento, tais como ginástica laboral, oficinas de criatividade, grupos de apoio (anti-tabagismo, alcoolismo, drogas, anti-estresse), cidadania e ética no trabalho.

O último eixo temático é a base fundamental para todas as ações da Agenda Ambiental: cuida-se da educação ambiental e da capacitação

continuada de gestores e servidores públicos, para que, através da formação e informação, seja possível a participação de todos nesse processo de mudança de hábitos e construção de uma nova cultura institucional.

A educação ambiental, essencial para a concretização da Agenda Ambiental, pode ser definida como:

um processo de reconhecimento de valores e clarificações de conceitos, objetivando o desenvolvimento das habilidades e modificando as atitudes em relação ao meio, para entender e apreciar as inter-relações entre os seres humanos, suas culturas e seus meios biofísicos. A educação ambiental também está relacionada com a prática das tomadas de decisões e a ética que conduzem para a melhoria da qualidade de vida.<sup>7</sup>

Definição semelhante a esta também se encontra no art. 1º da Lei nº 9.795/99.

#### 4 OS 5 RS NA AGU E A A3P

A mudança de cultura institucional que se almeja com a adoção da A3P no âmbito da AGU é um processo que necessariamente passa por uma transformação na conduta individual de cada servidor que, multiplicada, contagiará toda a organização.

No nosso ambiente profissional, seja na AGU e/ou no ambiente acadêmico, em casa ou no condomínio, nas associações a que estamos vinculados, podemos mostrar a importância e estimular a adoção da perspectiva ambiental nas atividades diárias.

Os cinco R's<sup>8</sup> que devemos incorporar e praticar podem ser assim definidos, listados numa ordem lógica de aplicação:

---

7 Este conceito é oriundo da I Conferencia Intergovernamental sobre Educação Ambiental, realizada em Tbilisi, na Geórgia (ex-URSS), em 1977. In: NASCIMENTO, Luis Felipe; Lemos, Ângela Denise; Mello, Maria Celina Abreu de. *Gestão Socioambiental Estratégica*. São Paulo: Bookman, 2006. p. 80 e s.

8 DIAS, Genebaldo Freire. *40 contribuições pessoais para a sustentabilidade*. São Paulo: Gaia, 2005. p. 6-12. Almanaque Brasil Socioambiental: uma nova perspectiva para entender a situação do Brasil e a nossa contribuição para a crise planetária. São Paulo: Instituto Socioambiental - ISA, outubro de 2007. p. 398-404.

Repensar: hábitos e atitudes.

Faz parte desse processo a reeducação, por meio de capacitação e formação adequadas dos servidores voltadas à gestão ambiental, bem como o replanejamento das compras e aquisições públicas, que devem levar em conta a variável ecológica e os impactos econômicos, ambientais e sociais positivos por meio do combate ao desperdício, que é um dos pilares da A3P.

Recusar: produtos que agridam a saúde e o ambiente. Essa prática também é chamada de reciclagem.

A substituição desse tipo de produto, além do impacto positivo direto ao meio ambiente, estimula o mercado de produtos sustentáveis e a responsabilidade socioambiental das empresas, quando se dá preferência àquelas que investem em tecnologias limpas na sua produção.

Reduzir: controlar a geração e o descarte de resíduos.

Consumir apenas o necessário, evitando-se o desperdício e gasto desnecessário e irracional de recursos públicos (AGU) e particulares (gastos pessoais com supérfluos).

Reutilizar: aumentar a vida útil do produto, reduzindo, assim, a produção de resíduos que se destinariam à reciclagem ou a aterros sanitários.

Inúmeros materiais podem ter diversas outras utilidades. Podemos desenvolver a cultura da reutilização dentro de nosso próprio ambiente, reaproveitando os materiais em nossas próprias atividades, ou fora, por meio da doação a cooperativas, que podem retornar esse material à cadeia produtiva como produtos artesanais, por exemplo, que poderão inclusive ser reaproveitados pela instituição doadora da “matéria-prima”.

Reciclar: transformar o resíduo num novo produto, reduzindo o consumo de água, energia e matéria-prima, bem como do desmatamento de uma forma geral. Além do benefício ambiental e econômico, promove inclusão social e o associativismo, como é o caso das cooperativas de catadores de materiais recicláveis, gerando renda e emprego, e devolvendo a dignidade para muitos grupos sociais. É fundamental

nessa prática a obtenção e divulgação de informação adequada acerca da reciclabilidade dos diversos tipos de resíduo (domiciliar, comercial, hospitalar, industrial, especial e público) e do procedimento para sua adequada destinação final.

A prática dos 5Rs resume de forma clara e objetiva a mudança de hábitos e de cultura institucional que se busca através da Agenda Ambiental na Administração Pública – A3P. Implica dizer que, ao inserir a perspectiva ambiental nas atividades diárias da AGU, implantando-se a prática dos “5Rs”, a Agenda Ambiental permite que novas atitudes e mentalidade sejam abraçadas por todos os servidores visando à preservação ambiental.

## 5 CONCLUSÕES

Os maus hábitos relacionados ao consumismo e ao desperdício têm direta relação com o excesso de lixo, escassez de água, poluição e crise energética, fatores responsáveis pela atual crise ambiental que ameaça a sobrevivência do homem e de todos os seres vivos no planeta, e a transformação desse estado de coisas passa essencialmente pela mudança de hábitos, que parte da conscientização e educação das pessoas envolvidas no processo.

Destaque-se que certos hábitos, os quais individualmente podem até não gerar grandes reflexos ambientais, quando repetidos, multiplicados, revelam-se terrivelmente danosos ao meio ambiente. Trata-se de chamada “tragédia dos bens comuns”, teoria elaborada por Garrett Hardin, que aponta para a realidade de que “um comportamento que tem sentido no plano individual vem provar, no fim, ser desastroso para a sociedade, quando todos fazem a mesma coisa<sup>9</sup>”. Isso se constata facilmente numa instituição com as dimensões, grande quantidade de servidores e de recursos utilizados, como a AGU.

Conclui-se então que pouco adianta mudar hábitos e atitudes somente de alguns. É nesse sentido que se destaca a visão democrática e participativa que se deve ter ao tratar da Agenda Ambiental:

O momento em que vivemos é de correção de hábitos de desperdício e desatenção. Há a necessidade de motivar os servidores públicos para

---

9 LYNAS, Mark. Seis Graus. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 246 e s.

estarem abertos a mudanças nos procedimentos administrativos. Essa abertura requer a participação de profissionais de todas as áreas, independentemente de cargo ou grau de responsabilidade, em um processo que deve ser encarado com naturalidade e maturidade, pois além de muito dinâmico, está voltado para as exigências da sociedade e sua economia de mercado.

Para que as medidas da Agenda Ambiental se concretizem é fundamental a participação e o engajamento de todos, pois um projeto como este não pode jamais ser realizado contando apenas com a Administração central da AGU, que abraçou esta causa e fez criar a comissão da A3P com a tarefa de concretizar esse projeto institucional, mas que quase nada ou muito pouco pode fazer sem a participação efetiva de todos, ao menos da maioria dos servidores da AGU.

Todos precisam fazer a sua parte, e ser parte neste processo, em que cada vez mais pessoas estejam dispostas a romper as barreiras do individualismo e se integrar nesse projeto que tem como maiores empecilhos a acomodação, a desinformação e o egoísmo, que está por trás do consumismo e do desperdício, da falta de zelo pela natureza, pelas pessoas, pela terra.

São estas as principais causas da atual crise ambiental, na qual se busca intervir através da Agenda Ambiental na Administração Pública – A3P, que insere a Advocacia-Geral da União – AGU neste esforço interinstitucional de preservação do meio ambiente e promoção da sadia qualidade de vida para as presentes e futuras gerações, em cumprimento ao disposto no art. 225, da Carta Cidadã, que em última instância significa se importar com os outros habitantes da terra e cada um fazer a sua parte para salvar o planeta.

## 6 REFERÊNCIAS

*Agenda Ambiental na Administração Pública (A3P)*. 4. ed. Brasília: MMA – Secretaria de Articulação Institucional e Cidadania Ambiental e Departamento de Cidadania e Responsabilidade Socioambiental, 2007.

*Almanaque Brasil Socioambiental: uma nova perspectiva para entender a situação do Brasil e a nossa contribuição para a crise planetária*. São Paulo: Instituto Socioambiental - ISA, outubro de 2007.

ATTALI, Jacques. *Uma breve história do futuro*. São Paulo: Novo Século. 2008.

DIAS, Genebaldo Freire. *Educação e Gestão Ambiental*. São Paulo: Gaia. 2006.

\_\_\_\_\_. *40 contribuições pessoais para a sustentabilidade*. São Paulo: Gaia. 2005.

DIXON, Patrick. *Sabedoria do futuro: as seis faces da mudança global*. Rio de Janeiro: Best Seller, 2007.

LYNAS, Mark. *Seis Graus*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

*O que é o Programa Agenda Ambiental na Administração Pública?* Disponível em:<[http://ambientes.ambientebrasil.com.br/gestao/agenda\\_ambiental/agenda\\_ambiental\\_na\\_administracao\\_publica\\_\(a3p\).html](http://ambientes.ambientebrasil.com.br/gestao/agenda_ambiental/agenda_ambiental_na_administracao_publica_(a3p).html)> Fonte: mma;

NASCIMENTO, Luis Felipe; LEMOS, Ângela Denise; MELLO, Maria Celina Abreu de. *Gestão Socioambiental Estratégica*. São Paulo: Bookman, 2006.



# ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO-JUIZ NA FRANÇA E EM PORTUGAL E A INTERJUSFUNDAMENTALIDADE

*anotação ao acórdão 295831, do conselho de  
estado francês, 5<sup>a</sup> e 4<sup>a</sup> sub-seções reunidas, de 18  
de junho de 2008<sup>1</sup>*

*Sibele Regina Luz Grecco  
Procuradora Federal*

Sumário: Introdução; 1 O caso; 2 Responsabilidade civil do Estado e direitos fundamentais; 3 Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional; 4 Responsabilidade civil do Estado pelo conteúdo da decisão jurisdicional; 4.1 Regime da responsabilidade civil do Estado pelo conteúdo da decisão jurisdicional vigente na França; 4.1.1 A falta grave; 4.1.2 A ausência de coisa julgada; 5 A exceção à ausência de coisa julgada como novo elemento trazido pelo acórdão Gestas; 6 A questão da coisa julgada e a responsabilidade do Estado pelo conteúdo da decisão jurisdicional em Portugal; 7 A falta grave e a violação suficientemente caracterizada do direito comunitário; 8. A dispensa do prévio esgotamento dos recursos; 9 Conclusão; 10 Referências.

---

<sup>1</sup> Trabalho apresentado na disciplina de Jurisprudência do Direito Constitucional I, do Mestrado em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ano 2008/2009. Professor Doutor JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO

**RESUMO:** Este artigo analisa aspectos da responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional, tanto em razão da inobservância da duração razoável do processo, como pelo conteúdo mesmo da decisão judicial. Com base numa recente decisão do Conselho de Estado francês, procura-se mostrar a influência que os tribunais internacionais e supra-nacionais, como o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, vêm exercendo sobre o ordenamento jurídico nacional de países que aceitaram submeter-se a essas jurisdições, enfocando especificamente os casos de França e Portugal.

**PALAVRAS-CHAVE:** responsabilidade civil do Estado-juiz, duração razoável do processo, erro judiciário, dano, indenização, falta grave, coisa julgada, França, Portugal, direito comunitário, Convenção Europeia dos Direitos do Homem, interjusfundamentalidade.

**ABSTRACT:** This paper addresses some aspects of State liability for judicial decisions, not only regarding the reasonable length of the proceedings before courts, but also the decision in itself. Based on a recent ruling from the French Conseil d'État, this article intends to enlighten the influence of international and supranational courts, such as the European Court of Human Rights and the European Court of Justice, on national legal systems of countries which have accepted those Courts jurisdiction, emphasizing specifically the French and Portuguese cases.

**KEYWORDS:** State liability for judicial decisions, reasonable length of the proceedings before courts, damage, award, faute lourde, res judicata, European Community law, European Convention on Human Rights, fundamental rights in multilevel constitutionalism.

## INTRODUÇÃO

Não é de hoje que se discute o tema da responsabilidade civil do Estado-juiz. No entanto, ainda há muitas reticências dos tribunais em aceitá-la e aplicá-la. Além disso, as relações entre os ordenamentos jurídicos nacionais e outros ordenamentos de caráter internacional e supranacional trazem novos problemas que demandam novas reflexões.

Em decisão de 18 de Junho de 2008, o Conselho de Estado francês julgou processo em que se pretendia o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado no exercício da sua função jurisdicional. Nesse processo, além de se imputar responsabilidade ao Estado por danos decorrentes da violação do direito à duração razoável do processo, ocorrida em processo anterior, buscava-se também a responsabilização do Estado em razão de lesão alegadamente causada pelo próprio conteúdo da decisão jurisdicional (erro judiciário).

Assim, o acórdão do Conselho de Estado francês nos convida ao exame dessas duas facetas da responsabilidade civil do Estado-juiz: a responsabilidade pelo mau funcionamento do serviço da justiça e pela atividade jurisdicional propriamente dita, com foco nos processos de natureza não criminal, sobretudo no que diz respeito às influências do direito europeu e do direito comunitário na interpretação feita pelos tribunais nacionais nessa matéria.

Por outro lado, tendo em vista recente modificação da legislação portuguesa relativa à responsabilidade civil do Estado, com o advento da Lei nº 67, de 31 de Dezembro de 2007, o acórdão também servirá de pretexto para a formulação de algumas observações acerca de possíveis problemas que o tratamento dado pela lei à responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional poderá colocar diante dos tribunais portugueses.

### 1 O CASO

Em 1985, o Sr. Robert Gestas ajuizou demanda junto ao Tribunal Administrativo de Pau requerendo a anulação de decisões administrativas que lhe recusaram indenização por perda de emprego (de professor em escola pública secundária), reconstituição de carreira, afetação a um posto de mestre-auxiliar para o período letivo 1984-1985,

além de um benefício previsto no decreto nº 84-179, de 15 de Março de 1984. Exceto por este último, os pedidos foram julgados procedentes em 24-06-1986. Houve recursos do ministro da Educação, rejeitados em 29-12-1997 pelo Conselho de Estado. Posteriormente, o Sr. Gestas pediu ao Conselho de Estado que determinasse ao ministro da Educação a execução do julgado, por considerar que a Administração não havia cumprido integralmente a decisão judicial. Esse pedido foi rejeitado em 03-07-2002, uma vez que o Conselho constatou o pagamento em 29-01-2001 e que o licenciamento do Sr. Gestas a partir de 01-09-1985 tinha sido legal, portanto a condenação ficava limitada ao período 1984-1985, não sendo nada mais devido pela Administração a partir de 31-08-1985. Diante da decisão, o autor fez um pedido de retificação de erro material, alegando que o tribunal administrativo, cuja decisão fora confirmada pelo Conselho de Estado em 1997, havia considerado ilegal o seu licenciamento a partir de 01-09-1985. Por uma decisão de 19-11-2003, o Conselho de Estado negou o pedido, entendendo que se tratava de discussão de uma situação de direito e não de simples erro material.<sup>2</sup>

Tendo em vista o longo período transcorrido entre o ajuizamento do processo e a execução da decisão judicial, bem como a rejeição dos pedidos de prosseguimento da execução e retificação de erro material, o Sr. Gestas requereu ao Conselho de Estado, em novo processo, que o Estado lhe indenizasse por prejuízos causados pela demora do processo anterior, bem como, em razão de alegada *falta grave*<sup>3</sup> cometida pelo Conselho de Estado ao rejeitar os pedidos de prosseguimento da execução e de correção de erro material.

## 2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E DIREITOS FUNDAMENTAIS.

A ação de responsabilidade é um meio de defesa jurisdicional dos direitos fundamentais. Como assinalam Gomes Canotilho e Vital Moreira, trata-se de um “direito de defesa, legitimador das pretensões indemnizatórias, contra a violação de direitos, liberdades e garantias

---

2 Cf. Conclusões da comissão do governo atuando no caso, Catherine de SALINS. RFDA, nº 4, 2008.

3 Em francês, «faute lourde». A configuração de uma «faute lourde» é exigida pelo direito francês como requisito para que possa ser reconhecida a responsabilidade civil do Estado em razão do conteúdo de uma decisão jurisdicional. Nesse trabalho, utilizaremos a expressão «falta grave», embora numa tradução literal «faute» possa ser traduzida como «falta» ou «culpa» e «lourde» significa «pesada». Encontramos também no dicionário (Porto Editora) uma tradução de «faute lourde» como «erro grosseiro». Adiante esse conceito será melhor explicitado.

dos cidadãos”<sup>4</sup>. Na Constituição portuguesa, a responsabilidade civil do Estado está situada entre os princípios gerais referentes a direitos fundamentais, por isso alguns entendem que não se trata de um verdadeiro direito fundamental, mas sim um princípio-garantia ou garantia institucional. No entanto, não se pode negar que tem também uma dimensão subjetiva, na medida em que é assegurado o direito à reparação de danos causados por ações ou omissões pelos titulares de órgãos, funcionários e agentes do Estado e demais entidades públicas<sup>5</sup>.

### **3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA DEMORA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.**

O acórdão em análise do Conselho de Estado francês reconhece o direito dos jurisdicionados à duração razoável do processo, afirmando que esse direito decorre de “princípios gerais que governam o funcionamento das jurisdições administrativas”. Isso porque, na França, o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado pela demora excessiva na prestação jurisdicional não decorre de uma disposição expressa de lei, mas trata-se de uma construção jurisprudencial. A lei 72-626 de 5 de julho de 1972, que prevê a obrigação de o Estado reparar o dano pelo funcionamento defeituoso do serviço público da justiça, diz respeito apenas à jurisdição judiciária, que na França (assim como em Portugal) é separada da jurisdição administrativa.

Após reiteradas condenações do Estado francês pelo Tribunal Europeu de Direitos do Homem, o Conselho de Estado francês reconheceu no caso *Magiera*, de 28 de junho 2002, que depois se tornou paradigma para decisões subsequentes, a responsabilidade civil do Estado pela violação do direito à duração razoável do processo perante a jurisdição administrativa. Nessa decisão, o Conselho de Estado invoca os artigos 6º, nº 1 e 13 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH). O primeiro dispositivo reconhece o direito ao exame da causa num prazo razoável, ao passo que o segundo diz respeito ao direito a um recurso efetivo perante a instância nacional contra as violações de direitos reconhecidos pela Convenção. Assim, de acordo com a CEDH, as partes têm direito à razoável duração do processo, direito este que deve

---

4 Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. 1, 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 425.

5 CANOTILHO, op. cit., p. 428. No mesmo sentido, MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra, 2005. p. 212.

ser instrumentalizado pela jurisdição interna de cada país signatário da Convenção. Foi o que fez o Conselho de Estado francês no caso Magiera, ao afirmar o direito à duração razoável do processo como um princípio geral da jurisdição administrativa, reconhecendo a responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes da violação desse direito. Dessa forma, o Conselho criou uma exceção ao anterior entendimento firmado no acórdão Darmont, pelo qual a responsabilidade civil do Estado no exercício da função jurisdicional somente poderia ser reconhecida na presença de falta grave, como veremos adiante, passando a admitir a responsabilização por falta simples<sup>6</sup>.

À luz da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos do Homem (TEDH), tem sido considerado razoável uma duração média do processo de 3 anos na primeira instância e uma duração global de 4 a 6 anos<sup>7</sup>. Esses prazos podem ser ainda reduzidos, conforme circunstâncias especiais<sup>8</sup>. Esse prazo global deve levar em conta não só a data da decisão final, mas a data em que o direito reconhecido em juízo tornou-se efetivo<sup>9</sup>.

Nota-se, assim, a influência do TEDH sobre as decisões do Conselho de Estado, pois este também considera, como se observa no caso sob exame, para fins de verificação do prazo razoável, o tempo transcorrido desde o ajuizamento da ação até a execução da decisão final pelo órgão administrativo demandado. Além disso, o Conselho de Estado francês vem considerando que há violação do direito ao prazo razoável em processos cuja duração seja superior a 4 anos quando não há nenhum fator de retardamento externo ao funcionamento da

---

6 Cf. POUYAUD, Dominique. *La responsabilité du fait du contenu d'une décision juridictionnelle*. RFDA, nº 6, 2008. p. 1179.

7 Cf. FONSECA, Celeste M. *Violação do prazo razoável e reparação do dano: quantas novidades, mamma mia!* In: *Justiça Administrativa*, nº 72, 2008, p. 46.

8 Samuel Miranda ARRUDA critica a utilização do tempo médio de duração de processos de uma determinada natureza como critério para aferir se houve violação do direito fundamental à razoável duração do processo, ponderando que a identificação de qualquer período de tempo como razoável não escapará de uma «discricionariedade abusiva». Para esse autor, o legislador não deve criar tabelas de tempo «que esgotem inteiramente o conceito de razoabilidade», pois seriam critérios abusivos. Além disso, a tramitação de um processo em prazo razoável não é apenas a que se dá dentro dos prazos de direito processual previstos em lei ordinária, pois isto seria o mesmo que dar status constitucional a esses prazos, criando um «direito fundamental ao cumprimento dos prazos» (ARRUDA, Samuel Miranda. *O Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 289-291).

9 Cf. BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2005.

máquina judicial<sup>10</sup>. O caso concreto não oferece dificuldades, uma vez que a solução do litígio demorou mais de 15 anos. Entretanto, em qualquer hipótese, há que se levar em conta critérios outros além do tempo de duração do processo para saber se foi respeitado o direito à razoável duração do processo. No caso em tela, são especificamente mencionadas a ausência de complexidade do litígio e a importância da questão para a situação profissional do interessado. Para além desses critérios, o Tribunal de Estrasburgo considera que devem ser levados em conta a natureza do processo e o comportamento processual do requerente e das autoridades competentes. Deve-se destacar que os processos envolvendo questões laborais são considerados pelo TEDH como processos cuja importância demanda uma maior celeridade<sup>11</sup>.

A violação do direito à duração razoável do processo pode acarretar o dever de indenizar tanto pelo prejuízo moral como por prejuízos materiais. Em relação ao dano de natureza moral, tem-se entendido tanto no Conselho de Estado como no TEDH que este é presumido e não precisa ter especial gravidade. Já os danos materiais devem ser devidamente comprovados. Desse modo, considerando que não foram comprovados os danos de ordem material alegados pelo autor, o Conselho de Estado atribuiu 14.000 euros a título de prejuízo moral.

Observa-se, assim, que se encontra já sedimentada a jurisprudência do Conselho de Estado francês no que diz respeito ao direito à indenização por danos morais decorrentes da demora dos processos, considerando-se para tal fim uma duração média de 4 anos, que, se ultrapassada, dá ensejo à indenização, a menos que haja prova contrária que possa afastar a presunção do dano moral. Somente prejuízos extraordinários alegados devem ser comprovados para o fim de elevar o valor da indenização. As indenizações são fixadas de acordo com o número de anos de duração do litígio excedente da média<sup>12</sup>,

---

10 Cf. SALINS, op. cit., p. 756

11 Segundo o TEDH, as causas em que deve haver uma maior celeridade são, em ordem decrescente, as seguintes: causas penais, matéria de estado e capacidade das pessoas, as causas laborais e de segurança social e, por fim, as demais. (Cf. ARRUDA, op. cit., p., 234).

12 Samuel Miranda ARRUDA classifica de “fácil e simplória” a solução que considera razoável o tempo médio de tramitação dos processos de uma determinada categoria. Segundo o autor, esse tipo de entendimento abre espaço para que se considere válido um prazo excessivo numa situação em que todos os processos tem uma tramitação demasiadamente lenta devido a uma falência estrutural do sistema judiciário, o que poderia, inclusive, levar ao esvaziamento total do direito fundamental ao prazo razoável. Além disso, o direito ao prazo razoável «não é um mero subdireito da igualdade; na verdade, não se visa a garantir um

conforme se depreende das conclusões da comissão do governo emitidas no presente caso<sup>13</sup>. Assim, o Conselho de Estado apenas refere que o montante de 14.000 euros faz «uma justa apreciação do prejuízo moral sofrido», sem adicionar outros fundamentos.

Diversamente da França, em Portugal, o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado por demora na solução do processo ainda suscita alguma controvérsia. O direito à solução dos litígios em prazo razoável foi reconhecido expressamente pela Constituição portuguesa no artigo 20, n.º 4, por ocasião da reforma operada pela Lei Constitucional de 1997. No plano infraconstitucional, a nova lei sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado e entidades públicas, Lei n.º 67/2007, inovou em matéria de responsabilidade civil do Estado<sup>14</sup> ao prever a responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional nos seus artigos 12.º a 14.º, incluindo-se aí os “danos ilícitamente causados pela administração da justiça”, destacando a lei a “violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável”.

Em recente acórdão, o Supremo Tribunal Administrativo português, reformando decisão do Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto, reconheceu a existência do dano moral alegadamente sofrido pela demora na solução de um processo independentemente de comprovação, sob o argumento de que este se equipara ao fato notório<sup>15</sup>. Nessa decisão, que não foi tomada com base na Lei n.º 67/2007, por envolver fatos anteriores a ela, percebe-se claramente a influência da jurisprudência do TEDH, a exemplo do que ocorre na França. E, apesar de a Lei n.º 67/2007 ter previsto a responsabilidade civil do Estado no exercício da função jurisdicional pela violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável, é provável que esta influência do TEDH perdurará, uma vez que na lei não são estabelecidos parâmetros de aferição da razoabilidade do prazo nem para fixação da indenização.

---

tempo equivalente de tramitação de processos análogos, mas sim um tempo adequado de tramitação». (294) Por outro lado, o autor ainda considera que é difícil avaliar o tempo médio de tramitação de um processo, pois podem ocorrer distorções tanto pela inclusão de processos extraordinariamente rápidos ou lentos no cálculo da média de tempo. Assim, conclui, «o tempo de tramitação dos processos pode não ser razoável mesmo considerando que todos os demais processos semelhantes tramitaram em período de tempo idêntico. Op. cit, p. 294-296.

13 SALINS, op., cit., p. 757.

14 Entretanto, mesmo antes da Lei n.º 67/2007, doutrina e jurisprudência já admitiam responsabilizar civilmente o Estado por danos causados em virtude da demora excessiva de um processo. A doutrina majoritária entende que o artigo 22.º da CRP ao prever a responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas não exclui a possibilidade de responsabilização por danos decorrentes do exercício das funções jurisdicional e legislativa.

Na Itália, por exemplo, houve uma tentativa de adequação à jurisprudência do TEDH nessa matéria por meio de imposição legislativa. A chamada Lei Pinto buscou estabelecer para todas as jurisdições italianas um mecanismo efetivo de proteção do direito à decisão judicial em prazo razoável, mas o TEDH veio a considerar insuficientes as reparações às vítimas fixadas pela justiça italiana, tendo em vista serem muito inferiores ao usualmente fixado pelo TEDH. Com isso, os tribunais italianos passaram a interpretar a Lei Pinto de acordo com os parâmetros europeus, tanto em relação ao *quantum* das indenizações, como no que respeita aos pressupostos do dano<sup>16</sup>. Essa mesma influência do TEDH nota-se em Portugal e na França, sendo que neste último país, como deixa transparecer o acórdão do Conselho de Estado em estudo, parece não haver mais qualquer discrepância entre as decisões da justiça administrativa francesa e a orientação do TEDH.

Existe, pois, um diálogo entre os tribunais nacionais e o TEDH, que atua tanto na ausência de parâmetros legais em que o juiz nacional possa se pautar para dar cumprimento ao artigo 6º/1 da CEDH, como quando as leis nacionais tentam fixar esses parâmetros, lembrando que o TEDH fixa parâmetros mínimos a serem observados necessariamente pelos países partes.<sup>17</sup>

Por fim, resta uma última observação quanto à competência para o julgamento de demandas visando à responsabilização do Estado pela demora na prestação jurisdicional. Enquanto em Portugal, a competência é dos tribunais da jurisdição administrativa (art. 4º, 1, g, do ETAF), na França a competência foi diretamente atribuída ao Conselho de Estado por um Decreto de 2005. Essa última parece ter sido uma solução mais adequada para evitar nova demora, desta feita justamente no processo em que se reclama pela demora em feito anterior.

---

15 Ac. STA, de 9-10-2008, p. 319/08.

16 FONSECA, op. cit., p. 40-42.

17 Como muito propriamente observa Samuel Miranda ARRUDA, “É insofismável a influência que o direito internacional dos direitos do homem passou a ter sobre o direito nacional a partir da proliferação de cortes supranacionais de acesso direto aos cidadãos. Os parâmetros lá firmados representam standards mínimos, que o direito nacional pode detalhar e aperfeiçoar, mas não deve descumprir, sob pena de ocasionar a responsabilização internacional do Estado. É certo que algumas peculiaridades do direito nacional podem exigir o desenvolvimento de formas próprias de aferição da razoabilidade temporal, mas isto não infirma a validade dos critérios supranacionais.” Op. cit, p. 296.

#### 4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELO CONTEÚDO DA DECISÃO JURISDICIONAL.

A aceitação da responsabilidade civil do Estado por danos causados a uma das partes em razão do conteúdo de uma decisão jurisdicional apresenta muito mais dificuldades em comparação com a responsabilidade civil pela demora do processo. Isso porque a demora do processo diz respeito ao funcionamento do serviço da Justiça, assemelhando-se à responsabilidade civil do Estado no exercício da função administrativa. Já a responsabilidade pelo conteúdo da decisão jurisdicional é polêmica, em razão das especificidades dos atos decisórios dos juízes. Contudo, essa dificuldade que se vê ainda nos dias atuais em reconhecer a responsabilidade civil por dano causado em razão de uma decisão judicial errônea verifica-se nos processos que não envolvam questões penais. No campo do direito penal, há muito se admitem indenizações a pessoas condenadas injustamente, presas ilegalmente ou que permaneçam presas além do tempo fixado pela condenação, pois nesses casos, pela gravidade dos bens jurídicos atingidos, liberdade e honra, se justificaria a reparação. Note-se que sequer se põe o problema da coisa julgada na esfera criminal, dado que os ordenamentos jurídicos modernos não costumam prever prazo para a propositura da ação de revisão criminal. Contrariamente, na esfera cível, uma vez tornada definitiva a decisão jurisdicional e não sendo mais passível de qualquer revisão, o decidido torna-se lei entre as partes, ainda que o conteúdo da decisão tenha partido de premissas fáticas que não correspondam à verdade material. Entende-se que, nesses casos, ainda que a sentença não tenha feito a devida justiça, o Estado não pode ser responsabilizado. Os argumentos esgrimidos para afastar a responsabilidade do Estado por eventuais danos causados por sentenças errôneas são vários. Uma justificativa muito usada, mas já superada, era a de que os atos praticados pelo juiz eram atos de soberania do Estado e, assim, não poderiam ser questionados a ponto de gerar a responsabilização do Estado. Entretanto, opõe-se a este óbice o fato de que a soberania é do Estado e não do Poder Judiciário e, além disso, tal argumento serviria também para afastar a responsabilidade do Estado por atos do Poder Legislativo ou mesmo do Poder Executivo<sup>18</sup>. De qualquer modo, a soberania estatal não seria incompatível com a ideia de responsabilidade, não desobrigando o Estado a indenizar pelos prejuízos por ele causados<sup>19</sup>. Outro argumento

18 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 258.

19 SÉ, Sento *apud* CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 507.

é o da independência dos juízes, que restaria abalada pela possibilidade de reconhecimento da responsabilidade civil do Estado em função do conteúdo dos atos decisórios jurisdicionais. Pode-se contra-argumentar, nesse caso, que sendo responsabilizado apenas o Estado e não o juiz, sem possibilidade de ação de regresso do primeiro contra este último, não haveria fragilização da independência do juiz.

Atualmente, em vários países, tem sido admitida a responsabilidade civil do Estado pelo conteúdo das decisões jurisdicionais em algumas hipóteses, tanto em processos criminais como em processos cíveis. Com efeito, não há justificativa para que assim não seja, tendo em vista que “o ato estatal praticado através do juiz não se distingue ontologicamente das demais atividades do Estado”<sup>20</sup>, de sorte que não há como sustentar a irresponsabilidade em relação às decisões judiciais.

Em Portugal, a nova Lei n° 67/2007 prevê no seu artigo 13°, n° 1, um regime específico de responsabilidade do Estado para os casos de erro judiciário que não digam respeito a sentença penal condenatória injusta e prisão ilegal ou inconstitucional, para os quais já existia um regime especial previsto no Código de Processo Penal. A lei considera que há erro judiciário passível de desencadear a responsabilidade do Estado quando houver na decisão jurisdicional manifesta inconstitucionalidade ou ilegalidade, ou ainda erro grosseiro em relação à apreciação dos seus pressupostos de fato, dos quais decorra dano ao jurisdicionado. Todavia, não há que falar em responsabilidade quando houver revisão da decisão jurisdicional por fato superveniente ou quando houver mudança de jurisprudência.

#### 4.1 REGIME DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELO CONTEÚDO DA DECISÃO JURISDICIONAL VIGENTE NA FRANÇA.

Na França, admite-se, pelo menos em tese, a responsabilidade civil do Estado pelo conteúdo das decisões jurisdicionais. Trata-se de construção pretoriana, uma vez que a já citada Lei 72-626/1972,

---

20 Cf. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de *apud* CAHALI, Yussef Said, *op. cit.*, p. 471. Não obstante, no Brasil, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, fundado na concepção de que o Judiciário é um poder soberano, somente aceita a responsabilidade civil do Estado pelo conteúdo da decisão jurisdicional em hipóteses muito restritas. No processo penal, admite-a nos casos de erro judicial e no processo civil, somente nas hipóteses em que é admitida a responsabilidade civil do juiz, previstas no art. 133 do Código de Processo Civil, quais sejam, quando o juiz proceder com dolo ou fraude ou se recusar, omitir ou retardar providências a seu cargo.

aplicável à jurisdição judiciária, a qual prevê no seu artigo 11 a obrigação de o Estado reparar o dano causado pelo funcionamento defeituoso do serviço da justiça, foi interpretada pela Corte de Cassação de modo a abranger também o conteúdo das decisões jurisdicionais e não apenas o andamento dos processos. No âmbito da jurisdição administrativa, o Conselho de Estado reconheceu pela primeira vez a possibilidade de responsabilizar o Estado pelo mau funcionamento da Justiça no acórdão Darmont, de 29-12-1978. Com base no artigo L. 141-1 do Código de Organização Judiciária (“*O Estado deve reparar o dano causado pelo funcionamento defeituoso do serviço da justiça. Salvo disposições particulares, essa responsabilidade não é levada a cabo a não ser por uma falta grave ou uma denegação de justiça*”), que reproduz o texto do artigo 11 da Lei 72-626/1972, o Conselho de Estado entendeu que os «princípios gerais de responsabilidade do poder público», aliados à configuração de uma *faute lourde*, conduziram à obrigação de reparar o dano causado pelo conteúdo de uma decisão jurisdicional, exceto quando esta esteja acobertada pela autoridade da *coisa julgada*.

#### 4.1.1 A FALTA GRAVE

A «*faute lourde*», que aqui traduziremos como «falta grave», é um conceito que os doutrinadores admitem ser de difícil definição.

Inicialmente, a falta grave foi definida como «aquela cometida sob a influência de um erro tão grosseiro que um magistrado normalmente cuidadoso dos seus deveres não teria sido levado por ele», «violações graves e indesculpáveis dos deveres essenciais do juiz no exercício de suas funções» e, por vezes, considerou-se também a intenção de lesar e a má-fé<sup>21</sup>.

Posteriormente, a Corte de cassação passou a adotar um critério objetivo, considerando falta grave «toda deficiência caracterizada por um fato ou uma série de fatos traduzindo a inaptidão do serviço público da justiça a cumprir a missão da qual ele é investido»<sup>22</sup>.

No que tange à jurisdição administrativa, até 1962 os tribunais administrativos franceses aplicavam diversas gradações de

---

21 CANIVET, Guy ; JOLY-HURARD, Julie. *La responsabilité des juges, ici et ailleurs*. RIDC, nº 4, 2006, p. 1067 e segs.

22 Ibidem.

responsabilidade, reconhecendo a existência de vários tipos de «falta». Com o caso Husson-Chiffre, passou-se a adotar um padrão dualista da falta, dividindo-se esta em *faute lourde* e *faute simple*<sup>23</sup>.

Costuma-se definir a falta grave como uma falta especialmente séria, o que não diz muita coisa. Alain SEBAN *apud* Duncan FAIRGRIEVE sublinha a natureza flagrante da falta, observando que a falta grave pressupõe uma operação gravemente deficiente de um serviço público, de modo que salta aos olhos quando se está diante dela mesmo quando se trata de uma atividade de natureza altamente técnica<sup>24</sup>.

A falta grave pode consistir não só numa ação suficientemente negligente, mas também em decisões contrárias à lei. Essa ilegalidade, porém, deve ser séria, tomando-se em conta a motivação e a dificuldade da autoridade para emitir a decisão. A repetição da ilegalidade também pode vir a ser considerada uma falta grave<sup>25</sup>.

Existe uma discussão na doutrina francesa sobre se o regime da falta grave deve ser mantido ou não<sup>26</sup>. No entanto, ainda se considera que a falta grave é exigida quando se trata da função jurisdicional, em razão das suas especificidades, pois se trata de uma atividade de controle sobre outros. Na atividade jurisdicional a falta simples não seria adequada, uma vez que implicaria em tornar sancionável a mera reforma de uma decisão jurisdicional pela instância superior. Isso não é aceitável, pois a reforma de uma decisão pelo tribunal superior não traduz necessariamente uma falta sancionável, pois na maioria dos casos a instância inferior fez apenas uma interpretação razoável do direito<sup>27</sup>.

#### 4.1.2. A AUSÊNCIA DE COISA JULGADA

A coisa julgada não é uma construção dogmática destituída de sentido. Subjacente a ela está o valor segurança jurídica, pois as decisões judiciais não poderiam ficar indefinidamente à mercê de revisibilidade.

23 Cf. FAIRGRIEVE, Duncan. *State liability in tort: a comparative law study*. Oxford, 2003. p. 106-113.

24 *Ibidem*, p. 113-114.

25 *Ibidem*.

26 A favor da manutenção da falta grave e procurando fazer uma sistematização das hipóteses em que ela deve ser exigida, v. CHAVRIER, Géraldine. *Essai de justification et de conceptualisation de la faute lourde*. AJDA, nº 20, 2003.

27 SCHWARTZ, Rémy. *Conclusions sur Mme. Popin*. AJDA, nº 12, 2004. p. 675.

Assim, faz sentido a interpretação adotada pelo Conselho de Estado francês desde o acórdão Darmont no sentido de exigir a ausência de coisa julgada para que possa ser reconhecida a responsabilidade do Estado pelo conteúdo de uma decisão jurisdicional.

Em Portugal não é diferente da França quanto ao requisito da ausência de coisa julgada, visto que a Lei nº 67/2007 exige no seu artigo 13º, nº 2, a prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente. Desse modo, somente é possível a reparação do dano causado pelo conteúdo da decisão judicial errônea quando a manifesta contrariedade à constituição ou à lei ou o erro grosseiro sobre os pressupostos de fato tiver sido reconhecido pela instância recursal, sendo inviável em relação a uma decisão definitiva, acobertada pela coisa julgada.

#### **5 A EXCEÇÃO À AUSÊNCIA DE COISA JULGADA COMO NOVO ELEMENTO TRAZIDO PELO ACÓRDÃO GESTAS**

Na ação de responsabilidade decidida pelo acórdão em comento, o autor sustentou o cometimento de faltas graves pelo Conselho de Estado nas decisões de 3 de Julho de 2002 e de 19 de Novembro de 2003, que deram por cumprida a decisão de 1997. A falta grave estaria em considerarem legal o licenciamento do autor para o período letivo 1985-1986, contrariando, segundo o autor, o que havia sido estabelecido pela decisão de 1997. O autor invocou ainda um acordo-quadro de 18 de Março 1999 sobre trabalho de duração determinada, que impediria sua dispensa, para sustentar que essas decisões de 2002 e 2003 violaram o direito comunitário.

O acórdão não reconheceu a alegada violação do direito comunitário, visto que a legislação comunitária invocada é posterior à relação de trabalho. Apesar disso, admitiu, em tese, uma exceção ao princípio de que não pode haver responsabilidade do Estado pelo conteúdo da decisão jurisdicional definitiva, coberta pela autoridade da coisa julgada: quando houver manifesta violação de regra do direito comunitário que tenha por objeto conferir direitos aos particulares. Assim, de acordo com a nova orientação do Conselho de Estado, é possível haver responsabilidade pelo conteúdo de uma decisão jurisdicional, ainda que haja coisa julgada, se do conteúdo da decisão jurisdicional resultar violação de regra do direito comunitário que tenha por objeto conferir direitos aos particulares.

Portanto, no acórdão Gestas, o Conselho de Estado desvia-se da sua jurisprudência consolidada desde o aresto Darmont e admite uma hipótese de responsabilidade pelo conteúdo da decisão jurisdicional, mesmo que se trate de uma decisão definitiva, de última instância. Trata-se, na verdade, da conformação de sua jurisprudência à do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE). Segundo o TJCE, os Estados membros devem reparar os danos causados aos particulares por violações do direito comunitário. O princípio da responsabilidade dos Estados membros por danos causados aos particulares pelas violações do direito comunitário foi reconhecido pelo TJCE inicialmente em relação às funções administrativa e legislativa. Com o acórdão Köbler<sup>28</sup>, o TJCE admite pela primeira vez a aplicação do princípio também à função judiciária, mesmo que a violação do direito comunitário seja decorrente de decisão de uma jurisdição de última instância. Em relação à alegação dos governos de contrariedade à *res judicata*, o TJCE contrargumenta que a ação de responsabilidade não implica necessariamente revisão da decisão judicial danosa, mas tão somente a obrigatoriedade de ressarcimento do dano, exigida pelo direito comunitário<sup>29</sup>. Quanto às objeções levantadas em relação ao abalo que sofreriam a independência e a autoridade do juiz, o TJCE contrapõe que a responsabilidade do Estado não implica a responsabilidade pessoal do juiz e que a abertura de uma via na ordem jurídica possibilitando ressarcimento de danos causados por uma decisão judicial também poderia ser considerada positiva, reforçando a autoridade do poder judicial<sup>30</sup>.

## 6 A QUESTÃO DA COISA JULGADA E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELO CONTEÚDO DA DECISÃO JURISDICIONAL EM PORTUGAL

A nova lei portuguesa, no que tange à responsabilidade civil do Estado-juiz não contemplou dentre as hipóteses de responsabilidade por erro judiciário a violação do direito comunitário. Com efeito, o artigo 13º da Lei nº 67/2007 refere os danos causados por “decisões jurisdicionais manifestamente inconstitucionais ou ilegais ou injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto”. No entanto, Carlos Alberto Fernandes CADILHA sustenta que, apesar

28 TJCE, C-224/01, de 30-09-2003.

29 Acórdão Köbler, considerando 39.

30 Acórdão Köbler, considerando 43.

de não ter sido expressamente referido pela lei, o erro judiciário pode ter origem no incumprimento do direito comunitário, tendo em vista o princípio do primado do direito da União Europeia, em decorrência do qual as normas comunitárias que regulam diretamente a situação dos particulares devem ser aplicadas pelo juiz nacional, ainda que impliquem no afastamento de disposições do ordenamento jurídico nacional<sup>31</sup>.

Por outro lado, há quem sustente que a violação do direito comunitário estaria abarcada pela hipótese da manifesta inconstitucionalidade da decisão. Nesse sentido, Carla Amado GOMES aventa duas possibilidades: ou se considera a desconformidade com o direito comunitário como incluída num conceito amplo de inconstitucionalidade (indirecta) ou de ilegalidade (*sui generis*), ou se considera como implícita na lei, simplesmente, face à vinculação do legislador em razão da participação na União Europeia e da necessidade de proteção dos cidadãos contra a violação do direito comunitário<sup>32</sup>.

Admitida a violação do direito comunitário como hipótese de erro judiciário contemplada pela lei portuguesa, surge a questão de saber se a exigência legal da prévia revogação da decisão jurisdicional feita pelo nº 2 do artigo 13 seria compatível com a jurisprudência do TJCE.

A necessidade de prévia revogação da decisão significa que o reconhecimento do erro judiciário não será feito na ação de responsabilidade, mas dentro do próprio processo judicial onde ocorreu o erro. Ora, isso não é possível se já tiver havido o trânsito em julgado da decisão viciada.

Assim, diante da afirmação da responsabilidade civil dos Estados membros por violação do direito comunitário quando no exercício da função jurisdicional, seria possível, no direito português, o reconhecimento da responsabilidade civil pelo conteúdo de uma decisão acobertada pela autoridade da coisa julgada?

Para Carlos Alberto Fernandes Cadilha, se o erro judiciário consistir na violação do direito comunitário em situação similar à

---

31 CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 213.

32 GOMES, Carla Amado. *As novas responsabilidades dos Tribunais Administrativos na aplicação da lei 67/2007, de 31 de dezembro*: primeiras impressões. Lisboa: AADFL, 2008. p. 116.

tratada no acórdão Köbler, isto é, for cometido por um tribunal decidindo em última instância, a prévia revogação não seria aplicável, tendo em vista que este tribunal deveria ter suscitado o reenvio prejudicial e, se não o fez, o incumprimento do direito comunitário lhe é diretamente imputável, não havendo instância superior que possa revogar essa decisão<sup>33</sup>. Esse autor sugere, assim, uma exceção à inadmissibilidade da ação de responsabilidade contra decisão acobertada pela coisa julgada, de forma a que a interpretação da lei portuguesa se adapte à jurisprudência do TJCE, do mesmo modo que o Conselho de Estado francês decidiu no acórdão Gestas. Outra possibilidade, sustentada por Carla Amado Gomes, seria a apresentação de queixa à Comissão europeia pelo lesado na hipótese em que, havendo reiterada incorreta interpretação do direito comunitário ou aplicação do direito interno em desconformidade com este, não fosse feito o reenvio. O acórdão do TJ que atestar o incumprimento seria considerado como revogação da decisão danosa para efeitos de propositura da ação de responsabilidade, embora a decisão jurisdicional interna se mantenha intocada<sup>34</sup>.

De qualquer modo, não se pode olvidar ainda que, se o n.º 2 do artigo 13 da Lei 67/2007 causar restrição à responsabilidade do Estado-membro por danos causados aos particulares em virtude de uma violação do direito comunitário cometida por um órgão jurisdicional decidindo em última instância, haverá contrariedade ao direito comunitário, nos termos da jurisprudência do TJCE, reiterada no acórdão Traghetti del Mediterraneo SpA, de 13 de Junho de 2006<sup>35</sup>.

## **7 A FALTA GRAVE E A VIOLAÇÃO SUFICIENTEMENTE CARACTERIZADA DO DIREITO COMUNITÁRIO**

Ao mesmo tempo em que, seguindo orientação do TJCE, o Conselho de Estado francês modifica sua jurisprudência no acórdão Gestas para admitir uma hipótese em que a responsabilidade civil do Estado pode ser reconhecida em razão de uma decisão jurisdicional acobertada pela autoridade da coisa julgada, ele mantém a exigência da *faute lourde*. Resta saber se essa exigência é compatível com a jurisprudência do TJCE.

33 CADILHA, op. cit., p. 214.

34 GOMES, op. cit., p. 117.

35 TJCE, C-173/03, considerando n.º 46.

Como referido, no acórdão Köbler o TJCE afirmou a responsabilidade dos Estados membros danos causados a particulares por violação do direito comunitário no exercício da função jurisdicional. Impôs, no entanto, que esta violação deve ser de uma regra que tenha por objeto conferir direitos aos particulares, que esteja *suficientemente caracterizada* e que exista um liame de causalidade entre esta violação e o prejuízo sofrido. Para que uma violação do direito comunitário seja considerada suficientemente caracterizada, ela deve ter um carácter manifesto, o que ocorre quando o direito comunitário regula expressamente a questão de direito em causa ou quando esta questão já tenha sido decidida pela jurisprudência do TJCE de maneira evidente. Nesse caso, deve tratar-se de uma violação deliberada e não simplesmente resultar da leitura errada de um acórdão do TJCE. Além disso, a norma de direito comunitário violada não precisa conferir direitos aos particulares, bastando que tenha por objetivo conferir esses direitos.

Assim, não é capaz de dar ensejo à responsabilidade civil do Estado membro uma qualquer violação do direito comunitário, mas somente uma violação qualificada, manifesta. Isso parece ser compatível com o requisito da falta grave exigido pela jurisprudência do Conselho de Estado francês, como aliás sustentou a comissária do governo Catherine de Salins nas suas conclusões sobre o caso. Para ela, uma jurisdição que viole o direito comunitário de maneira suficientemente caracterizada, comete falta grave<sup>36/37</sup>.

## 8 A DISPENSA DO PRÉVIO ESGOTAMENTO DOS RECURSOS.

Por fim, resta tratar da questão que se põe quando se fala em responsabilidade do Estado pelo conteúdo da decisão jurisdicional, consistindo em saber se pode haver responsabilidade se não tiverem sido usadas todas as vias de recurso.

---

36 SALINS, Catherine de. *La responsabilité de l'Etat du fait du contenu d'une décision juridictionnelle – Conclusions sur Conseil d'Etat*, 18 juin 2008, M. Gestas, req. nº 295831. RFDA, nº 4, juillet-août 2008, p. 758.

37 Entendimento contrário é sustentado por M. Gautier, para quem a falta grave não corresponde necessariamente à violação suficientemente caracterizada do direito comunitário, possuindo porém a mesma função deste, de restringir as hipóteses de responsabilidade a um certo tipo de falta (culpa). GAUTIER, M. *Un abandon ambigu de la jurisprudence Darmon en cas de violation du droit communautaire. Apud* POUYAUD, Dominique. *La responsabilité du fait du contenu d'une décision juridictionnelle*. RFDA, nov-déc. 2008. p. 1184.

O acórdão examinado não acolheu a sugestão da comissão de governo no sentido de impor essa condição, mas isso também não era necessário, pois no caso concreto o que estava em causa era uma decisão de última instância.

Por outro lado, a nova lei portuguesa não faz essa exigência, nem o TJCE dela tratou no acórdão Köbler.

No entanto, entendemos que a responsabilidade civil do Estado somente pode ser invocada em relação ao conteúdo de uma decisão jurisdicional quando todas as vias de recurso disponíveis tenham sido usadas, pois a ação de responsabilidade não deve servir como substituto de um recurso, beneficiando a parte que dele não se serviu por negligência.

Dessa forma, concordamos com Jorge António Nunes LOPES quando afirma que “O cidadão lesado por acto judicial, ilícito ou errado, deverá zelar pela diminuição do dano ou pela sua restauração natural, esgotando todos os recursos possíveis, caso contrário, não poderá fazer valer um direito indemnizatório”<sup>38</sup>.

## 9 CONCLUSÃO

A partir do exame do acórdão do Conselho de Estado francês, percebe-se que os tribunais nacionais não decidem somente com base na própria legislação e jurisprudência. Há um verdadeiro diálogo entre as Cortes nacionais, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, uns influenciando os outros, quando julgam questões que envolvem direitos fundamentais, reflexo do fenómeno da interjfundamentalidade.

Em relação à influência do TEDH, isso fica bem evidente quando os parâmetros adotados para aferição da violação do direito à razoável duração do processo são absorvidos pelos tribunais nacionais. Mas não apenas isso. Essa influência é ainda capaz de condicionar as legislações nacionais, como se nota em Portugal, onde a nova lei de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas faz menção expressa à responsabilidade civil do Estado pelos danos causados pela violação do direito à razoável duração do processo.

<sup>38</sup> LOPES, Jorge António Nunes. Responsabilidade civil pela decisão jurisdicional – do juiz e do árbitro. *Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Processuais*, Coimbra, Jan. 2003. p. 33.

No que diz respeito ao TJCE, constata-se também uma preocupação dos tribunais nacionais em não suscitar uma guerra de juízes. Assim, em nome da primazia do direito comunitário, eles fazem concessões à sua jurisprudência consolidada, como se vê no caso francês, em que o Conselho de Estado abre uma brecha para o reconhecimento da responsabilidade civil por danos decorrentes do conteúdo de uma decisão jurisdicional, mesmo que se trate de uma decisão judicial acobertada pela coisa julgada.

Em Portugal, a aludida lei nova não previu expressamente a hipótese de responsabilidade por dano decorrente do conteúdo de decisão jurisdicional que viole o direito comunitário, bem como, ainda exige a prévia revogação da decisão. Assim, a princípio, não seria possível o reconhecimento da responsabilidade civil face a uma decisão transitada em julgado. Essas limitações postas na lei colocam problemas em relação ao direito comunitário, problemas esses que haverão de encontrar solução na interpretação que os tribunais nacionais portugueses farão da nova lei, certamente levando em conta a interação hoje existente entre legislação nacional e direito comunitário.

## 10 REFERÊNCIA

ARRUDA, Samuel Miranda. *O Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2005.

CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*. Coimbra: Coimbra, 2008.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. 1, 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2007

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CANIVET, Guy e JOLY-HURARD, Julie. *La responsabilité des juges, ici et ailleurs*. RIDC, n° 4, 2006.

CHAVRIER, Géraldine. *Essai de justification et de conceptualisation de la faute lourde*. AJDA, n° 20, 2003.

FAIRGRIEVE, Duncan. *State liability in tort: a comparative law study*. Oxford, 2003.

FONSECA, Celeste M. Violação do prazo razoável e reparação do dano: quantas novidades, mamma mia! In: *Justiça Administrativa*, n° 72, 2008.

GOMES, Carla Amado, *As novas responsabilidades dos Tribunais Administrativos na aplicação da lei 67/2007, de 31 de dezembro*: primeiras impressões. Lisboa: AADFL, 2008.

LOPES, Jorge António Nunes. *Responsabilidade civil pela decisão jurisdicional – do juiz e do árbitro*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Processuais, Coimbra, Jan. 2003.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra, 2005.

POUYAUD, Dominique. *La responsabilité du fait du contenu d'une décision juridictionnelle*. RFDA, n° 6, 2008.

SALINS, Catherine de. *La responsabilité de l'Etat du fait du contenu d'une décision juridictionnelle – Conclusions sur Conseil d'Etat*, 18 juin 2008, M. Gestas, req. n° 295831. RFDA, n° 4, juillet-août 2008.

SCHWARTZ, Rémy. *Conclusions sur Mme. Popin*. AJDA, n° 12, 2004.



## **PARECER**

**BASE DE CÁLCULO DE FUNÇÕES COMISSONADAS (FC'S)  
INCORPORADAS JUDICIALMENTE – ALTERAÇÃO NA  
ESTRUTURA REMUNERATÓRIA DO CARGO PARADIGMA  
– AUSÊNCIA DE DECESSO NA REMUNERAÇÃO –  
MODIFICAÇÕES QUE NÃO FEREM A COISA JULGADA  
ANTERIOR – PRECEDENTES.**

*Daniel Picolo Catelli  
Procurador Federal*



PARECER PGF/CONTENCIOSO N° 04/2009

REFERÊNCIA: Processo 00407.007876/2008-70

INTERESSADO: Procuradoria Geral Federal - PGF

ASSUNTOS: Base de cálculo de Funções Comissionadas (FC's) incorporadas judicialmente – alteração na estrutura remuneratória do cargo paradigma – ausência de decesso na remuneração – modificações que não ferem a coisa julgada anterior – precedentes.

Trata-se de parecer relativo eventual necessidade de revisão da base de cálculo de *Funções Comissionadas (FC's) incorporadas judicialmente*, tendo em vista as alterações na estrutura remuneratória da Classe de Professor Titular - Carreira do Magistério Superior -, promovidas pela Medida Provisória n° 431/08, hoje convertida na Lei n° 11.784/08.

No âmbito desta Adjuntoria, a questão foi examinada inicialmente no bojo da Nota Técnica PGF/Contencioso n° 55/2008, por ocasião de consulta formulada pela Universidade Federal de Pelotas – UFPel.

Em tal nota, concluiu-se que:

- (i) *num primeiro momento, não há alterações a serem feitas nos valores que compõem as FC's incorporadas com base na Lei n° 11.784/08;*
- (ii) *no entanto, devem ser examinadas todas as decisões judiciais que concederam as incorporações, a fim de verificar se há algum provimento em sentido contrário;*
- (iii) *a análise deve ser feito pela PSF/Pelotas, a partir dos elementos de fato fornecidos pela Procuradoria junto à Universidade.*

Vislumbrando potencial litigiosidade da questão, uma vez que o tema é de repercussão nacional, a Sra. Adjunta de Contencioso, Dra. Luciana Hoff, solicita a esta Coordenação de Orientação Recursal a expedição de orientação geral a todos os órgãos da Procuradoria-Geral Federal.

*É o breve relatório. Passo ao exame.*

O instituto da *incorporação de funções comissionadas* (FC's) por servidores da Administração Pública Federal tem longo histórico na legislação brasileira, sendo o método de incorporação mais conhecido o de *quintos*<sup>1</sup>.

Sobre o tema, colaciona-se importante síntese histórica elaborada pelo Min. do TCU Valmir Campelo na Decisão nº 449/1999:

O instituto da incorporação de funções gratificadas ao vencimento do cargo efetivo remonta a imemoriais tempos, a exemplo do disposto no art. 1º da Lei nº 1.741/52 e art. 60 da Lei nº 3.780, que prevendo a chamada estabilidade financeira e a agregação dispõem *in verbis*: Lei nº 1.741/52: '*Art. 1º - Ao ocupante de cargo de caráter permanente e de provimento em comissão, quando afastado dele, depois de mais de dez anos de exercício ininterrupto, é assegurado o direito de continuar a perceber o vencimento do mesmo cargo, até ser aproveitado em outro equivalente.*' Lei nº 3.780/60: '*Art. 60 - Os funcionários que, por força da Lei nº 1.741, de 22 de novembro de 1952, tiverem assegurados vencimentos de cargos em comissão, ficarão enquadrados nos novos símbolos correspondentes à denominação desses cargos e agregados aos respectivos quadros, considerando-se vagos automaticamente, para efeito de provimento, os cargos efetivos de que são titulares.*' 6. Em sobrevindo o Decreto-lei nº 200/67, determinou, em seu art. 109: '*Art. 109 - Fica revogada a legislação que permite a agregação de funcionários em cargos em comissão e em funções gratificada, mantidos os direitos daqueles que na data desta lei, hajam completado as condições estipuladas em lei, para a agregação, e não manifestem, expressamente, o desejo de retornarem aos cargos de origem.*' 7. Uma vez revogada a referida legislação, a incorporação a que se refere ficou afastada dos cargos públicos até ser restabelecida, em forma de 'quintos', pela Lei nº 6.732/79, que em seu art. 2º dispõe: '*Art. 2º O funcionário que contar seis (6) anos completos, consecutivos ou não, de exercício em cargos ou funções enumerados nesta Lei, fará jus a ter adicionada ao vencimento do cargo efetivo, como vantagem pessoal, a importância equivalente à fração de um quinto (1/5): [...]. § 1º O acréscimo a que se refere este artigo ocorrerá a partir do 6º ano, à razão de um quinto (1/5) por ano completo de exercício de cargos ou funções enumerados nesta Lei, até completar o décimo ano.*' 8. Com a Lei

---

1 Sistema substituído pela forma de incorporação denominada "décimos", mais adiante tratada.

nº 8.911/94, a carência inicial de 6 (seis) anos foi suprimida cabendo a incorporação de 1/5 (um quinto) a cada ano de efetivo exercício em função ou cargo comissionados. Alterações foram introduzidas nessa legislação a partir da Medida Provisória nº 831, de janeiro de 1995, transformando os ‘quintos’ em ‘décimos’ e modificando os critérios de incorporação, mantendo, entretanto a natureza jurídica da vantagem. 9. Por fim a Lei nº 9.527/97 estabelece a data de 10.11.97 como termo final para aproveitamento de tempo para incorporação de ‘décimos’, transformando as parcelas incorporadas em ‘vantagem pessoal nominalmente identificada’. 10. Colacionamos toda essa legislação objetivando evidenciar que, não obstante as variadas formas assumidas, ao longo do tempo, pela vantagem em estudo, sua natureza jurídica primordial permaneceu inalterada, bem assim sua razão de existência. 11. A esse propósito, registramos que a Lei nº 1.741/52, ficou conhecida, no jargão administrativo, por Lei da Estabilidade Financeira, para afirmar que é exatamente isso que toda a legislação pertinente, ao longo desse quase meio século, visou garantir: a estabilidade financeira do servidor.

A recente regulação do citado instituto encontrava amparo no art. 62 da Lei nº 8.112/90<sup>2</sup>, estando os critérios<sup>3</sup> para a citada incorporação previstos no art. 3º da Lei 8.911/94.

2 Veja-se a redação original do dispositivo, hoje revogada: Art. 62. Ao servidor investido em função de direção, chefia ou assessoramento é devida uma gratificação pelo seu exercício.

§ 1º Os percentuais de gratificação serão estabelecidos em lei, em ordem decrescente, a partir dos limites estabelecidos no art. 42.

§ 2º A gratificação prevista neste artigo incorpora-se à remuneração do servidor e integra o provento da aposentadoria, na proporção de 1/5 (um quinto) por ano de exercício na função de direção, chefia ou assessoramento, até o limite de 5 (cinco) quintos.

§ 3º Quando mais de uma função houver sido desempenhada no período de um ano, a importância a ser incorporada terá como base de cálculo a função exercida por maior tempo.

§ 4º Ocorrendo o exercício de função de nível mais elevado, por período de 12 (doze) meses, após a incorporação da fração de 5/5 (cinco quintos), poderá haver a atualização progressiva das parcelas já incorporadas, observado o disposto no parágrafo anterior.

§ 5º Lei específica estabelecerá a remuneração dos cargos em comissão de que trata o inciso II, do art. 9º, bem como os critérios de incorporação da vantagem prevista no parágrafo segundo, quando exercidos por servidor.

3 O citado artigo também se encontra revogado, sendo que possuía a seguinte redação: Art. 3º Para efeito do disposto no § 2º do art. 62 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o servidor investido em função de direção, chefia e assessoramento, ou cargo em comissão, previsto nesta Lei, incorporará à sua remuneração a importância equivalente à fração de um quinto da gratificação do cargo ou função para o qual foi designado ou nomeado, a cada doze meses de efetivo exercício, até o limite de cinco quintos. (Revogado pela Lei nº 9.527, de 10.12.1997)

§ 1º Entende-se como gratificação a ser incorporada à remuneração do servidor a parcela referente à

Tais dispositivos, todavia, encontram-se atualmente revogados, sendo que - no entendimento da Administração<sup>4</sup> - a possibilidade de incorporação de *quintos* e *décimos* findou com o advento da MP nº 1595-14, convertida na Lei nº 9.527/97.

Traçado um breve esboço histórico sobre o tema, passa-se ao exame sobre eventual necessidade de revisão da base de cálculo de *Funções Comissionadas (FC's) incorporadas judicialmente*<sup>5</sup>, tendo em vista as alterações na estrutura remuneratória da Classe de Professor Titular - Carreira do Magistério Superior -, promovidas pela Medida Provisória nº 431/08, hoje convertida na Lei nº 11.784/08.

Impende assinalar, de início, que a Medida Provisória nº 431, de 14.05.2008 (após convertida na Lei nº 11.784/08), criou a Gratificação Temporária para o Magistério Superior - GTMS, devida aos titulares dos cargos integrantes da Carreira do Magistério Superior de que trata a Lei nº 7.596, de 10 de abril de 1987, lotados e em exercício nas Instituições Federais de Ensino Superior, vinculadas ao Ministério da Educação ou ao Ministério da Defesa, em conformidade com a classe, nível e titulação.

---

representação e a gratificação de atividade pelo desempenho de função, quando se tratar de cargo em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento dos Grupos: Direção e Assessoramento Superiores - DAS e Cargo de Direção - CD.(Revogado pela Lei nº 9.527, de 10.12.1997)

§ 2º Quando se tratar de gratificação correspondente às funções de direção, chefia e assessoramento do Grupo - FG e GR, a parcela a ser incorporada incidirá sobre o total desta remuneração.(Revogado pela Lei nº 9.527, de 10.12.1997)

§ 3º Quando mais de um cargo em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento houver sido exercidos no período de doze meses, a parcela a ser incorporada terá como base de cálculo a exercida por maior tempo.

§ 4º Ocorrendo o exercício de cargo em comissão ou de função de direção, chefia ou assessoramento de nível mais elevado, por período de doze meses, após a incorporação dos cinco quintos, poderá haver a atualização progressiva das parcelas já incorporadas, observado o disposto no parágrafo anterior. (Revogado pela Lei nº 9.527, de 10.12.1997)

- 4 Sobre o tema, *extremamente controvertido*, remete-se para a NOTA N. AGU/MS 56/2005, da Lavra do atual Procurador-Geral Federal, Dr. Marcelo de Siqueira Freitas, de onde colho o seguinte trecho: "(...) a concessão de *quintos* somente é possível até 28.02.95 (Lei nº 9.624/98, art. 3º, I), enquanto que, de 1º.03.95 a 11.11.97, a incorporação devida é a de *décimos* (Lei nº 9.624/98, art. 3º, II e parágrafo único), sendo *indevida qualquer concessão após 11.11.97* (MP nº 1.595-14, art. 14 - *data de publicação* - e Lei nº 9.527/97, art. 15)." Destaques do original.
- 5 Anoto que qualquer uma dessas leis, para servir de substrato para a referida incorporação, *pressupõe o exercício regular do cargo ou função*. Sobre a questão, veja-se o PARECER PGF/CONTENCIOSO Nº 02/2009.

A partir de 1º de fevereiro de 2009, a GTMS foi substituída pela Gratificação Específica do Magistério Superior – *GEMAS*, passando a estrutura remuneratória dos integrantes da Carreira do Ensino Superior a ser composta da seguinte forma:

- I Vencimento Básico;
- II Retribuição por Titulação - RT; e
- III Gratificação Específica do Magistério Superior - *GEMAS*.

Note-se que a Lei nº 11.784/2008 *veda*, a partir da implementação de tal estrutura, a *percepção das seguintes gratificações e vantagens*, a saber:

- I Vantagem Pecuniária Individual - VPI, de que trata a *Lei no 10.698, de 2 de julho de 2003*;
- II Gratificação de Atividade Executiva - GAE, de que trata a *Lei Delegada no 13, de 27 de agosto de 1992*;
- III Gratificação Temporária para o Magistério Superior - GTMS a que se refere o art. 18 desta Lei; e
- IV acréscimo de percentual de que trata o *art. 6o da Lei no 11.344, de 8 de setembro de 2006*.

Nesse novo contexto remuneratório, indaga-se qual seria a solução jurídica no tocante às Funções Comissionadas (FC's) incorporadas judicialmente pelos servidores da aludida carreira, mais especificamente, *qual seria a nova base de cálculo referente à ditas funções incorporadas*.

Com efeito, a solução passa pela análise do art. 62-A da Lei nº 8.112/90<sup>6</sup>, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45/01, o qual determina que a incorporação das FC's seja transformada em

---

6 “Art. 62-A. Fica transformada em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI a incorporação da retribuição pelo exercício de função de direção, chefia ou assessoramento, cargo de provimento em comissão ou de Natureza Especial a que se referem os arts. 3o e 10 da Lei no 8.911, de 11 de julho de 1994, e o art. 3o da Lei no 9.624, de 2 de abril de 1998. Parágrafo único. *AVPNI de que trata o caput deste artigo somente estará sujeita às revisões gerais de remuneração dos servidores públicos federais.*” (grifado)

Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada (VPNI), atualizável apenas por ocasião da revisão geral de remuneração dos servidores públicos federais. Frise-se, a propósito, que o Supremo Tribunal Federal - STF já decidiu pela licitude de tal mecanismo legal, desde que não haja decesso remuneratório. Partiu-se, mais especificamente, da premissa que “o regime jurídico do servidor público [inclusive a sua estrutura remuneratória], ativo ou inativo, pode ser unilateralmente alterado pela Administração Pública, por via legislativa ou nos limites da lei que o autoriza, sem ofensa ao direito adquirido”<sup>7</sup>, desde que não seja ferida a regra da irredutibilidade da remuneração sob o aspecto nominal. Nesse sentido, por exemplo:

DECISÃO: 1. Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e assim ementado: “ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO APOSENTADO - GRATIFICAÇÕES INCORPORADAS - TRANSFORMAÇÃO EM VANTAGEM PESSOAL NOMINALMENTE IDENTIFICADA - VPNI - INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO À ESTRUTURA REMUNERATÓRIA - MP Nº 2.225/01. 1 - O regime jurídico do servidor público, ativo ou inativo, pode ser unilateralmente alterado pela Administração Pública, por via legislativa ou nos limites da lei que o autoriza, sem ofensa ao direito adquirido. 2 - A modificação trazida pela Medida Provisória nº 2.225/01, não se deu em relação à aposentadoria, mas, sim, em relação à estrutura remuneratória, onde não cabe invocar violação a ato jurídico perfeito, por não integrar o patrimônio dos autores. 3 - A GDAF dos cargos em comissão, bem como as parcelas de quintos/décimos incorporadas à remuneração dos autores não foram suprimidas, tendo sido transformadas em vantagens pessoais nominalmente identificadas - VPNI, sujeitas ao reajuste a ser realizado de acordo com a revisão geral da remuneração dos servidores públicos federais. 4 - Apelação a que se nega provimento.”(fl.199). Sustentam os recorrentes, com base no art. 102, III, a, ter havido violação aos arts. 5º, XXXVI, e 37, XV, da Constituição Federal. 2. Inconsistente o recurso. É que a causa foi decidida com base no exame do conjunto fático probatório, de modo que eventual ofensa à Carta Magna seria, aqui, apenas indireta. Ademais, é pacífica a jurisprudência desta Corte, no sentido de não tolerar, em recurso extraordinário, alegação de ofensa que, irradiando-se de má interpretação, aplicação e, até, inobservância de normas infraconstitucionais, seria apenas

indireta à Constituição da República, e, muito menos, de reexame de provas. (súmulas 279) Ainda que superado este óbice, melhor sorte não teriam os recorrentes. *É que o recurso esbarraria na jurisprudência sedimentada nesta Corte no sentido de que: “Não há direito adquirido do servidor público estatutário à inalterabilidade do regime jurídico pertinente à composição dos vencimentos, desde que a eventual modificação introduzida por ato legislativo superveniente preserve o montante global da remuneração e, em consequência, não provoque decesso de caráter pecuniário”* (RE nº 238.122 - AgRg, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 04.08.00). É por essa razão que a Corte vem rejeitando pedidos idênticos a esse, como se vê do julgamento do RMS nº 22.352, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ 07.03.03: “Mandado de segurança. - Inexistência de ofensa aos artigos 40, § 4º (em sua redação originária), e 5º, XXXVI, da Constituição por não ter sido o aumento de vencimentos resultante da Lei 9.030/95 aplicado para a atualização dos proventos dos servidores inativos acrescidos das vantagens pessoais e das parcelas incorporadas de acordo com a Lei 7.932/89, sem as restrições contidas na Medida Provisória 831/95, sucessivamente reeditada. Mandado de segurança indeferido.” (No mesmo sentido, cf. RE nº 430.093, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJ de 09.12.04; RE nº 241.586, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ de 10.06.03). 3. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso (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, 03 de abril de 2006. Ministro CEZAR PELUSO Relator (RE 487.114/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, J. em 03/04/2006 - grifado)

Assim, as FC's (incorporadas sob o sistema de *quintos* ou *décimos*) assumiram a forma de *VPNI*, vantagem essa sujeita apenas a uma forma de revisão salarial<sup>8</sup>.

Registre-se que a *estrutura remuneratória* anterior dos integrantes das Carreiras do Ensino Superior *continha* em sua composição gratificações, notadamente a Gratificação de Ensino a Docência- GED. Tal gratificação, note-se, *não integrava a base de cálculo do valor das FC's incorporadas*, segundo a jurisprudência predominante, inclusive no Superior Tribunal de Justiça. Confira-se, a esse respeito, algumas decisões:

---

8 Qual seja, a revisão geral de remuneração prevista para os servidores públicos federais.

ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - *QUINTOS/DÉCIMOS INCORPORADOS - INCLUSÃO DA GRATIFICAÇÃO DE ESTÍMULO À DOCÊNCIA (GED) NA BASE DE CÁLCULO - IMPOSSIBILIDADE* - SOBREPOSIÇÃO DE REAJUSTES - JURISPRUDÊNCIA DO S.T.J - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE AFASTADA - APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PROVIDAS. [...] 2. A Gratificação de Estímulo à Docência (GED), instituída pela Lei nº 9.678, de 3 de julho de 1998, que pretende incentivar o aprimoramento do trabalho técnico dos professores de 3º Grau, desfruta de um critério próprio de cálculo, e é paga de forma não cumulativa com qualquer outra parcela, sujeitando-se ainda aos índices de reajuste geral concedidos aos servidores públicos federais civis. 3. *Não há sustentação legal que permita a inclusão da GED no valor dos quintos e décimos incorporados*, uma vez que tal expediente implicaria em indevida cumulação de reajustes, que incidiriam sobre a GED, destacadamente, e sobre o valor total dos quintos, que a englobaria. 4. Precedente do Superior Tribunal de Justiça: REsp nº 549.899/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma do e. S.T.J., DJ de 08.11.04, pág. 272. 5. Incabível a condenação em honorários advocatícios (Súmulas 512 do Supremo Tribunal Federal e 105 do Superior Tribunal de Justiça). 6. Apelação e remessa oficial providas para denegar a segurança. (TRF da 1ª Região, Segunda Turma, AMS 2000.33.00.030372-0/BA, Rel. Des. Francisco de Assis Betti, DJ de 18/08/08 - grifado)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. TRANSFORMAÇÃO DE FC'S INCORPORADAS PARA VANTAGEM PESSOAL NOMINALMENTE IDENTIFICADA. LEI Nº 9.527/97. MANUTENÇÃO DA FORMA DE REAJUSTE. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. INCLUSÃO DA GED NA BASE DE CÁLCULO DA VPNI. *BIS IN IDEM*. Consoante pacífico entendimento das Cortes Superiores, não há direito adquirido a regime jurídico, não havendo que se falar em direito à manutenção dos critérios de reajustes de Funções Comissionadas transformadas em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada. Vantagem sujeita exclusivamente à atualização decorrente da revisão geral da remuneração dos servidores públicos federais. *O percentual incorporado da Gratificação de Estímulo à Docência, a teor do art. 6º da Lei nº 9.678/98, está sujeito aos índices de reajuste geral concedidos aos servidores públicos federais civis. Eventual inclusão na base de cálculo da VPNI configuraria bis in*

*idem*. Recurso desprovido. (STJ, 5ª Turma, REsp nº 549.899/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 08.11.04 - grifado)

Esse entendimento é perfeitamente aplicável à Gratificação Temporária para o Magistério Superior – GTMS e à Gratificação Específica do Magistério Superior – GEMAS, ambas criadas pela Lei nº 11.784/2008. Saliente-se, ademais, que tal posição é corroborada pelo *Parecer MP/CONJUR/ICN/Nº 1192-7.5/2008*, da Consultoria Jurídica do MPOG e por manifestação da Coordenação de Legislação de Pessoal e Orientação Técnica do MPOG<sup>9</sup>, esta última com o seguinte teor:

Não há tabela publicada com os valores das FC. A base de cálculo trazida pela Portaria MEC nº 474/87 é a composição salarial do docente do magistério superior, titular com doutorado e dedicação exclusiva, acrescido dos percentuais nela especificados; [...]

Importante lembrar que de acordo com as decisões do Tribunal de Contas da União corroboradas pela Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, não devem ser consideradas no referido cálculo a GAE tampouco a GED, o que também se aplica à GTMS criada pela MP 431/2008.

Considerando que a Medida Provisória nº 431/2008 não trouxe alteração imediata ao vencimento básico dos docentes do Magistério Superior, não cabe qualquer alteração nos valores que compõem a FC nesse momento.

Irretocável, ao nosso ver, a orientação efetuada pelo MPOG,<sup>9</sup> no sentido de que, em princípio, a nova estrutura remuneratória dos integrantes das Carreiras do Ensino Superior não importa em alteração a ser feita nos valores que compõem as FC's incorporadas. Contudo, existe a necessidade de examinar as decisões judiciais que concederam as aludidas incorporações, a fim de verificar se há nelas alguma determinação *específica* em sentido contrário. Caso haja, deve, naturalmente, prevalecer a ordem judicial. Frise-se, por oportuno, que a análise a respeito do alcance dessas decisões deve ser feita pela Procuradoria responsável, independentemente de provocação do servidor interessado, conforme enfatizado na Nota Técnica PGF/CONTENCIOSO 55/2008.

9 Apud Parecer MP/CONJUR/ICN/Nº 1192-7.5/2008.

Nesse ponto, uma importante questão há de ser ponderada. Como visto acima, o art. 18 da Lei 11.784/2008 estabelece que “fica instituída a Gratificação Temporária para Magistério Superior – GTMS” e o artigo subsequente que, em razão do disposto no citado art. 18, fica extinta a Gratificação de Estímulo à Docência – GED. Poder-se-ia concluir, com base em tal artigo, que uma gratificação substituiu a outra e, nesta linha de raciocínio, *se houvesse provimento jurisdicional específico que estabelecesse o direito do servidor em ter considerada a GED em sua remuneração, por exemplo, certamente seria difícil inadmitir a força executória do julgado em relação à GTMS/GEMAS.*

Todavia, a melhor interpretação da situação está em *não se admitir* a força executória em relação à GTMS/GEMAS, ainda que a decisão judicial tenha reconhecido o direito do servidor à GED. É que cada decisão judicial deve ser cumprida em seus estritos termos, não devendo ser presumida a substituição de uma gratificação por outra, *a não ser que haja provimento específico nesse sentido.* O importante, na verdade, é que a nova regulamentação legal não implique decesso remuneratório – o que, aliás, foi observado pela novel Lei nº 11.784/08. De resto, o servidor não possui direito adquirido a regime ou padrão administrativo-jurídico, conforme reiteradamente vem decidindo o STF. A Consultoria-Geral da União, aliás, já abordou questão semelhante, relativa à *substituição de uma gratificação por outra* no curso de ação judicial. Naquela oportunidade, restou assentado o seguinte (NOTA AGU/CF Nº 04/2006):

Conforme relatado, o aspecto central a ser considerado no presente caso refere-se à alteração legislativa ocorrida a partir da Lei nº 10.432, de 24 de abril de 2002, que *extinguiu a Gratificação de Produção Suplementar* (Art. 1º Fica extinta, a partir de 1º de fevereiro de 2002, a gratificação de produção suplementar, instituída pela Lei nº 4.491, de 21 de novembro de 1964, e devida aos servidores da Imprensa Nacional), com a conseqüente revogação dos dispositivos legais que serviam de base para o pagamento: (Art. 7º ficam revogados os arts. 3º a 7º da Lei nº 4.491, de 21 de novembro de 1964, e a Lei nº 8.895, de 21 de junho de 1994).

De fato, no julgamento do AMS nº 2000.34.00.042212-3 pelo Egrégio TRF da 1ª Região, em 18 de novembro de 2003, não foi discutida a alteração legislativa operada pela Lei nº 10.432, de 2002.

Posteriormente ao acórdão proferido na apelação, a Procuradoria-Regional da União da 1ª Região registrou tal fato - a extinção legislativa da GPS - em sede de recurso extraordinário e de recurso especial. Nesses dois recursos a União postulou a extinção do feito sem julgamento de mérito, por perda de objeto. Tais pedidos ainda não foram examinados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

De qualquer modo, ainda que não tenha ocorrido uma declaração formal de perda de objeto, afigura-se correta a posição da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, quando defende *a aplicação imediata da disciplina trazida pela referida Lei nº 10.432, de 2002*.

*Essa aplicação é consequência lógica da revogação legislativa e tem como fundamento a auto-executoriedade dos atos administrativos* que, nos termos da doutrina clássica, “consiste na possibilidade que certos atos administrativos ensejam de imediata e direta execução pela própria Administração, independentemente de ordem judicial” (Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 159).

De fato, *não faria qualquer sentido condicionar a eficácia de uma nova disciplina remuneratória a uma prévia autorização judicial*, ainda que exista uma controvérsia judicial relativa à aplicação da disciplina remuneratória anterior. No caso em exame, são discutidos judicialmente os critérios de aplicação da GPS. No *curso do processo judicial referida gratificação foi extinta e substituída pela GDATA*.

Indaga-se: deveria o administrador público aguardar o desfecho do processo judicial para passar a cumprir a nova lei, instituidora da nova gratificação? Como regra, parece claro que a resposta a essa questão deve ser negativa. Sob uma perspectiva de legalidade estrita, típica do Direito Administrativo, e em observância do princípio da auto-executoriedade dos atos administrativos, caberá ao administrador tão-somente cumprir a nova legislação. Caso contrário, teríamos uma indevida interferência do Poder Judiciário tanto no âmbito do Executivo quanto do próprio Poder Legislativo.

*É necessário registrar, de qualquer modo, que há hipóteses legítimas em que o Poder Judiciário poderia afastar a aplicação da nova lei. Conforme suscita a CONJUR/MJ, poderia o Judiciário, em sede de controle difuso*

*de constitucionalidade, ter declarado inconstitucional a Lei que substituiu a GPS e instituiu a GDATA. Ocorre que, no caso concreto, não há qualquer pronunciamento judicial que afaste a aplicação da Lei nº 10.432, de 2002, por vício de inconstitucionalidade.*

A aplicação da lei nova (GDATA) também poderia ser afastada se existisse no processo uma discussão acerca da própria sucessão de leis no tempo. Poder-se-ia, por exemplo, discutir se a lei nova efetivamente revogou a lei anterior. Mas isso também não ocorre no caso em exame. Além de não ter ocorrido qualquer discussão a respeito, no âmbito do TRF, precisamos lembrar que a revogação da GPS foi expressa, não deixando margem a dúvidas.

*Assim, podemos chegar às seguintes conclusões: (1) em princípio, estando em curso uma controvérsia judicial relativa a uma política remuneratória X; (2) e verificada, no curso do processo, a revogação da política remuneratória X, com a conseqüente substituição pela política remuneratória Y; (3) não se pode presumir a ultra-atividade da política remuneratória X, cabendo ao Poder Executivo aplicar de imediato a lei nova. Isto não representa, em absoluto, qualquer ofensa à autoridade do Poder Judiciário. É feita a ressalva, obviamente, da eventual declaração incidental de inconstitucionalidade da lei revogadora, o que vincularia a Administração, ou ainda, se dentro do processo houver uma decisão no sentido da não-revogação. Destacou-se<sup>10</sup>.*

Portanto, a introdução de uma nova política remuneratória (por meio de lei), notoriamente quando represente avanço em relação à anterior, sem qualquer decesso remuneratório, aplica-se imediatamente a toda a categoria respectiva<sup>11</sup>, não ferindo decisões judiciais que determinavam a incorporação de certas vantagens. Veja-se, nessa linha, importante decisão da *Corte Especial* do STJ, conforme Informativo nº 359:

---

10 Sobre a citada NOTA AGU/CF Nº 04/2006, o Sr. Consultor-Geral da União, Dr. Manuel Lauro Volkmer de Castilhos, por meio do Despacho do Consultor-Geral nº 404/2006, referiu: "Não tenho dúvida em subscrever a peça em questão pelos argumentos ali bem desenvolvidos e *sobretudo porque a superveniência da lei nova não altera qualquer direito dos servidores (exceto se importasse em redução da remuneração – o que não se alega) que não tem direito ao regime ou padrão administrativo jurídico, nem constitui 'contempt of court' ou atentado processual capaz de violar decisão judicial*".

11 Salvo alguma decisão específica em sentido posto.

*COISA JULGADA. LEI SUPERVENIENTE.* Discute-se a ofensa à coisa julgada diante do fato de que os funcionários públicos obtiveram o reconhecimento do direito de incidir a URP de 1989 (26,05%) sobre suas remunerações em sentença transitada em julgado em 1993, portanto há mais de 10 anos. Sucede que, agora, após a aprovação das Leis ns. 9.421/1996, 10.475/2002 e 11.416/2006, que reajustaram as carreiras do Poder Judiciário, aquele percentual passou a ser considerado diferença individual, até sua absorção paulatina nos vencimentos concedidos a partir de 1996. *Diante disso, a Corte Especial denegou a segurança, invocando precedente e reafirmando que não há ofensa à coisa julgada material quando ela é formada com base numa determinada situação jurídica que perde vigência diante do advento de nova lei que passou a regular essas situações jurídicas já formadas, fixando novos vencimentos a modificar o status quo anterior. Nesse caso, o funcionário só teria direito à irredutibilidade de vencimento e, se for o caso, receberá como vantagem pessoal a parcela suprimida e absorvida ao longo do tempo.* Precedente citado: MS 11.145-DF, DJ 3/11/2008. MS 13.721-DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 20/5/2009. (grifo nosso).

Em *síntese*, pode ser afirmado que:

- as gratificações instituídas pela Administração, tais como a Gratificação de Ensino a Docência- GED, não compõe a base de cálculo do valor das FC's incorporadas;
- o servidor não possui direito adquirido a regime ou padrão administrativo jurídico, consoante vem decidindo o Supremo Tribunal Federal – STF;
- a nova estrutura remuneratória criada pela Lei nº 11.784/08 (a qual suprimiu a GED e criou a GTMS/GEMAS) não implicou em decesso remuneratório para os integrantes das Carreiras do Ensino Superior;
- na verdade, o fato de a novel lei suprimir a GED e criar a GTMS/GEMAS não autoriza o entendimento de que uma gratificação sucedeu a outra (aplicando-se às novas o mesmo regramento judicial atinente à primeira), uma vez que foi inaugurada nova estrutura remuneratória pela Lei nº 11.784/08;

- as alterações promovidas pela Lei nº 11.784/08 na estrutura remuneratória das Carreiras do Ensino Superior não acarretaram modificações nos valores que compõem as FC's incorporadas por força de decisões judiciais;
- com base em precedentes do Superior Tribunal de Justiça, é possível afirmar que a aplicação imediata de nova estrutura remuneratória não implica em ofensa à coisa julgada material (que determinou a incorporação de FC's/VPNI), porquanto esta é formada com base numa determinada situação jurídica que perde vigência diante do advento de nova lei que passou a regular essas situações jurídicas já formadas, fixando novos vencimentos a modificar o status quo anterior. Nesse caso, o funcionário só teria direito à irredutibilidade de vencimento;
- incluir, pois, a GTMS/GEMAS na base de cálculo da VPNI (FC's) configura inaceitável bis in idem, sem qualquer substrato jurídico.

Por todo o exposto, entende-se que as alterações promovidas pela Lei nº 11.784/08 na estrutura remuneratória das Carreiras do Ensino Superior não acarretam modificações nos valores que compõem as FC's incorporadas por força de decisões judiciais, devendo os órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal pautar-se conforme tal entendimento diante de eventuais pleitos de servidores ou questionamentos efetuados por divisões de recursos humanos de instituições de ensino superior.

À consideração superior.

Brasília, 1 de junho de 2009.

**Daniel Picolo Catelli**

*Procurador Federal - Mat. SLAPE 1585211*

**ADI-MC 4.016: LEI QUE REDUZ E  
EXTINGUE DESCONTO DE IPVA NÃO  
ESTÁ SUJEITA AO PRINCÍPIO DA  
ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA**

*Daiane Nogueira de Lira  
Advogada da União  
Mestranda em Direito e Políticas Públicas - UNICEUB*



## INTRODUÇÃO

Segundo o Supremo Tribunal Federal, a alteração legislativa que reduz e extingue descontos para pagamento de IPVA não se equipara à majoração de tributo para fins de incidência do princípio da anterioridade nonagesimal, previsto no art. 150, III, “c”, da Carta de 1988. Esse entendimento foi firmado pela Corte em decisão<sup>1</sup> que indeferiu, por maioria<sup>2</sup>, a medida cautelar pleiteada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.016, nos termos da seguinte ementa:

Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. 2. Art. 3º da Lei nº 15.747, de 24 de dezembro de 2007, do Estado do Paraná, que estabelece como data inicial de vigência da lei a data de sua publicação. 3. Alteração de dispositivos da Lei nº 14.260/2003, do Estado do Paraná, a qual dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores – IPVA. 4. Alegada violação ao art. 150, III, alínea “c”, da Constituição Federal. 5. A redução ou a extinção de desconto para pagamento de tributo sob determinadas condições previstas em lei, como o pagamento antecipado em parcela única, não pode ser equiparada à majoração do tributo em questão, no caso, o IPVA. Não-incidência do princípio da anterioridade tributária. 6. Vencida a tese de que a redução ou supressão de desconto previsto em lei implica, automática e aritmeticamente, aumento do valor do tributo devido. 7. Medida cautelar indeferida.<sup>3</sup>

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, em face do art. 3º da Lei Paranaense nº 15.747, de 24 de dezembro de 2007, no que se refere à vigência do seu art. 1º, inciso II, cujos teores se transcrevem a seguir:

Lei nº 15.74, de 14 de dezembro de 2007.

Altera os dispositivos que especifica, da Lei nº 14.260/03, de 22 de dezembro de 2003 (Lei do IPVA) e aprova tabela de preços médios

1 Sessão plenária realizada no dia 1º de agosto de 2008.

2 O Ministro Cezar Peluso votou favorável à concessão da medida cautelar, sob o fundamento de que a supressão ou redução de um desconto previsto em lei implicaria, automática e aritmeticamente, aumento do valor do tributo devido, razão pela qual se haveria de observar o princípio da anterioridade.

3 ADI-MC 4.016, Min. Rel. Gilmar Mendes, DJ 24.04.2009.

de veículos a ser utilizada como base de cálculo do referido imposto para o exercício de 2008.

Art. 1º A Lei nº 14.260, de 22 de dezembro de 2003, passa a vigorar com as seguintes alterações:

II – O § 3º e o § 4º do art. 11 passam a vigorar com a seguinte redação:

§ 3º - O pagamento do imposto poderá ser efetuado:

a) com redução de cinco por cento do valor devido, em parcela única, para pagamento no mês de fevereiro, conforme calendário de vencimentos fixado em Instrução da Secretaria da Fazenda;

b) sem redução do valor devido, para pagamento no mês de março, em parcela única, conforme calendário de vencimentos fixado em Instrução da Secretaria da Fazenda;

*Art. 3º Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação. (grifo do autor)*

Afirma o requerente que a lei impugnada resultou:

- (i) redução do desconto de 15% (quinze por cento) para 5% (cinco por cento) do valor do IPVA, para pagamento à vista, no mês de fevereiro;
- (ii) extinção do desconto de 5% (cinco por cento) para pagamento do tributo no mês de março e
- (iii) extinção de outras possibilidades de desconto no mesmo imposto, antes previstas no art. 11, § 3º, “c”, da Lei nº 14.260/2003, como nos casos de:
  - a) aquisição de veículo automotor novo por consumidor final;
  - b) desembaraço aduaneiro de veículo automotor importado do exterior por consumidor final;
  - c) arremate em leilão de veículo automotor;

- d) incorporação de veículo automotor ao ativo permanente de fabricante e
- e) aquisição de veículo automotor em local diverso do estabelecimento fabricante do chassis.

Sustenta, então, que a lei estadual, ao reduzir e extinguir os descontos conferidos ao contribuinte para o pagamento do IPVA, acarretaria majoração indireta desse imposto e, portanto, deveria observar a regra da anterioridade tributária nonagesimal, prevista no art. 150, III, “c”, da Lei Maior. Desse modo, segundo o PSDB, o art. 3º da Lei nº 15.747/2007, ao dispor que a “Lei entrará em vigor na data da sua publicação”, seria inconstitucional.

Diante disso, o partido político requereu a concessão de liminar, para suspender as modificações efetuadas pelo seu art. 1º, inciso II, da Lei nº 15.747/2007, de forma que só produzissem seus efeitos a partir de noventa dias da data de sua publicação.

Todavia, esse não foi o entendimento do STF que, seguindo o voto do Ministro Relator Gilmar Mendes<sup>4</sup>, decidiu, em cautelar, que a extinção e a redução de desconto para pagamento de IPVA não representam aumento de imposto e, portanto, não precisam obedecer a regra da anterioridade tributária nonagesimal, imposta apenas aos casos de criação e majoração de tributos.

Com efeito, a Emenda Constitucional nº 42, de 2003, acrescentou a alínea “c” ao inciso III do artigo 150, vedando a cobrança de tributos antes de decorridos 90 (noventa) dias de sua publicação, nos seguintes termos:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

III - cobrar tributos:

---

<sup>4</sup> Posteriormente, os autos foram redistribuídos à Ministra Ellen Gracie, em virtude do Ministro Gilmar Mendes assumir a Presidência do Tribunal.

[...]

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os *instituiu ou aumentou*, observado o disposto na alínea b; (grifo nosso).

Essa reforma, que tornou regra geral o prazo da noventena – até então imposto somente às contribuições sociais (art. 194, § 6º, CF/88) –, teve por objetivos evitar a criação ou o aumento inesperado de tributo e reforçar a proibição de surpresa tributária, permitindo o planejamento e prestigiando o princípio da segurança jurídica.

A partir de então, o princípio da noventena passou a ser aplicado em consonância com o preceito da anterioridade, já previsto no art. 150, III, “b”, da Carta Magna, de modo que a lei que instituir ou majorar tributos somente terá eficácia no exercício financeiro<sup>5</sup> seguinte ao da sua publicação, observando-se, quando for o caso, o prazo de noventa dias para produzir seus efeitos.

Com determinação singela, a Constituição da República apresenta, então, dois requisitos para a incidência da obrigatoriedade do prazo da noventena: *aumento* ou *instituição de tributo*. Nesse sentido, foi esclarecedor o voto do Ministro Gilmar Mendes ao salientar que:

[...] as normas de anterioridade tributária previstas nas alíneas “b” e “c” do art. 150, inciso III, da Constituição, são interdependentes e recebem interpretação e aplicação sistemáticas, em conjunto. Em ambas as hipóteses (alíneas “b” e “c”), a incidência da regra da anterioridade está condicionada a dois requisitos:

O preenchimento do suporte fático essencial: a instituição ou aumento de tributo;

A não configuração de nenhuma das exceções previstas no § 1º do art. 150, da Constituição.<sup>6</sup>

A propósito, Hugo de Britto Machado assevera que:

<sup>5</sup> Esclareça-se que, de acordo com o art. 34 da Lei nº 4.320/1964, “o exercício financeiro coincidirá com o ano civil”.

<sup>6</sup> Voto proferido na ADI-MC nº 4.016.

[...] o princípio da anterioridade da lei tributária é uma garantia que a Constituição oferece ao contribuinte contra o Estado, limitando o poder de tributar a este inerente. *Assim, a própria expressão literal dos dispositivos que corporificam esse princípio o indicam. Eles se referem a leis que constituem ou aumentam.* Por exclusão, portanto, não dizem respeito às leis que extinguem ou reduzem tributos.<sup>7</sup>

Assim, somente se tratando de instituição ou aumento de tributo, não contido nas exceções previstas no art. 150, § 1º, da Lei Maior<sup>8</sup>, a hipótese estaria sujeita à regra da anterioridade nonagesimal.

Diante disso, acertada foi a decisão do STF, pois extinguir ou reduzir desconto não é aumentar tributo. Isso porque a concessão de desconto, ou mesmo a sua retirada, não interfere no valor do tributo, mas, tão-somente, em vantagens conferidas aos contribuintes que, por exemplo, pretenderem quitá-lo antecipadamente. Trata-se, portanto, de alteração que versa sobre o pagamento do tributo, e não sobre o tributo em si. Como salientado pelo Ministro Gilmar Mendes, “Não se pode argumentar, por outro lado, que qualquer alteração na forma de pagamento do tributo equivale à sua majoração, ainda que de forma indireta”<sup>9</sup>.

De fato, o Código Tributário Nacional, em seu art. 160, parágrafo único, prevê que “A legislação tributária pode conceder desconto pela antecipação do pagamento, nas condições que estabeleça”.

Todavia, assim como a concessão de desconto não configura diminuição de tributo, da mesma forma, a redução ou a extinção desse benefício também não resulta majoração de tributo, o qual se mantém inalterado. Como efeito, o que se altera é o desconto, de modo que o aumento ou a diminuição do benefício não repercute no valor devido do tributo, que permanece essencialmente o mesmo.

Importante colacionar os seguintes esclarecimentos contidos no

7 MACHADO, Hugo de Brito Machado. *Curso de Direito Tributário*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 116.

8 “Art. 150[...]

§ 1º A vedação do inciso III, b, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, IV e V; e 154, II; e a vedação do inciso III, c, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, III e V; e 154, II, nem à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III, e 156, I” (grifo do autor).

9 Voto proferido na ADI-MC 4.016.

Código Tributário Nacional, acerca do que se entende por majoração de tributo, *verbis*:

Art. 97[...]

§ 1º Equipara-se à majoração do tributo a modificação da sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso.

§ 2º Não constitui majoração de tributo, para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo.

Como se vê, o CTN não faz qualquer referência à redução ou extinção de desconto como formas equiparadas de majoração de tributo. Ademais, esclarece que a atualização monetária do valor da base de cálculo, que também repercute no valor final a ser pago pelo contribuinte, não constitui aumento de imposto.

Portanto, diversamente do apontado pelo partido político, nem todas as alterações legislativas que, porventura, resultem aumento da quantia a ser desembolsada pelo contribuinte, configuram majoração de tributo.

Note-se que, na Lei nº 15.747/2007 do Estado do Paraná, não há qualquer alteração na base de cálculo do IPVA, nem da sua alíquota e nem outra forma de majoração do tributo, senão simplesmente redução e extinção de descontos outorgados àqueles contribuintes que, espontaneamente, adiram às condições para sua fruição, de modo que o valor do imposto continua exatamente o mesmo.

Além disso, a própria Constituição da República dispensou, expressamente, a fixação da base de cálculo do IPVA da regra da anterioridade nonagesimal (art. 150, § 1º, CF/88). Portanto, se o aumento da base de cálculo do IPVA – circunstância que, inevitavelmente, resultaria em aumento do valor do tributo – não está submetido à regra da noventena, com maior razão também não se submetem a tal regra a simples redução ou extinção de desconto para pagamento do tributo, como no caso do pagamento antecipado em parcela única.

A respeito cumpre ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já havia assentado alguns parâmetros acerca da aplicação do preceito da

anterioridade tributária, tornando ainda mais evidente a não sujeição de lei que extingue ou reduz desconto para pagamento de tributo ao prazo da noventena.

Com efeito, a Suprema Corte, por unanimidade, já havia entendido que a prorrogação do prazo de incidência de tributo não enseja a aplicação do princípio da anterioridade mitigada, previsto no art. 195, § 6º, da Lei Maior. Confira-se o seguinte trecho da ementa da ADI nº 2.666:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTRIBUIÇÃO PROVISÓRIA SOBRE MOVIMENTAÇÃO OU TRANSMISSÃO DE VALORES E DE CRÉDITOS E DIREITOS DE NATUREZA FINANCEIRA-CPMF (ARTS. 84 E 85, ACRESCENTADOS AO ADCT PELO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 37, DE 12 DE JUNHO DE 2002). [...] Ocorrência de mera prorrogação da Lei nº 9.311/96, modificada pela Lei nº 9.539/97, não tendo aplicação ao caso o disposto no § 6º do art. 195 da Constituição Federal. *O princípio da anterioridade nonagesimal aplica-se somente aos casos de instituição ou modificação da contribuição social, e não ao caso de simples prorrogação da lei que a houver instituído ou modificado. 3 - Ausência de inconstitucionalidade material.* (grifo do autor)<sup>10</sup>

Em seu voto proferido na ADI nº 2.666, a Ministra Ellen Gracie concluiu, verbis:

A Emenda Constitucional nº 37 [...] não trouxe nenhuma ofensa ao princípio da anterioridade nonagesimal. [...] A prorrogação em questão [...], pela sua natureza, não se subsume a nenhuma das *duas hipóteses em que se tem como obrigatória a observância do prazo nonagesimal: instituição ou majoração da contribuição social.* (grifo do autor)

Esse também é o entendimento do STF quanto à modificação dos fatores de indexação – simples atualização monetária – e à alteração do prazo para recolhimento da obrigação tributária (Súmula 669)<sup>11</sup>, todos

10 ADI nº 2.666, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 06/12/2002.

11 “Norma legal que altera o prazo de recolhimento da obrigação tributária não se sujeita ao princípio da anterioridade”.

casos não sujeitos ao princípio da anterioridade, justamente por não importarem criação ou aumento de tributo. Observem-se os seguintes julgados:

**TRIBUTO-ATUALIZAÇÃO-REGÊNCIA-ANTERIORIDADE.** *As normas das alíneas “a” e “b, inciso III, artigo 150 da Constituição Federal estão jungidas à instituição ou aumento de tributo, não alcançando simples reposição do poder aquisitivo da moeda e, portanto, correção monetária.*<sup>12</sup>

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO - MATÉRIA TRIBUTÁRIA - SUBSTITUIÇÃO LEGAL DOS FATORES DE INDEXAÇÃO - ALEGADA OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADQUIRIDO E DA ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA - INOCORRÊNCIA - SIMPLES ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA QUE NÃO SE CONFUNDE COM MAJORAÇÃO DO TRIBUTO - RECURSO IMPROVIDO.** [...] - *A modificação dos fatores de indexação, com base em legislação superveniente, não constitui desrespeito a situações jurídicas consolidadas (CF, art. 5º, XXXVI), nem transgressão ao postulado da não-surpresa, instrumentalmente garantido pela cláusula da anterioridade tributária (CF, art. 150, III, “b”).* [...] *Precedentes.*<sup>13</sup>

**TRIBUTÁRIO. ICMS. MINAS GERAIS. DECRETOS N.ºS 30.087/89 E 32.535/91, QUE ANTECIPARAM O DIA DE RECOLHIMENTO DO TRIBUTO E DETERMINARAM A INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DE ENTÃO. ALEGADA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA ANTERIORIDADE E DA NÃO-CUMULATIVIDADE.** *Improcedência da alegação, tendo em vista não se encontrar sob o princípio da legalidade estrita e da anterioridade a fixação do vencimento da obrigação tributária; já se havendo assentado no STF, de outra parte, o entendimento de que a atualização monetária do débito de ICMS vencido não afronta o princípio da não-cumulatividade (RE 172.394). Recurso não conhecido.*<sup>14</sup> (grifo do autor)

12 AI 194888 AgR/SP, Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, DJ de 6.2.1998.

13 RE 200844 AgR/PR, Min. Celso De Mello, 2ª Turma, DJ de 16.08.2002, grifou-se. No mesmo sentido: RE 268.003, Rel. Min. Moreira Alves, 2ª Turma, DJ de 10.8.2000.

14 RE 195.218, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJ de 02.8.02.

Ademais, entende a Suprema Corte que “Revogada a isenção, o tributo torna-se imediatamente exigível. Em caso assim, não há que se observar o princípio da anterioridade, dado que o tributo já é existente”<sup>15</sup>. Portanto, conforme concluiu o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto proferido na decisão sob análise,

Esses parâmetros já parecem ser suficientes para a análise da controvérsia constitucional debatida nesta ação.

Destarte, se até mesmo a revogação de isenção não tem sido equiparada pelo Tribunal à instituição ou majoração de tributo – ou seja, não se considera válida a assertiva segundo a qual a revogação da isenção equivale à edição de norma de incidência tributária –, parece certo, seguindo essa lógica, que a redução ou a extinção de um desconto para pagamento do tributo sob determinadas condições previstas em lei, como o pagamento antecipado em parcela única (a vista), não pode ser equiparada à majoração do tributo em questão, no caso, o IPVA.

Desse modo, a extinção e a redução de descontos para o pagamento de IPVA não equivalem à majoração de tributo, nem mesmo de forma indireta e, portanto, poderão ter efeitos imediatos, não havendo qualquer violação ao princípio da anterioridade tributária, o qual se aplica apenas em hipóteses de instituição ou aumento de tributo, não configuradas, todavia, nos preceitos do art. 1º, II, da Lei nº 15.747/2007 do Estado do Paraná.

Assim sendo, acertada foi a decisão do Supremo Tribunal Federal, merecendo, portanto, ser confirmada quando do julgamento final da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.016.

---

15 RE 204.062, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 27.9.96, DJ de 19.12.96.