

REVISTA DA AGU

Colaboradores:

Institucional

- Aldemario Araujo Castro

Palestra

- Min. José Néri da Silveira

Artigos

- Américo Luís Martins da Silva
- Angélica Moreira Dresch da Silveira
- Fábio Campelo Conrado de Holanda
- Gabriela Mansur Soares
- Homero Andretta Junior
- Jone Fagner Rafael Maciel
- Lucio Picanso Facci
- Luiz Antonio Miranda Amorim Silva
- Marcelo Jatobá Lôbo
- Marcos César Botelho
- Mariano Henrique Maurício de Campos
- Osiris Vargas Pellanda
- Rodrigo Araújo Ribeiro
- Rogério Emilio de Andrade

Parecer

- Ciro Carvalho Miranda

Jurisprudência

- Maria Leiliane Xavier Cordeiro

20

REVISTA DA
AGU

ANO VIII N° 20 - Brasília-DF, abr./jun. 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

Mauro Luciano Hauschild

COORDENADORA-GERAL

Juliana Sahione Mayrink Neiva

COORDENADORES DA REVISTA DA AGU

Mauro Luciano Hauschild

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, Denise Lucena Cavalcante, Fabiano André de Souza Mendonça, Fernando Netto Boiteux, Francisco Humberto Cunha Filho, Jefferson Carús Guedes, José Tadeu Neves Xavier, Luciana Barbosa Musse, Regina Linden Ruaro, Sérgio Augusto Zampol Pavani.

Membros Eletivos: Alexandre Bernardino Costa, Carlos José de Souza Guimarães, Cassio Cavalcante, Daniela Ferreira Marques, Fábio Campelo Conrado de Holanda, Marcelo Kokke Gomes, Maria Rosa Guimarães Loula, Nilma de Castro Abe, Robson Renaut Godinho, Rui Magalhães Piscitelli, Sueli Valentin Moro Miguel, Valério Rodrigues Dias.

Secretaria Editorial: Antonio Barbosa da Silva/Niuza G. Barbosa de Lima
ABNT(ADAPTAÇÃO)/Plan. Visual Niuza Gomes Barbosa de Lima
Capa Fabiana Marangoni Costa do Amaral

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

Revista da AGU – Advocacia-Geral da União
Ano VIII – Número 20 - Brasília-DF, abr./jun. 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 Importância Institucional da Corregedoria-geral da Advocacia da União no Contexto da Nova Advocacia Pública Federal <i>Aldemario Araujo Castro</i>	9
ARTIGOS	
Palestra - Simpósio Regional de Licitações, Contratos e Controle de Atos Administrativos <i>Ministro José Néri da Silveira</i>	29
Do Regime de Concessão do Direito de Superfície <i>Américo Luís Martins da Silva</i>	43
A Função Consultiva da Advocacia Geral da União na Prevenção da Corrupção nas Licitações e Contratações Públicas <i>Angélica Moreira Dresch da Silveira</i>	79
A Advocacia Pública como Tutora da Ética e do Resguardo dos Direitos Fundamentais <i>Fábio Campelo Conrado de Holanda</i>	119
Análise da Aplicação do Postulado da Proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal <i>Gabriela Mansur Soares, Mariano Henrique Maurício de Campos</i>	155
A União na Ação Popular: Facultatividade da Intervenção e Escolha do Pólo de Atuação <i>Homero Andretta Junior</i>	169
O Interesse de Agir na Postulação Judicial de Benefícios Previdenciários <i>Jone Fagner Rafael Maciel</i>	191
Do Prazo Prescricional para o Ajuizamento de Ação Civil Pública <i>Lucio Picanço Facci</i>	217

O O Efeito “carona” no Sistema de Registro de Preços <i>Luiz Antonio Miranda Amorim Silva</i>	245
Uma Reflexão sobre o Pagamento Intempestivo <i>Marcelo Jatobá Lôbo</i>	269
O Fornecimento de Medicamentos pelo Estado: Considerações à Luz do Klaus Günther <i>Marcos César Botelho</i>	286
Abandono de Cargo e Prescrição: uma Questão Tortuosa <i>Osiris Vargas Pellanda</i>	305
Os 40 Anos de Vigência do Código Tributário Nacional e as Dificuldades Técnicas de Instituição e Cobrança da Contribuição de Melhoria <i>Rodrigo Araújo Ribeiro</i>	325
A Influência do Pensamento Neoinstitucional nas Reformas do Poder Judiciário Brasileiro (an Analysis Of Current Judicial Reform In Brazil) <i>Rogério Emilio de Andrade</i>	339

PARECER

Solicitação de Medicamento <i>Ciro Carvalho Miranda</i>	361
------------------------------------------------------------------	-----

JURISPRUDÊNCIA

O Indeferimento da Antecipação dos Efeitos da Tutela nas Ações de Saúde <i>Maria Leiliane Xavier Cordeiro</i>	381
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

APRESENTAÇÃO

A Revista da Advocacia-Geral da União chega ao seu vigésimo número impresso abordando, com clareza e profundidade, diversos aspectos afetos à atuação dos advogados públicos federais na representação judicial da União e na consultoria e assessoramento ao Poder Executivo, em sua administração direta e indireta.

Na Seção Institucional, destaca-se a importância do papel da Corregedoria da AGU, sua missão institucional, bem como suas atividades e procedimentos. Trata-se, como já ressaltado em outras oportunidades, de controle interno indispensável ao bom funcionamento da Instituição, que deve dar exemplo de retidão e eficiência já que responsável pelo controle de legalidade dos atos da administração pública.

Os artigos científicos enfrentam temas técnicos específicos, caríssimos à atuação da Advocacia Pública, como o prazo prescricional para o ajuizamento da Ação Civil Pública, o sistema de registro de preços nas licitações, bem como temas mais abstratos, mas igualmente importantes como “A advocacia Pública como tutora da ética e do resguardo dos Direitos Fundamentais”.

Dada esta riqueza de temas e assuntos abordados, a Revista da AGU Nº 20, sem sombra de dúvidas, constitui um inestimável veículo de informação e reflexão dos temas afetos à atuação da Advocacia-Geral da União e seu importante papel de função essencial à justiça

José Antonio Dias Toffoli
Advogado-Geral da União

EDITORIAL

Mantendo a tradição de trabalhar com qualidade e profundidade os diversos temas ligados à atuação da Advocacia-Geral da União, a Revista da AGU N° 20 em suas três seções analisa diversos pontos institucionais, legais e jurisprudenciais ligados aos mais diversos assuntos.

O espaço institucional conta com a contribuição do Corregedor-Geral da Advocacia da União, Dr. Aldemário Araújo Castro, que discorre sobre as funções, procedimentos e atividades da Corregedoria-Geral da União, cumprindo, com excelência, a finalidade deste espaço da Revista.

Nos artigos, os temas são tratados por diversos enfoques, como é o caso da matéria licitatória, abordada nos textos “Função consultiva da Advocacia-Geral da União na prevenção da corrupção nas licitações e contratações públicas” e “Efeito carona no sistema de registro de preços”.

Outros temas técnicos são objetos de precisa análise, como se dá nos artigos relativos ao regime de concessão de direito de superfície, pagamento intempestivo e prazo prescricional para o ajuizamento da Ação Civil Pública.

O Direito Constitucional e a Teoria Geral do Direito também ganham, nesta edição, destaques importantes nos textos referentes a “Análise da aplicação do postulado da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal”, “A influência do pensamento neoinstitucional nas reformas do Poder Judiciário Brasileiro” e a “Tridimensionalidade e Nomogênese Jurídica em Miguel Reale”.

Por fim, o espaço reservado à Jurisprudência dá continuidade à finalidade desta seção ao abordar a temática ligada à antecipação dos efeitos da tutela nas ações de saúde, tema recorrente no Judiciário e que envolve diretamente interesses da União, seja por sua atuação direta ou indereta.

A IMPORTÂNCIA INSTITUCIONAL DA CORREGEDORIA-GERAL DA ADVOCACIA DA UNIÃO NO CONTEXTO DA NOVA ADVOCACIA PÚBLICA FEDERAL

*Aldemario Araujo Castro
Procurador da Fazenda Nacional, Corregedor Geral da
Advocacia da União, Mestre em Direito pela
Universidade Católica de Brasília – UCB*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Competências. 3. Atividades correicionais; 3.1 Procedimentos correicionais extraordinários. 3.2 Atividades correicionais em números; 4 Atividades correicionais relacionadas com o estágio confirmatório; 5 Atividades disciplinares. 5.1 Atividades disciplinares em números; 6 Atividades de apoio a julgamento; 6.1 Atividade de apoio ao julgamento em números; 7 Outros registros quantitativos das atividades da Corregedoria. 8 Os principais condicionamentos da ação da Corregedoria-Geral da Advocacia da União no atual contexto da Advocacia Pública Federal; 8.1 Instrumentos utilizados pela Corregedoria para enfrentar os desafios dos novos tempos da Advocacia Pública Federal; 8.2 Independência técnica do advogado público federal; 9 Conclusões.

RESUMO: A Corregedoria-Geral da Advocacia da União possui importante missão disciplinar. Possui, ainda, papel de relevo na identificação e superação dos problemas mais sensíveis que impedem ou dificultam o alcance de padrões adequados de eficiência do serviço jurídico. A Corregedoria, com cautela redobrada, respeito à dignidade funcional do advogado público e atenta ao momento de transformações culturais por que passa a Advocacia Pública Federal, constrói, com energia e cuidado, um padrão de atuação que permite dar tratamento adequado aos multifacetados casos analisados.

PALAVRAS-CHAVE: corregedoria. Competências. Disciplinar. Correicional. Cautelas. Contexto.

1 INTRODUÇÃO

Normalmente, são associadas imagens negativas às corregedorias, órgãos invariavelmente voltados para a persecução disciplinar nos vários âmbitos das atividades estatais. Identificar desvios funcionais e viabilizar as conseqüentes punições administrativas são atividades necessárias, todos reconhecem, mas não se deixa de encarar tais ações correicionais com uma boa dose de “desconforto”.

No caso específico da Corregedoria-Geral da Advocacia da União (CGAU/AGU), o papel a ser desempenhado pelo órgão é bem mais amplo e estratégico. Primeiro, porque suas competências vão além da estrita atividade disciplinar, como será adiante anotado. Segundo, porque a Advocacia Pública Federal passa por um singular, instigante e desafiador momento de transformações profundas de procedimentos e comportamentos.

2 COMPETÊNCIAS

As atribuições conferidas à Corregedoria-Geral da Advocacia da União pelos artigos 50, 60 e 32 da Lei Complementar no 73, de 1993, e por normas internas expedidas pelo Advogado-Geral da União, podem ser classificadas em quatro grupos: a) a atividade correicional em sentido estrito; b) a coordenação do estágio confirmatório dos Membros da AGU; c) a atividade disciplinar, que compreende a instauração de sindicâncias e processos administrativos disciplinares em relação aos Membros da AGU e d) a atividade de apoio ao julgamento, pelo Advogado-Geral da União, de sindicâncias e processos administrativos disciplinares.

Cumpra observar que a Corregedoria-Geral da Advocacia da União atua como órgão de fiscalização disciplinar das atividades funcionais dos membros da Advocacia-Geral da União. Entendem-se por membros da AGU, nos termos do art. 20, § 50, da Lei Complementar no 73, de 1993, os Advogados da União e os Procuradores da Fazenda Nacional, entre outros¹. Assim, não estão abrangidos na competência

1 “São membros da Advocacia-Geral da União: o Advogado-Geral da União, o Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, o Consultor-Geral da União, o Corregedor-Geral da Advocacia da União, os Secretários-Gerais de Contencioso e de Consultoria, os Procuradores Regionais, os Consultores da União, os Corregedores-Auxiliares, os Procuradores-Chefes, os Consultores Jurídicos, os Procuradores Seccionais, os Advogados da União, os Procuradores da Fazenda Nacional e os Assistentes Jurídicos”.

disciplinar da Corregedoria, os Procuradores Federais² e os servidores administrativos da AGU³.

Na atividade correicional, a Corregedoria-Geral da Advocacia da União possui as atribuições de: a) fiscalizar as atividades e apreciar as representações relativas à atuação dos membros da Advocacia-Geral da União; e b) aferir a regularidade e a eficácia dos serviços jurídicos dos órgãos integrantes da AGU, ou a ela vinculados, sugerindo as providências necessárias ao seu aprimoramento (Lei Complementar no 73, de 1993, artigos 5o, incisos I, II e III, 6o, 32 e 33).

Com relação à atividade de coordenação de estágio confirmatório dos membros da Advocacia-Geral da União, a Corregedoria coordena e supervisiona as avaliações realizadas pelas chefias jurídicas imediatas e emite parecer ao Conselho Superior da AGU sobre o desempenho dos servidores avaliados, opinando, fundamentadamente, pela confirmação no cargo ou exoneração do servidor (Lei Complementar no 73, de 1993, artigos 5o, incisos IV e V, e 7o, inciso III).

No tocante à atividade disciplinar, a Corregedoria instaura as medidas disciplinares contra membros da AGU, na forma prevista no art. 5o, inciso VI, da Lei Complementar no 73, de 1993, e as coordena, quando a sua instauração exige Portaria do Advogado-Geral da União, ou Portaria Conjunta com outros Ministros de Estado.

A Corregedoria presta, ainda, informações a inúmeros órgãos (Ministério Público Federal, Polícia Federal, Tribunal de Contas da União, Controladoria-Geral da União, etc) e fornece subsídios necessários à defesa da União e dos atos atribuídos às diversas autoridades no âmbito da Advocacia-Geral da União, relacionados à matéria disciplinar.

Na atividade de apoio ao julgamento, a Corregedoria elabora as manifestações para subsidiar julgamentos de sindicâncias e processos administrativos disciplinares pelo Advogado-Geral da União (Portaria AGU no 415, de 2007).

2 Nos termos do art. 11, § 2o, inciso VI, da Lei no 10.480, de 2 de julho de 2002, compete ao Procurador-Geral-Federal instaurar sindicâncias e processos administrativos disciplinares contra integrantes da carreira de Procurador Federal.

3 A Portaria AGU no 611, de 16 de agosto de 2002, delegou ao Secretário-Geral da AGU a competência para instauração de sindicâncias e processos administrativos disciplinares contra servidores da AGU.

3 ATIVIDADES CORREICIONAIS

A atividade correicional desenvolve-se por meio da realização de correições ordinárias e extraordinárias, de procedimentos correicionais e da elaboração de Notas Técnicas⁴.

As correições ordinárias, conforme os artigos 50, inciso II e 32, inciso I, da Lei Complementar no 73, de 1993, são promovidas a partir de um cronograma estabelecido pelo Corregedor-Geral da Advocacia da União, para verificações de caráter geral, com o objetivo de produzir informações de natureza gerencial, que forneçam subsídios às decisões das autoridades incumbidas da gestão dos serviços jurídicos da instituição.

Nas correições ordinárias são observados, em relação à unidade correicionada, os seguintes aspectos:

- a) estrutura organizacional;
- b) estrutura material;
- c) estrutura de pessoal;
- d) serviços terceirizados;
- e) sistemas de informação;
- f) serviços administrativos;
- g) gestão institucional; e
- h) representação judicial ou atividades de consultoria e assessoramento jurídicos.

As questões relacionadas a eventuais faltas funcionais, ou outras irregularidades identificadas, são tratadas, de modo apartado, em

⁴ As notas técnicas são manifestações jurídicas da Corregedoria exaradas no âmbito de suas atribuições, especialmente na apreciação de representações contra membros da Advocacia-Geral da União ou no deslinde de alguma questão especialmente relevante.

Relatórios de Procedimentos Correicionais Extraordinários e Relatórios Especiais de Correição. Com isso, os relatórios das correições ordinárias, e a consolidação dos dados deles resultantes, depois de submetidos ao Advogado-Geral da União, podem ser destinados ao conhecimento geral no âmbito da instituição ou fora dela. Tal providência instrumentaliza o estudo e a discussão dos pontos contidos nos relatórios, viabilizando o acompanhamento sistematizado das medidas adotadas pelos diversos gestores, responsáveis pela adoção das providências destacadas.

O artigo 32, inciso I, da Lei Complementar no 73, de 1993, determina que as correições ordinárias se façam anualmente, pelo Corregedor-Geral e seus auxiliares. A atribuição de promover correição nos órgãos da Advocacia-Geral da União, ou a ela vinculados, abrange um universo de mais de 1.100 (mil e cem) órgãos jurídicos distribuídos por todo o território nacional. A atividade compreende todos os órgãos de direção superior da AGU, além de todas as projeções da Procuradoria-Geral da União (PGU), da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), da Procuradoria-Geral Federal (PGF) e da Consultoria-Geral da União (CGU), em especial as Consultorias Jurídicas dos Ministérios (CONJURs).

As correições extraordinárias, de acordo com os artigos 50, inciso II e 32, inciso II, da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, são realizadas por meio de inspeção *in loco* no órgão correicionado, e objetivam a verificação de aspecto específico da atividade da unidade, ou o exame de questão tópica, relativa à atuação funcional de membro ou órgão da Advocacia-Geral da União.

Nos dois últimos anos, a Corregedoria-Geral da Advocacia da União tem experimentado uma intensificação quantitativa e qualitativa das atividades correicionais. Nesse sentido, destacam-se:

a) a realização de ações correicionais com caráter de transversalidade (não voltadas para órgãos jurídicos específicos) com o objetivo de identificar de forma mais eficiente as irregularidades, o tratamento de relevâncias e os problemas estruturais do serviço jurídico. Merecem registros especiais: a.1) o procedimento correicional extraordinário instaurado para aferir o perfil da força de trabalho nas Consultorias Jurídicas dos Ministérios⁵; a.2) a correição extraordinária

5 Apuração realizada em 2007 identificou a atuação de 520 profissionais de direito, sendo 210 estranhos às carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União.

para verificação da regularidade de atuação nos processos judiciais que geraram os maiores precatórios pagos pela União, suas autarquias e fundações e a.3) a correição extraordinária voltada para as atividades de interposição de recursos dirigidos aos Tribunais Superiores e os vários aspectos relacionados com a produção de notas de não-interposição de recursos;

b) a realização de ações correicionais em unidades jurídicas com perfil similar (todas as Regionais da Procuradoria-Geral da União e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, por exemplo), a confecção de relatórios especiais de caráter comparativo e a tentativa, a partir desse trabalho, de identificar os mais importantes problemas do serviço jurídico realizado pela instituição;

c) a realização, com caráter de ineditismo, de correições nos órgãos de direção superior da AGU (Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, Procuradoria-Geral da União, Procuradoria-Geral Federal, Consultoria-Geral da União e Secretaria-Geral de Contencioso);

d) o início das atividades dos grupos correicionais regionais, com a mobilização de uma quantidade significativa de advogados públicos para a realização de atividades de verificação da regularidade de atuação nos processos judiciais de interesse da União, suas autarquias e fundações;

e) a correição ordinária na Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social que identificou a probabilidade de perda, por decadência, de bilhões de reais em créditos tributários. O Relatório Especial de Correição no 3, de 2008, registrou a existência de mais de 1.500 (mil e quinhentos) processos administrativos pendentes de análise por parte da CONJUR/MPS referentes aos recursos a serem julgados pelo Ministro da Previdência Social sobre questões relativas ao preenchimento dos requisitos para a concessão dos Certificados de Entidade Beneficente de Assistência Social – CEBAS.

3.1 PROCEDIMENTOS CORREICIONAIS EXTRAORDINÁRIOS

Os procedimentos correicionais, desenvolvidos no exercício das atribuições previstas nos artigos 50, inciso II e 32, inciso II, da Lei Complementar no 73, de 1993, quando a investigação não requeira deslocamento da equipe correicional para fins de inspeção in loco,

buscam a análise de informações relativas ao órgão correicionado, ou à Membro da AGU, cuja atuação funcional estiver sendo examinada, de ofício ou a partir de representação.

Em regra, o procedimento correicional extraordinário, quando instaurado para análise de possível irregularidade na atuação funcional, reúne a notícia da infração, a manifestação do advogado público interessado, o pronunciamento da chefia imediata do servidor e outras diligências reputadas necessárias pelo condutor da verificação.

O procedimento correicional extraordinário tem sido utilizado largamente pela Corregedoria-Geral da Advocacia da União como instrumento para conferir segurança e consistência na formulação do chamado juízo de admissibilidade para instauração de sindicâncias e processos administrativos disciplinares.

Assim, ao final do procedimento correicional extraordinário a Corregedoria conclui:

- a) pela ausência de infração disciplinar pura e simplesmente;
- b) pela ocorrência de uma anormalidade decorrente, total ou majoritariamente, de problemas gerenciais ou de gestão;
- c) pela ocorrência de uma irregularidade sem densidade suficiente para atrair uma apuração disciplinar;
- d) pela necessidade de instauração de sindicância investigativa;
- e) pela necessidade de instauração de sindicância acusatória; ou
- f) pela necessidade de instauração de processo administrativo disciplinar.

3.2 ATIVIDADES CORREICIONAIS EM NÚMEROS

No exercício da atividade correicional, foram observados os seguintes quantitativos em 2007 e 2008:

ATIVIDADES	2007	2008
Relatórios de Procedimento Correicional Extraordinário	99	113
Relatórios de Procedimento Correicional Ordinário	00	00
Relatórios de Correição Extraordinária	01	02
Relatórios de Correição Ordinária	32	23
Relatórios Especiais de Correição	15	05
Notas Técnicas	156	331
TOTAL	303	474

4 ATIVIDADES RELACIONADAS COM O ESTÁGIO CONFIRMATÓRIO

São basicamente dois os diplomas normativos aplicáveis ao processo de avaliação do estágio confirmatório dos Membros da AGU: a) a Portaria AGU no 342, de 2003, e b) a Instrução Normativa CGAU/AGU no 1, de 2000.

Segundo os atos normativos aludidos, até o trigésimo mês do período de estágio confirmatório, a Corregedoria coordena três avaliações realizadas pelas chefias imediatas em relação aos seguintes aspectos:

- a) assiduidade;
- b) disciplina;
- c) capacidade de iniciativa;
- d) produtividade;
- e) capacidade técnica; e
- e) responsabilidade funcional.

São três as possíveis menções para cada aspecto: abaixo do esperado, esperado e acima do esperado. Até o trigésimo segundo mês do período de estágio, a Corregedoria encaminha parecer conclusivo (pela confirmação ou não) ao Advogado-Geral da União. Recebido o parecer da

Corregedoria, o Advogado-Geral da União constitui comissão especial de avaliação (em atenção ao art. 41 da Constituição). O relatório final da comissão especial é remetido ao Advogado-Geral da União e, depois, ao Conselho Superior da AGU. O Conselho Superior da AGU expede resolução confirmando o avaliado no cargo e declarando-o estável no serviço público. Na hipótese de não confirmação, o caso é encaminhado ao Advogado-Geral da União para a adoção das providências pertinentes.

O Parecer AGU no AC-17, de 2004, aprovado pelo Presidente da República, reconhece como de 36 (trinta e seis) meses o lapso temporal do estágio probatório ou confirmatório, desde 5 de junho de 1998, por força da Emenda Constitucional no 19, de 1998. Essa premissa foi reafirmada pelo Parecer no AGU/AV-02, de 2008, aprovado por despacho do Advogado-Geral da União datado de 26 de fevereiro de 2009.

O processamento do estágio confirmatório dos membros da Advocacia-Geral da União (Advogados da União e Procuradores da Fazenda Nacional) ocorre por intermédio de um sistema informatizado (GADE). Esse sistema incrementou, de forma considerável, a agilidade no encaminhamento das avaliações realizadas pelas chefias jurídicas imediatas e reduziu a necessidade de documentos e processos físicos.

4.1 ATIVIDADES RELACIONADAS COM O ESTÁGIO CONFIRMATÓRIO EM NÚMEROS

Os quantitativos relacionados com a coordenação do estágio confirmatório dos membros da Advocacia-Geral da União são os seguintes em 2007 e 2008:

AVALIAÇÕES DE ESTÁGIO CONFIRMATÓRIO CONCLUÍDAS

	PARECERES	CONFIRMADOS
2007	4	4
2008	13	360

AVALIAÇÕES DE ESTÁGIO CONFIRMATÓRIO EM ANDAMENTO

2007	1.206
2008	972

5 ATIVIDADES DISCIPLINARES

As atividades disciplinares realizadas pela Corregedoria envolvem basicamente: a) instauração de processos administrativos disciplinares em sentido estrito e sindicâncias (investigativas, acusatórias e patrimoniais⁶); b) coordenação de instaurações que envolvem o Advogado-Geral da União e outras autoridades; c) coordenação dos trabalhos das comissões com o fornecimento de condições logísticas (espaço físico, diárias e passagens); d) assessoramento jurídico para o trabalho das comissões; e) registros relacionados com a atividade; f) emissão de certidões, e g) prestação de informações para auxiliar a atuação judicial da União e a realização de atividades pelo Tribunal de Contas da União, Controladoria-Geral da União, Polícias Federal e Civil e o Ministério Público.

Sem qualquer interferência nos aspectos relativos ao mérito das investigações, de modo a assegurar às comissões processantes a independência exigida pelo art. 150 da Lei no 8.112, de 1990, o respeito às formalidades essenciais à garantia dos princípios do contraditório e da ampla defesa e o sigilo necessário à condução dos trabalhos apuratórios, são utilizados instrumentos que permitem à Corregedoria acompanhar permanentemente, por meio da sua Coordenadoria de Medidas Disciplinares (CMD/CGAU), a evolução procedimental das medidas disciplinares por ela instauradas e coordenadas, com a possibilidade do fornecimento imediato de relatórios, sempre que necessários.

Cumprindo observar, nessa seara, a edição da Portaria Interministerial AGU/MF no 16, de 2008. O ato em questão superou os diplomas normativos anteriores e fixou as seguintes definições básicas:

a) formação de um quadro de 40 (quarenta) Procuradores da Fazenda Nacional e Advogados da União mobilizados para as atividades disciplinares (e correicionais) conduzidas pela Corregedoria-Geral da Advocacia da União;

b) exclusividade de atuação dos membros da AGU envolvidos nessas atividades; e

6 Nos últimos dois anos foram instauradas as primeiras sindicâncias patrimoniais voltadas para membros da AGU.

c) distribuição da força de trabalho mobilizada de forma proporcional ao quantitativo de advogados públicos em exercício em cada um dos órgãos envolvidos nas indicações (Procuradoria-Geral da União, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e Consultoria-Geral da União).

Anualmente, desde 2005, são realizados, em ação conjunta com a Escola da AGU, a Procuradoria-Geral Federal (PGF), a Controladoria-Geral da União (CGU), a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) e a Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil, cursos de processo administrativo disciplinar, com cerca de 40 (quarenta) horas/aula, para os futuros integrantes de comissões processantes⁷.

5.1 ATIVIDADES DISCIPLINARES EM NÚMEROS

A evolução do número de processos administrativos disciplinares (em sentido amplo) instaurados pode ser observada no quadro que segue.

ANO	PROCESSOS INSTAURADOS
2003	10
2004	13
2005	24
2006	38
2007	79
2008	66

O aumento progressivo do número de processos administrativos disciplinares instaurados decorre: a) do aprimoramento metodológico e instrumental da atividade correicional, que resultou num exame mais detalhado da verificação da regularidade e eficácia dos serviços prestados pelos órgãos jurídicos; b) do aumento do número de representações contra membros da Advocacia-Geral da União; e c) do fato de ter sido dirimido, em 2006, o conflito positivo de competência que era sustentado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional desde a edição da Lei Complementar no 73, de 1993.

⁷ É digno de registro que são raríssimos os casos de anulação judicial de processos administrativos disciplinares conduzidos pelas comissões processantes designadas pelo Corregedor-Geral da Advocacia da União e pelo Advogado-Geral da União.

Quanto a esse último aspecto, importa destacar que, na visão da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, seria ela também competente para a instauração de processos administrativos disciplinares destinados à apuração da licitude da conduta de Procuradores da Fazenda Nacional, tendo em vista a sua subordinação administrativa ao Ministério da Fazenda. Essa divergência de entendimento restou superada com o julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, do Mandado de Segurança no 10908/DF, que anulou processo administrativo disciplinar instaurado pela PGFN, e concluiu ser a competência para tal medida privativa da Corregedoria-Geral da Advocacia da União.

6 ATIVIDADE DE APOIO A JULGAMENTO

Com a edição da Portaria no 415, de 2007, foi transferida para a Corregedoria-Geral da Advocacia da União a competência para elaborar as notas que irão subsidiar julgamentos de sindicâncias e processos administrativos disciplinares pelo Advogado-Geral da União.

Nas aludidas manifestações são analisadas: a) a regularidade formal da condução dos trabalhos; b) a correta aplicação da legislação vigente; c) a plausibilidade das conclusões; e d) a adequação das eventuais penas propostas.

Em 2008, houve a disponibilização no site da AGU, na área reservada à Corregedoria, do EMENTÁRIO DE NOTAS TÉCNICAS DE APOIO AOS JULGAMENTOS DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES PELO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO.

6.1 ATIVIDADE DE APOIO AO JULGAMENTO EM NÚMEROS

Em 2007 e 2008, foram elaboradas, respectivamente, 17 (dezessete) e 75 (setenta e cinco) manifestações para subsidiar julgamentos de sindicâncias e processos administrativos disciplinares.

7 OUTROS REGISTROS QUANTITATIVOS DAS ATIVIDADES DA CORREGEDORIA

Em 2007 e 2008, no exercício das atividades relatadas nos tópicos anteriores, a Corregedoria-Geral da Advocacia da União produziu vários

tipos de documentos cujos quantitativos são informados no quadro que segue⁸:

DOCUMENTOS	2007	2008
Portarias do Corregedor-Geral	338	648
Ordens de Serviço	11	07
Notas do Corregedor-Geral	46	59
Informações	708	784
Subsídios para a defesa da União	04	22
Despachos	3535	4321
Ofícios	1095	1507
Memorandos	795	944
Certidões emitidas	80	134
Informações ao Ministro	-	185

8 OS PRINCIPAIS CONDICIONAMENTOS DA AÇÃO DA CORREGEDORIA-GERAL DA ADVOCACIA DA UNIÃO NO ATUAL CONTEXTO DA ADVOCACIA PÚBLICA FEDERAL

São basicamente três, no momento atual, os principais condicionamentos “não-normativos” ou “externos” sobre a atuação da Corregedoria-Geral da Advocacia da União:

- a) o significativo processo de transformação cultural na forma de exercício da advocacia pública;
- b) o reconhecimento da peculiar dignidade funcional dos advogados públicos; e
- c) a redobrada cautela ou prudência na atuação diante de ausência ou insuficiência de padrões normativos balizadores do exercício da advocacia pública no atual contexto de mudanças.

Em primeiro lugar, como foi dito, a Advocacia Pública Federal

⁸ É preocupante a evolução dos dados relacionados com a força de trabalho da CGAU/AGU. Com efeito, paralelamente ao aumento quantitativo e qualitativo das atividades da Corregedoria, acontece uma paulatina redução do número de servidores em exercício na Casa Correicional. Registre-se que, no final do ano de 2005, eram 26 (vinte e seis) os advogados públicos em exercício na CGAU/AGU. Ao final de 2008, esse número caiu para 20 (vinte). Em termos de servidores administrativos, o órgão já contou com 43 (quarenta e três) agentes em 2002. Ao final de 2008, esse último número caiu para 31 (trinta e um).

passar por um singular, instigante e desafiador momento de transformações profundas de procedimentos e comportamentos. Trata-se de uma fase de transição cultural que deixa para trás uma certa forma de exercer a advocacia pública e inicia a construção de ferramentas e instrumentos ajustados a um novo padrão de desempenho dos advogados públicos. Neste momento, valores do passado, construídos e assentados durante décadas, perdem continuamente força e sentido diante do surgimento de novos paradigmas de atuação funcional.

Um dos mais emblemáticos exemplos da velha forma de atuação no seio da Advocacia Pública Federal reside na diretriz, delineada e alimentada durante anos, de que o advogado público deveria manejar todos os recursos processuais possíveis, adiando indefinidamente o término do processo judicial e, na medida do possível, percorrendo todas as instâncias do Poder Judiciário.

Em segundo lugar, cresce e ganha consistência o processo de reconhecimento da dignidade funcional especial dos advogados públicos federais, como de resto de todos os advogados públicos. Essa condição funcional específica decorre de três vetores político-jurídicos de relevo:

- a) a natureza intelectual da atuação do Advogado Público (que, via de regra, produz manifestações técnico-jurídicas lançando mão de recursos de argumentação e de retórica, essa última na sua melhor e mais nobre acepção);
- b) o status constitucional das carreiras e das funções institucionais desempenhadas⁹; e

9 “O Texto Maior definiu, no caput do art. 131, as funções institucionais da Advocacia-Geral da União. Com efeito, a representação judicial e extrajudicial da União e a consultoria e o assessoramento jurídicos do Poder Executivo são deveres funcionais a serem exercitados no âmbito da instituição ou, em outras palavras, pelo sistema de órgãos jurídicos da Advocacia Pública Federal.

Ocorre que o mesmo art. 131 da Constituição, agora no parágrafo segundo, prescreveu que o ingresso nas classes iniciais das carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União será efetivado por meio de concurso público de provas e títulos.

O disposto no art. 131, parágrafo segundo, merece especial atenção. Afinal, a exigência de concurso para ingresso nos cargos públicos já está inscrita no art. 37, inciso II, da mesma Carta Magna. Não é crível admitir que o comando consiste em mera repetição da salutar e republicana definição constitucional. São outras, portanto, as finalidades do parágrafo segundo do art. 131 da Constituição.

Os dois sentidos mais importantes do dispositivo em comento, notadamente quando realçada a sua topografia, como parágrafo do art. 131, são: a) a fixação do status ou dignidade constitucional das carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União e b) a definição de que as funções institucionais da Advocacia-Geral da União são exercitáveis pelos integrantes de suas carreiras jurídicas.

c) os estratégicos interesses públicos geridos ou administrados.

Nessa seara, um bom exemplo a ser dado consiste na equivocada tentativa de submeter os advogados públicos ao controle da tradicional “folha de ponto” (com registro de horários fixos de entrada e saída nos expedientes da manhã e da tarde). É evidente que tal instrumento, adequado para a grande maioria dos servidores públicos, por conta da natureza do trabalho por esses realizados, não se amolda à natureza e ao status das atribuições exercidas pelos advogados públicos. Com efeito,

O primeiro sentido, reafirmado, ainda no Texto Maior, precisamente no art. 29, parágrafo segundo, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias⁶, impõe conseqüências bem definidas, notadamente no campo remuneratório e das prerrogativas e garantias para o exercício isento das atribuições. Embora as presentes considerações estejam voltadas para o referido segundo sentido do parágrafo segundo do art. 131 da Constituição, não custa registrar, desde logo, alguns dos seus mais importantes desdobramentos, como nítidos imperativos constitucionais, na esteira do primeiro sentido.

Assim, o status constitucional das carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União, em presença simétrica com as carreiras que dão vida às demais funções essenciais à Justiça, exige a fixação, no plano legal, de um regime jurídico paritário. Tal paridade deve ser efetivada em remunerações estabelecidas nos mesmos níveis e em prerrogativas e sujeições similares e condizentes com o exercício das atribuições específicas.

Ressalte-se, neste passo, um quadro dos mais perversos para com a advocacia pública federal. Tratam-se dos ‘esquecimentos’ da fixação das prerrogativas necessárias para o exercício isento e eficiente das funções desse estratégico segmento do Estado e da definição de patamares remuneratórios compatíveis, evitando, inclusive, o ‘carnibalismo’ entre carreiras jurídicas, com as mais nefastas conseqüências daí decorrentes. Por outro lado, as sujeições são ‘convenientemente’, e de forma isolada, ‘lembradas’. Observe-se que o exercício da advocacia pelos membros da Advocacia-Geral da União, somente nas funções institucionais foi consagrado com acerto no art. 28, inciso I, da Lei Complementar nº 73, de 19937. Recentemente, por força do art. 6º da Lei nº 11.890, de 2008, decorrente da conversão da Medida Provisória nº 440, de 2008, foi veiculada uma nova sujeição ou restrição: ‘... regime de dedicação exclusiva, com o impedimento do exercício de outra atividade remunerada, pública ou privada, potencialmente causadora de conflito de interesses, ressalvado o exercício do magistério, havendo compatibilidade de horários’.

Retomamos o segundo sentido do parágrafo segundo do art. 131 da Constituição.

As funções de assessoramento, consultoria e representação judicial e extrajudicial da União são estratégicas para o Estado. Afinal, a existência e a continuidade de cruciais decisões governamentais e de imprescindíveis políticas públicas dependem necessariamente das várias formas de atuação jurídica da Administração Pública. Ademais, o resguardo do patrimônio público, em sentido amplo, contra toda sorte de investidas indevidas depende de uma Advocacia Pública forte e aparelhada, em todos os sentidos, para resistir aos ataques oriundos dos interesses mais diversificados.

Nessa linha, o constituinte foi sábio. Não só criou a instituição Advocacia-Geral da União, mas também previu expressamente o seu princípio ativo, a sua sustentação visceral: as carreiras jurídicas da instituição⁸. Depreende-se, pois, do discurso constitucional que instituição e carreiras formam uma necessária simbiose. Não existe um sem o outro.

Seguramente, não existiria, como efetivamente não existe, espaço constitucional para o exercício descompromissado das funções institucionais da Advocacia-Geral da União. Não possui o menor sentido ‘capturar’, no mercado dos interesses predominante privados, profissionais que, sem perda dos vínculos com esses últimos interesses, passem a gerir ou ‘defender’, por espasmos, por conveniências, interesses públicos tão relevantes”. CASTRO, Aldemario Araujo. Da privatividade do exercício das funções institucionais da Advocacia-Geral da União por seus Membros. Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br/privatividade.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2009.

o controle, e deve existir controle, sobre as atividades funcionais dos advogados públicos precisa ajustar-se às peculiaridades e a natureza das funções exercidas¹⁰.

Em terceiro lugar, leva-se em consideração que a prudência, a cautela, o cuidado, próprios da atuação de todos os órgãos de controle, ganham especial reforço e relevo diante da insuficiência ou ausência de padrões normativos que possam ser utilizados para contrastar com a conduta específica do advogado público levada ao conhecimento da Corregedoria-Geral da Advocacia da União.

8.1 INSTRUMENTOS UTILIZADOS PELA CORREGEDORIA PARA ENFRENTAR OS DESAFIOS DOS NOVOS TEMPOS DA ADVOCACIA PÚBLICA FEDERAL

Assim, a Corregedoria-Geral da Advocacia da União atua sobre essa realidade funcional complexa, multifacetada e em transformação acelerada. Tais circunstâncias moldam ou balizam profundamente as variadas atividades correicionais realizadas pela Corregedoria.

Nessa perspectiva, uma das principais preocupações (e esforços) no âmbito da Corregedoria-Geral da Advocacia da União nos últimos anos foi justamente desenvolver ferramentas ou instrumentos que permitissem tratar com mais propriedade as ocorrências ou notícias de supostas irregularidades na atuação funcional de advogados públicos e nos órgãos jurídicos da instituição.

Destacamos, nesse passo, quatro instrumentos de extrema importância na ação atual da Corregedoria-Geral da Advocacia da União:

- a) os procedimentos correicionais extraordinários;
- b) a Ordem de Serviço CGAU no 3, de 2008;

10 Nesse sentido, a CGAU/AGU apresentou, ao Advogado-Geral da União, depois de ampla discussão com todos os órgãos de direção superior da Advocacia Pública Federal, uma proposta de regulamentação da forma de controle das atividades funcionais dos membros da AGU, Procuradores Federais e Procuradores do Banco Central do Brasil. Esse ato afasta, de vez, a inadequada utilização da tradicional “folha de ponto” pelos advogados públicos. Na mesma linha, também foi apresentada minuta de regulamentação do exercício de atividades de magistério pelos advogados públicos federais.

c) o ementário de notas técnicas de apoio aos julgamentos de processos administrativos disciplinares; e

d) o glossário de entendimentos e atos normativos.

Os procedimentos correicionais extraordinários, como destacado, permitem uma análise mais aprofundada de cada possível irregularidade levada ao conhecimento da Corregedoria. Por essa via, é possível concretizar a antes referida cautela redobrada exigida nestes tempos de mudanças radicais no âmago do exercício da advocacia pública.

Conforme a Ordem de Serviço CGAU/AGU no 3, de 2008, a análise das ocorrências de “perdas de prazos” processuais, caracterizadas pela não-apresentação da manifestação judicial pertinente no prazo fixado em lei ou pelo juízo, considerará, na medida do possível, 16 (dezesesseis) diretrizes expressas, entre elas: contexto pessoal e funcional da atuação do advogado público responsável pela prática do ato processual; volume de trabalho atribuído ao advogado público responsável pela prática do ato processual e manifestação escrita do advogado responsável pela prática do ato processual onde constem as razões para a não-atuação.

O GLOSSÁRIO de atos normativos e entendimentos, disponibilizado no site da AGU, na área reservada à Corregedoria, contém uma lista de temas ou assuntos significativos, relacionados com as atribuições da Casa Correicional, onde estão indicados os atos normativos pertinentes e os entendimentos firmados no âmbito da Advocacia-Geral da União. Trata-se de um importante instrumento de referência e orientação na atuação dos advogados públicos federais.

8.2 INDEPENDÊNCIA TÉCNICA DO ADVOGADO PÚBLICO FEDERAL

Um dos temas mais relevantes e delicados para os advogados públicos federais consiste justamente na independência técnica no exercício, em suas múltiplas facetas, de suas funções institucionais. Em tempos de mudanças de comportamentos e valores no seio da advocacia pública, a temática assume especial importância. Com efeito, no momento atual as já difíceis fronteiras do manejo regular da independência técnica ganham contornos de indefinição e imprecisão mais acentuados.

Curiosamente, ressalvada a menção genérica para todos os advogados presente no Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil¹¹, a independência técnica do advogado público federal parece não estar contemplada expressamente em nenhum dispositivo legal. Entretanto, foi reconhecida explicitamente:

- a) no Parecer GQ-24 (vinculante, porque aprovado pelo Presidente da República);
- b) em manifestações do Advogado-Geral da União; e
- c) em inúmeros pronunciamentos da Corregedoria-Geral da Advocacia da União.

Ressalte-se que a Corregedoria-Geral da Advocacia da União avançou no trato da questão, para além da simples afirmação da existência de independência técnica. A Casa Correicional da AGU vem ponderando:

- a) que a independência técnica é relativa;
- b) o exercício regular da independência técnica pressupõe decisões e manifestações razoáveis e adequadas; e
- c) a independência técnica não pode esquecer ou desconsiderar os interesses públicos defendidos pelos advogados públicos em juízo, circunstância que reclama combatividade e mitigação ou eliminação de condutas baseadas exclusiva ou majoritariamente em entendimentos pessoais.

Sem dúvida, na seara da independência técnica, a problemática da não-interposição de recursos, notadamente extraordinários, e das pertinentes justificativas para tais atitudes assumem posição central.

11 Arts. 18, 31, 54 e 61da Lei no 8.906, de 1994.

9 CONCLUSÕES

Não se justifica, portanto, uma imagem essencialmente negativa acerca da Corregedoria-Geral da Advocacia da União. Afinal, a existência e o exercício efetivo de um controle especial sobre a atuação dos advogados públicos federais e, de forma mais ampla, sobre o serviço jurídico como um todo, é necessário e inseparável da própria identidade da Advocacia Pública Federal¹².

Por outro lado, a Corregedoria, para além de sua missão disciplinar, possui papel de relevo na identificação e superação dos problemas mais sensíveis que impedem ou dificultam o alcance de padrões adequados de eficiência do serviço jurídico.

Ademais, com cautela redobrada, respeito à dignidade funcional do advogado público e atenta ao momento de transformações por que passa a Advocacia Pública Federal, a Corregedoria constrói, com rigor e sensibilidade, com energia e cuidado, com força e equilíbrio, um padrão de atuação que permite dar tratamento adequado aos multifacetados casos analisados (problemas gerenciais, falhas pontuais, carências logísticas, comportamentos inadequados, irregularidades menores, infrações disciplinares significativas, condutas ilícitas e inaceitáveis, com colorido de inequívoca má-fé, entre outros).

12 Afirma o STF/Pleno em decisão de 9 de agosto de 2007 (MS 24.631): “Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa”.

PALESTRA

**SIMPÓSIO REGIONAL DE LICITAÇÕES,
CONTRATOS E CONTROLE DE ATOS
ADMINISTRATIVOS**

Porto Alegre, 13/05/2009
Ministro José Néri da Silveira

Ministro José Néri da Silveira: Ilustre Consultor-Geral da União Adjunto, que ora preside os trabalhos. Ilustres autoridades militares presentes. Excelentíssima Senhora Coordenadora do Núcleo de Assessoramento Jurídico do Rio Grande do Sul, da AGU. Autoridades nominadas inicialmente, Advogados da União, Procuradores Federais, Membros do Ministério Público dos Estados, Autoridades Estaduais e Municipais, Procuradores dos Municípios presentes. Demais autoridades. Senhoras e senhores.

É para mim este momento de honra, de alegria e de recordações. De honra por estar neste ambiente de estudos e entre integrantes de uma geração nova que, em realidade, quer confirmar diretiva da Nação no sentido de uma vivência democrática, com honestidade e esforço para consecução do bem comum e da justiça social. Quando já se está numa longa tarde da vida, é sempre momento de muita honra ser convidado por jovens intelectuais, como são os que aqui se encontram, para transmitir-lhes alguma informação colhida, especialmente pela experiência de vida. Também é um momento, por isso mesmo, de alegria e de recordações para mim. De fato, iniciei minhas atividades de servidor público, precisamente na área consultiva, quando ingressei no serviço público deste Estado, ainda estudante de direito; tive, então, a felicidade de ser lotado no Departamento do Serviço Público, depois Conselho do Serviço Público, que era órgão autônomo criado pela Constituição Estadual de 1947, com a missão de executar funções de controle preventivo e, em alguns casos, de controle a posteriori dos atos do Governo do Estado, de forma particular, no que concerne à administração de pessoal e recursos humanos. Essa autonomia veio a ser questionada perante o STF, o qual confirmou, todavia, a validade da norma da Carta Política do Estado. O órgão realizou trabalho extraordinário no Rio Grande do Sul, especialmente no ponto atinente à política de pessoal do Estado.

Já na década de 1960, por concurso público, assumi o cargo de Consultor Jurídico do Estado, desejo que alimentava desde os bancos acadêmicos, como uma vocação à função consultiva. Quando se criou, a seguir, a Consultoria-Geral do Estado, tive a honra de ser convidado pelo então Governador eleito Ildo Meneghetti, em seu segundo mandato, para o cargo de Consultor-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Vivi, portanto, ainda com 32 anos de idade, quais primícias de meus trabalhos jurídicos, em ambiente de consulta jurídica e debates, com o objetivo precípuo de prevenir e evitar que atos administrativos se praticassem

com ilegalidade. Tal experiência deu-me, não só grande encanto pela função consultiva, mas, também, oportunidade extraordinária de estudos jurídicos, pois o serviço consultivo é sem dúvida para o bacharel em direito atividade que lhe propicia reflexão e a pesquisa focalizadas, exatamente, no exame das realidades da gestão administrativa.

Em face disso, para mim, dá-se, neste instante, verdadeiro reencontro com a minha juventude. E para o idoso reencontrar-se com a sua juventude é sempre razão de grande alegria, porque lhe proporciona o fato recordações que remontam os anos.

Permito-me, por isso mesmo, já para expressar um pouco das idéias que tenho a propósito desta matéria, ler apenas um trecho do discurso que, então, proferi, ao tomar posse no cargo de Consultor-Geral do Estado, no dia 19 de março de 1965, quando se instalou a Consultoria-Geral do Estado, atual Procuradoria-Geral do Estado. Ao ensejo, registrei:

Não é mais hoje cabível falar em antagonismo entre a administração e a legalidade. Se a administração, no seu agir cotidiano, é simultaneamente dominada, como sinala Jean Cruet, pelo cuidado duplo e contraditório de respeitar os textos legislativos e de obedecer, entretanto, às necessidades naturais de sua função própria, de seu quase incontrolável anseio de expandir-se, - cumpre considerar que, nesta era da evolução política e jurídica do mundo ocidental, integrou-se definitivamente a administração num processo com inequívocas características de irreversibilidade, segundo o qual a autoridade executiva se submete ao império da lei. Uma autêntica vocação de respeito às instituições legislativas importa estar inserida nos próprios fluxos e atividades do poder público, a ponto de pender este espontaneamente a fórmulas expressas ou larvadas de autolimitação.

A racionalização do poder colimando substituí-lo enquanto fato metajurídico pelas regras do direito escrito é, também, iniludivelmente fenômeno constante da moderna evolução constitucional. Para todo poder que se pretenda consolidar já implica como condição de sua continuidade a existência de limites. É assim que a fisionomia contemporânea do estado de direito retrata progressiva influência do processo jurídico nos domínios da administração pública. Firma-se cada vez mais a convicção de que o ato administrativo não pode

útil e validamente ser praticado pelo Estado senão nos limites demarcados pelo complexo normativo e em conformidade com a moral da instituição, bem assim no sentido do interesse público. A seu turno, o regime democrático autêntico pressupõe o desempenho do poder sob o signo da responsabilidade e da juridicidade.

Essas palavras, que eu proferi há 44 anos, evidentemente têm toda atualidade. E é isso que nos faz estarmos reunidos: a vontade de ver o processo administrativo, o ato administrativo, a gestão administrativa pautados pelos princípios da legalidade, da moralidade e visando o interesse público. Em realidade, nosso sistema constitucional, no ponto, evoluiu na linha das mais modernas constituições do mundo, seguindo o exemplo da Lei Fundamental alemã de 1949, da Constituição espanhola de 1978 e da Constituição portuguesa de 1976, abrindo nosso constituinte de 1987-1988 espaço específico para a Administração Pública. Deixou-se de ter, em relação à administração pública, antiga idéia de que era atividade apenas concernente ao Poder Executivo. Longe ficou o entendimento de que a administração é com o Poder Executivo, não cabendo aos outros poderes a prática de atos de administração, reservando-se-lhes função específica. Pela separação dos poderes, ao Legislativo cabe legislar, ao Judiciário compete aplicar a lei dirimindo as controvérsias, os litígios. Hoje, ninguém mais discute que atos administrativos são atividades dos três Poderes e cada vez vão se tornando mais complexos em todas as áreas de atuação do Estado, visto como um todo. Se a divisão de poderes é uma realidade do estado moderno, que cumpre preservar e aperfeiçoar, não há dúvida de que a preocupação com a gestão administrativa se faz presente pela complexidade dos atos dos três Poderes, independentes e harmônicos entre si, em todas as faixas político-administrativas da Federação. Não resta, decerto, mais espaço para o puro arbítrio do administrador ou para a irrestrita discricção na manifestação de sua vontade. Se a discricção é a expressão da vontade do administrador na escolha dos caminhos a seguir, a lei lhe pauta os grandes contornos, lhe estabelece os limites e as especiais linhas de ação.

Com efeito, o constituinte quis destacar precisamente isso, em nossa Carta Política de 1988, dando, para a “Administração Pública”, lugar específico, no texto da Constituição: não na “organização dos Poderes”, no Título IV, mas no Título III, quando tratou da “organização do Estado”. Definindo-se o Estado federativo (Título III), a organização da Federação, depois de se descreverem a União, os Estados, o Distrito

Federal e os Municípios, figura , no Capítulo IV, disciplina básica para a Administração Pública ,o que significa que dita regulação não é exclusiva do Poder Executivo. E, ao assim dispor, o constituinte marcou a sujeição de todos os atos de administração, de todos os Poderes, em todas as esferas administrativas, a princípios que são os definidos no artigo 37 da Constituição, os quais constituem, por isso mesmo, balizas fundamentais aos atos de administração. Particularmente, no que concerne às licitações, uma lei especial ainda acrescentou outros princípios a tornar cada vez mais necessária a verificação, de forma exata, do cumprimento desses princípios e idéias matrizes referentes à honestidade e à eticidade na vida administrativa do Estado Federal, o que todos queremos.

Assim, o princípio da legalidade, que veio das origens do Estado moderno, traz a sujeição da autoridade à lei , a proibição do puro arbítrio e a restrição do poder discricionário. Diante da impessoalidade, de entender-se é que o poder existe, não para atender a interesses de grupos ou de pessoas, mas para servir ao interesse público, aos interesses da coletividade. De referência à moralidade, ultrapassado está o longo tempo em que prevaleceu a idéia de separação entre moral e direito. Deseja-se, hoje, precisamente, um novo tempo, uma época em que, cada vez mais, se compreenda que o direito e a ética, o direito e a moral não podem estar separados. Cabe, no século em curso, asseverar que a noção do direito é permeada pela idéia de eticidade. O princípio da moralidade administrativa (CF, art.37), que se vem entendendo como a moral da instituição, há de ser observado no desempenho da gestão da coisa pública, com vistas à realização do bem geral, daquilo que a todos deve interessar. Decerto, esses princípios restringem a discricção administrativa, mas, de outra parte, também servem de parâmetros para se resolverem problemas e dúvidas decorrentes da aplicação das leis, nesse âmbito da atividade pública, inevitáveis diante da complexidade da vida administrativa.

Em realidade, a complexidade dos atos de governo, de gestão administrativa, não pode estar toda ela prevista e resolvida na disciplina da lei, restando, aí, vazios imensos em que se faz mister o exercício de certa discricção do administrador em ordem a encontrar a solução melhor, ou seja, aquela que, não contrária aos princípios referidos, mais convenha ao interesse público. Põe-se, nesse ponto, desde logo, a importância dos Núcleos de Assessoramento Jurídico, da atividade consultiva da Advocacia-Geral da União –AGU, pois nessas unidades

de serviço jurídico especializado, se apontam juridicamente soluções a problemas, no exame das licitações, dos contratos e outros temas relevantes, demarcando-se, inclusive, os limites do exercício do poder discricionário, diante dos princípios e ideais que a Constituição impõe sejam respeitados e observados pelos órgãos da Administração Pública.

Nessa linha, cumpre aqui analisar outro ponto, quanto ao Estado Democrático de Direito. Nossa Constituição, logo em seu artigo 1º, preceitua que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito. Não deve ser apenas um Estado Social de Direito, mas, sim, constituir um Estado Democrático de Direito. A Constituição de 1988 consolida a idéia de um Estado com democracia, com um governo para todos e de todos. Quer a Constituição um governo do povo, para o povo e pelos interesses do povo e não mais pelos interesses de pessoas, de grupos ou de famílias. Esses valores estão postos dentro da Constituição. Tais valores e princípios da Constituição são diretrizes hoje também para aquele que examina a atividade de administração, ao pretender saber se pode ou não pode legitimamente praticar determinado ato. Cuidasse de uma Constituição que estabelece princípios. Esses princípios são normas em aberto, são também valores. Por igual, a idéia ética penetra toda a disciplina jurídica e não há de estar ausente nos vazios da lei, nas dificuldades de enquadrar o caso concreto na regra legal. Esta não tem condições de a todas as hipóteses prever e particularmente em mundo como o em que vivemos, onde novas realidades estão surgindo e para as quais não existe norma expressa a incidir, sendo, porém, sempre necessário que se pratiquem atos de governo a elas correspondentes, importando serem esses atos legítimos, válidos e éticos. Assim, a Constituição o prevê e quer que a Administração Pública respeite os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade. Desde a Emenda Constitucional no.19 de 1998, também o princípio da eficiência passou a integrar o rol do art. 37 da Lei Maior.

Em determinadas situações, como conjugar, entretanto, esses princípios que estão todos enumerados na Constituição? O princípio da moralidade com o princípio da eficiência. É preciso que o Estado seja eficiente. Cumpre que os atos sejam eficazes. Não há, aí, o perigo da prática de algo que fira a moralidade da administração, em se pretendendo tornar eficaz o ato? Como fazer tudo isso? Vejam a dificuldade que se propõe, por vezes, à atividade consultiva. Não é uma atividade singela, simplesmente a dizer se se enquadra ou não o ato na

lei. É uma atividade de profunda reflexão, porque o assessoramento, a resposta jurídica, impende estar toda embebida de princípios e de conotações que decorrem precisamente da complexidade dos atos da vida administrativa e da necessidade de essa complexidade se resolver segundo a Constituição. O que se almeja é viver uma realidade em que a Constituição sobreleve a todos os poderes. A Constituição como matriz, como primado da ordem jurídica, deve ter, sob seu signo, toda a ordem jurídica. Nessa linha, importa o esforço de fazer a Constituição eficaz, os princípios da Constituição aplicáveis. Tal há de ser o sentido da atividade consultiva a orientar a todos que atuam na área jurídica e no domínio administrativo.

De uma forma geral, consoante antes acentuei, hoje, não se pode mais separar a Administração do Direito. Não há ato da Administração que não seja um ato, com maior ou menor intensidade, envolvido na ordem jurídica. É certo que a prática do ato discricionário se torna necessária em determinados momentos, em que opções precisam ser adotadas. Mas como conciliar a discricção do administrador, sua vontade, seu ímpeto de realizar e ser eficiente, com os demais princípios da Constituição?

Põe-se, aí, grande problema para o advogado de estado. Sem dúvida, a Constituição, para manter organicidade, também inovou no que concerne exatamente à Advocacia Pública. Foi instituída uma organização nova. Não estava nas Constituições anteriores. Constitucionalizaram-se as funções jurídicas de defesa judicial e a de consulta e assessoramento. Constitucionalizou-se a Advocacia de Estado. O advogado de estado não é advogado do governante, como se pretendia em outros tempos. Ele é o advogado para defender a Fazenda Pública e encontrar soluções para o governante resolver validamente aquilo que quer fazer. O governante não pode, pura e simplesmente, fazer aquilo que planeja. O plano de governo tem que estar de acordo com a Constituição e as leis. Pode ser até muito interessante e criativo, com previsão de resultados muito significativos, mas, se não estiver de acordo com a Constituição e as leis, atenta contra a ordem jurídica e não pode ser concretizado em um Estado Democrático de Direito. Isso que se afirma, quanto ao plano de governo, vale, da mesma forma, para a singularidade dos atos de governo. Tudo tem que estar de acordo com a Constituição e as leis.

Pois bem, o constituinte atento a essa organicidade do sistema, o que fez? Previu um Capítulo especial para as denominadas Funções Essenciais à Justiça. Está no Título IV, Capítulo IV. Depois de tratar dos Poderes do Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário, o constituinte abriu outro Capítulo, sob o título “Das Funções Essenciais à Justiça”. O que são essas funções essenciais à justiça? Regulou-as a Constituição: Ministério Público (arts. 127 a 130), Advocacia Pública (arts. 131-132), Advocacia como atividade profissional (art. 133), no mesmo lugar acentuando sua essencialidade à função jurisdicional; Defensoria Pública (art. 134 e §§ 1º. e 2º.).

Isso posto dentro da Constituição Federal, foi uma extravagância? Não. Essa disciplina não é uma extravagância, tem seu sentido dentro da Constituição. Cabe dita reflexão em Simpósio como este.

De fato, se se observar o sistema, cumpre ver que essa realidade nova prevista na Constituição, ou seja, um capítulo especial sobre Administração Pública, constitucionaliza a idéia da Administração Pública não como atividade de um Poder ou de outro, mas como atividade de estado. De outra parte, é de considerar o sentido das “Funções Essenciais à Justiça”. É certo que o Ministério Público já existia, como ente constitucional, desde a Constituição de 1934. Na Constituição de 1891 previa-se apenas a figura do Procurador-Geral da República. Já a Constituição de 1934 dispôs sobre ele, com mais especificidade, entre as “funções de coordenação do estado”, ao lado do Tribunal de Contas, vindo a Constituição de 1946 a dar-lhe um lugar especial. A Constituição de 1988 traçou ao Ministério Público uma fisionomia nova. E daí a ação que o Ministério Público tem tido, nestes últimos vinte anos, em defesa da sociedade, do regime democrático, das instituições jurídicas, com presença constante em prol dos interesses públicos. Já a Advocacia de Estado foi posta, na Carta Política de 1988, pela primeira vez, como instituição constitucional.

A advocacia pública está na Constituição disciplinada pela importância que ela efetivamente tem em um Estado Democrático de Direito. E aqui se põe o aspecto que me parece relevante para este Simpósio. A Advocacia Pública justifica-se, constitucionalmente, não só por se preocupar com a função jurisdicional, isto é, não só para defender o estado em juízo. A Fazenda Pública sempre foi defendida em juízo. Antes da criação da Advocacia-Geral da União, esta era defendida pelos Procuradores da República, pelo Ministério Público Federal. No âmbito

dos Estados-membros, também antes da criação das procuradorias estaduais, o Ministério Público como acontecia aqui no Rio Grande do Sul, ainda na década de 60, procedia à defesa do Estado perante o Poder Judiciário. Só na década de 1970 é que se transformou a Consultoria-Geral em Procuradoria-Geral, mas antes quem fazia a defesa judicial da Fazenda Pública estadual era o Ministério Público do Rio Grande do Sul. Por que, entretanto, colocar, na Constituição, essas expressões, “funções essenciais à justiça”? Será que o Ministério Público só tem competência enquanto atua na Justiça, como órgão de acusação, ou ao ajuizar ações de inconstitucionalidade e ações civis públicas? Não. Todos sabemos a larga missão que possui o Ministério Público de supervisão, de fiscalização da administração pública. Os inquéritos civis, por exemplo, constituem parcela significativa de sua ação. Os incômodos que certos administradores vêm pela atuação do Ministério Público, servem, por si sós, a evidenciar o âmbito de sua atividade extrajudicial, tão importante à democracia e à sociedade.

Pois bem, no que concerne à Advocacia de Estado, a Constituição chamou-a inicialmente Advocacia-Geral da União, no Capítulo IV do Título IV, e depois a Emenda 19/1998 mudou para Advocacia Pública, com denominação mais exata, porque engloba a Advocacia de Estado tanto no âmbito da União quanto dos Estados. Caberia aí, compreender também as Procuradorias dos Municípios enquanto realizam idêntica função. No ponto, a Constituição, além de instituir a Advocacia de Estado, como ente destinado à defesa da Fazenda, o que era tradicional, (embora realizada antes por outro órgão, outra instituição) definiu-a também como órgão com a função de proceder às atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. A noção, portanto, de “funções essenciais à justiça” não abrange, no que diz respeito à Advocacia de Estado apenas ação perante o Poder Judiciário. A Advocacia Pública não existe, pois, para ser uma atividade tão só de defesa da Fazenda Pública. Nesse sentido, a organização da AGU prevê profissionais que oficiam, exclusivamente, no contencioso, na defesa da Fazenda em juízo. Isso é da própria estrutura do órgão. Os Procuradores da Fazenda Nacional, por exemplo, têm a incumbência da defesa judicial e de consulta jurídica no que concerne à parte tributária. Os Procuradores Federais, outra carreira jurídica integrada na AGU, que está sob a chefia do Advogado-Geral da União, defendem os interesses das autarquias federais em juízo, sendo, outrossim, de sua atribuição a resposta a consultas jurídicas sobre assunto do respectivo ente autárquico. Dessa maneira, a Advocacia de Estado, realmente hoje,

em todos os âmbitos da administração direta e indireta da União, é voltada para uma idéia matriz que é a da Justiça. Uma “função essencial à justiça”, não se refere, pois, exclusivamente, à prestação jurisdicional. Assim, se não houver advogado público, o juiz não poderá julgar causa de interesse da Fazenda, que restaria sem defesa. A Fazenda Pública em juízo é parte como qualquer outra parte. Mas, os atos da Fazenda Pública fora do Poder Judiciário, hão, também, de querer realizar a idéia de Justiça. O valor Justiça está no fim de toda a caminhada do Direito. Hoje, mais do que nunca, na ordem constitucional vigente, a Justiça é o grande objetivo a ser atingido pela ordem jurídica. E essa idéia de Justiça, no que concerne aos atos da Administração, por igual, tem que ser buscada pelo administrador, pelo gestor público, justamente no sentido de promover o interesse público, o bem comum, o bem de todos. De fato, vivemos num Estado Republicano, que colima ser um Estado democrático, isto é, um Estado que sirva a todos os cidadãos, um Estado para todos no qual se promova o bem de todos. Os atos do Estado democrático não podem ser atos de privilégios, atos que individualizem, singularizem, personalizem, o que é cada vez mais conscientemente combatido e cada vez mais com firmeza repudiado pelos cidadãos brasileiros. Felizmente, penso estarmos formando uma consciência, uma cultura de defesa da dignidade da pessoa humana, valor essencial posto logo no artigo 1º. Da Constituição, inciso III. A República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito que tem como princípios fundamentais: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político. A Nação possui uma ordem jurídica moderna, na sua concepção, a qual precisa ser tornada definitivamente eficaz. Se examinarmos a mais recente jurisprudência do STF, podemos ver que essa preocupação com os princípios fundamentais da Constituição está penetrando profundamente as decisões da Corte Suprema. Isso vem sucedendo, de igual modo, no STJ, nos Tribunais Superiores e no Poder Judiciário em geral. Não mais se compreendem os princípios, como se entendiam anteriormente, quais postulados meramente programáticos, informativos da ordem legal. O próprio artigo 5º, §1º. da Constituição, no que respeita aos direitos e garantias fundamentais, preceitua que esses direitos são desde logo plenamente eficazes, de aplicação imediata. Então, o que se está verificando é exatamente isto: a preocupação de fazer, pelos seus valores e pelos seus princípios, a Constituição plenamente eficaz. Um encontro como o presente não tem outro sentido. Se refletirmos sobre o que significa este Simpósio, concluiremos que não tem outro sentido. É a busca, em conjunto, de autoridades, de servidores

preocupados com uma administração honesta. É a vontade que se tem de que realmente a honestidade seja o grande luzeiro da atuação da Administração Pública, banindo-se todas as formas de corrupção dos nossos órgãos administrativos. Cumpre alcançar a compreensão de que realizar contratos administrativos, adquirir bens, fazer alienações, contratar serviços, tudo isso há de ter um sentido que é o bem comum. Nada disso pode ser feito para servir a interesses particulares, mas, sim, exclusivamente, com a visão do bem de todos e do interesse público. A idéia da moralidade administrativa, estende-se em todos os sentidos. Os atos e estudos do Simpósio, ora instalado, buscam, nessa linha, mecanismos para aprofundar a compreensão e a complexidade dos atos da Administração Pública, no âmbito das licitações e dos contratos administrativos, atento ainda aos limites do exercício do poder discricionário pela Administração. É necessário sempre que o exercício da Administração Pública se conjugue com os princípios fundamentais do artigo 37 da Constituição.

Não vou me alongar, porque minha palavra é apenas introdutória. Para concluir, quero dizer que, em realidade, a AGU, por intermédio dos Núcleos de Assessoramento Jurídico, vem atendendo aos grandes objetivos da Nação. Ela quer ser e vem se afirmando como instituição dotada de independência funcional, como valioso instrumento a serviço dos valores e princípios da Constituição.

Com efeito, a atividade da Advocacia da União, e, em particular, de sua atividade consultiva, há de ter a conotação de independência. O compromisso não é com os desejos do governante, do administrador, como em outros tempos já aconteceu. Os desejos do governante valem, são legítimos, se estiverem de acordo com a Constituição e a lei. O compromisso do Advogado da União, como o juiz, e, enfim, de toda autoridade, de todo homem público, deve ser com a realização dos ideais e valores da Constituição. Cumpre ter compromisso com a Constituição e seus valores, para fazê-los vigentes. Tenho sempre sustentado que os membros da AGU, os advogados da União, são servidores que devem ter reconhecida plena independência na emissão de seus pareceres, como orientadores que são das autoridades administrativas, no âmbito jurídico, possuindo, a tanto, o dever de contribuir, por seu esmerado preparo técnico, para que a Justiça se faça nos atos administrativos, praticados com respeito à Constituição e às leis. Nesse sentido, aquilo que não for jurídico não pode merecer parecer favorável. Não é admissível um “parecer encomendado”. Por mais importante que seja uma licitação,

é necessário, para sua validade, amparar-se na Constituição e na lei. Esse aspecto da independência é o que marca, fundamentalmente, a evolução que temos tido e, queira Deus, continuemos a ter pelo tempo futuro, para que, em realidade, se possam consolidar, num ambiente de honestidade e moralidade administrativa, o Estado Democrático de Direito e uma convivência brasileira democrática, realizando o grande anseio da Justiça social, da Justiça para todos, sem privilégios, nem discriminações. Muito obrigado.

DO REGIME DE CONCESSÃO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

*Américo Luís Martins da Silva
Procurador Federal, Pós-Graduação em Direito Tributário da
Universidade Cândido Mendes - UCAM, Especialista em Direito
Empresarial, pelo Centro de Ensino Unificado de Brasília - CEUB,
Pós-graduado em Direito Civil pela Escola Superior da Magistratura
do Distrito Federal. Mestre em Direito Empresarial, pela
Universidade Gama Filho - UGF - RJ*

Sumário: 1 Evolução do direito de superfície; 2 Conceito de direito de superfície; 3 Distinção com as demais formas de utilização da superfície de terrenos; 4 Dos regimes de concessão da utilização de superfície de terrenos; 4.1 Do regime da concessão do direito de superfície disciplinado pelo Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10.07.2001); 4.2 Do regime da concessão do direito de superfície disciplinado pelo Código Civil de 2002; 4.3 Do regime da concessão de uso de terrenos públicos e particulares regulado pelo Decreto-lei nº 271, de 28.02.1967; 4.4 Do cabimento do regime da concessão do direito de superfície em terrenos públicos; 5 Referências.

RESUMO: O direito de superfície, como direito real autônomo, temporário ou perpétuo, de fazer e manter construção ou plantação sobre ou sob terreno alheio, é um instituto jurídico incluído no campo do Direito das Coisas muito recentemente. O art. 674 do Código Civil de 1916 não o enumerava entre as modalidades de direitos reais. De maneira que este instituto só veio surgir pela primeira vez com o advento do art. 7º do Decreto-lei nº 271, de 28.02.1967, o qual ainda encontra-se plenamente em vigor, pois não há qualquer disposição legal ulterior que o tenha revogado expressamente ou com disposições incompatíveis com as suas. Posteriormente a Lei nº 10.257, de 10.07.2001 (Estatuto da Cidade) também o adotou, tendo seguido o mesmo caminho os arts. 1.369 e segs. do Código Civil de 2002, absorvendo-o com mutações. Não se trata da mesma espécie de direito previsto em legislações diferentes. O direito de superfície previsto no Decreto-lei nº 271, de 28.02.1967, tem suas características próprias, bem distintas do direito de superfície regulado pelo Estatuto da Cidade e do direito de superfície tratado no Código Civil de 2002. Assim sendo podemos com segurança afirmar que, na atualidade, existem três espécies de regime de concessão do direito de superfície, para disciplinarem a utilização, construção e plantação na superfície de terrenos: 1) o regime de concessão do direito de superfície regulado pelos arts. 21 a 23 da Lei nº 10.257, de 10.07.2001 (Estatuto da Cidade); 2) o regime de concessão do direito de superfície regulado pelos arts. 1.369 a 1.377 do Código Civil de 2002; e 3) o regime de concessão de uso de terrenos públicos ou particulares regulado pelo art. 7º do Decreto-lei nº 271, de 28.02.1967.

PALAVRAS-CHAVE: Concessão de Uso. Direito de Construir. Direito de Plantar. Direito de Subsolo. Direito de Superfície. Direito de Uso. Direito de Usufruto.

1 EVOLUÇÃO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

Pelo que tudo indica o direito de superfície surgiu no decorrer do século II depois de Cristo. Certo é que no antigo Direito romano, em sua primeira fase, vingava o princípio da associação estreita entre o solo e a superfície, sendo ambas partes da mesma coisa, o que levou a formar a expressão “superfície segue o solo” (*superficies solo cedit*). No direito clássico,¹ assim como ocorria no pré-clássico, vigorava em Roma, de modo absoluto, a regra de que superfícies *solo cedit*, por força da qual tudo quanto fosse acrescido ao solo (plantações e construções) passava a integrá-lo e ao seu dono pertencia, não podendo ser objeto de transferência senão juntamente com o solo.²

Portanto, segundo Arnaldo Rizzardo, isto significava que quem fosse dono do solo seria também dono de tudo aquilo que se erguesse ou existisse sobre ele, pois se considerava a superfície uma parte do solo, intimamente a ele ligado, não se viabilizando a transferência de um elemento sem outro. Mais tarde, porém, já se admitia aos particulares o uso do solo alheio, construindo moradias na superfície, ou estendendo plantações. A bem da verdade, na ocasião, o surgimento do direito de superfície decorreu da necessidade prática de se permitir à construção em solo alheio, principalmente sobre bens públicos. Os magistrados permitiam que comerciantes instalassem tabernas sobre as ruas, permanecendo o solo em poder do Estado. De maneira que, entre particulares, o instituto estabelecia-se por contrato, enquanto com o Estado limitava-se a permissão. A partir de então foi se consagrando o direito de superfície como um direito que não seguia o direito ao solo. Tal forma de utilização acabou sendo objeto da proteção do pretor, que concedia ao superficiário, quando ofendido em sua posse, um interdito de afastamento da perturbação. Mais tarde, no período pós-clássico, o *direito de superfície* tornou-se um preceito.³

1 Os historiadores da antiga Roma dividem o Direito romano em 3 (três) períodos distintos: 1- *Direito pré-clássico*: das origens de Roma até a Lei *Aebutia* (aproximadamente 149-126 a.C.); 2- *Direito clássico*: 126 a.C. até o fim do reinado de Diocleciano, em 305 d.C.; 3- *Direito pós-clássico*: 305 d.C. até o início do reinado de Justiniano; como divisão dentro do Direito pós-clássico, tem-se também o direito vigente no reinado de Justiniano (527 a 565 d.C.), que, pelo seu caráter regenerador, recebe o nome de *direito justinianeu*.

2 MOTA, Mauricio Jorge Pereira da. **Direito De Superfície No Direito Romano**, orientador Ricardo Pereira Lira, trabalho de conclusão de curso apresentado na disciplina de Propriedade Urbana do Mestrado em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 1º Semestre de 1995. Disponível em: <http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/mauricio_mota/mm_2.html>.

3 Cf. Direito das Coisas (De acordo com a Lei nº 10.406, de 10.01.2002), 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 861.

Sustenta BIONDO BIONDI quem, no Direito romano pós-clássico, com a extinção das fórmulas e do *officium praetoris*, ter-se-ia chegado ao aberto reconhecimento da propriedade superficiária (§ 98 do Livro Siro-Romano). No Direito Justiniano, desaparecidas as razões formais do sistema clássico, o superficiário viria a ser considerado verdadeiro proprietário, dispondo de qualquer das ações para a tutela do *dominium*. A superfície, pois, em época justiniana, surgiria como entidade autônoma distinta do solo e suscetível de propriedade separada. o *princípio superficies solo cedit* continuaria vigente no Direito de Justiniano, passando, porém, a ser plenamente derogável. Argumenta também Biondo Biondi, baseado em Digesto 30, 86, 4, que junto com a propriedade superficiária o Direito Justiniano teria concebido a superfície como *servitus*, o que se explicaria pela especial relação estabelecida agora entre a superfície (considerada propriedade) e o solo. Por força de necessidade física e jurídica, tal relação se configuraria, pois, verdadeira servidão, ou, mais especialmente, como *servitus* de ocupar superfície em solo alheio. Esta vinculação entre solo e superfície apresentaria, além disso, toda a estrutura de uma servidão, já que se tratava de uma relação entre dois imóveis (a *superficies* e o *fundus*) de proprietários diversos, tendo por conteúdo um *pati*, comparável ao da *servitus oneris ferendi*. A concepção justiniana da superfície repousaria, pois, conclui BIONDO BIONDI, nos conceitos de propriedade e servidão, não se tratando, porém, de duas figuras diversas, mas sim das duas faces de um mesmo instituto.⁴

Portanto, no Direito romano pós-clássico, se permitia plena atribuição do *direito de superfície* a quem, sob certas condições, construísse em terreno alheio. Assim, passou-se a admitir que o *superficiário-construtor* realizasse obra separada do solo. No entanto, sob o ponto de vista romano, o direito de superfície somente era atribuído a construções, não se aplicando às plantações em terreno alheio. Seja como for, ao contrário da enfiteuse, o direito de superfície é um instituto de origem exclusivamente romana.

O antigo Direito português também adotou o *direito de superfície*. Todavia, Luiz da Cunha Gonçalves esclarece que, naquele país, o sentido da palavra “superfícies” não coincide com o sentido geométrico. Seu significado seria “aquilo que sobre o solo se fez”, referindo-se aos objetos e não ao terreno. Inclusive, foram justamente as necessidades práticas que fizeram com que tal instituto se ampliasse, porque era necessário

4 Cf. **La Categoria Romana delle Servitutes**. Milano: Società Editrice Vita e Pensiero, 1938. p. 37.

conciliar a inalienabilidade das terras feudais e eclesiásticas com a urgência do desenvolvimento das construções urbanas. No entanto, a concessão do direito de superfícies em Portugal tinha caráter perpétuo, como regra, e transmissível aos herdeiros do superficiário.⁵

Face à aplicação do Direito português em terras brasileiras, o *direito de superfície* acabou por ser introduzido no nosso ordenamento jurídico primitivo, considerando a superfície isolada do subsolo. Com efeito, no Brasil, segundo notícia Wilson de Souza Campos Batalha, “o direito de superfície, embora não com esta designação, era regulado pelo direito antigo, ou seja, pela Lei pombalina de 9 de julho de 1773, parágrafos 11, 17 e 26, em relação a construções, árvores e plantações”.⁶

Inclusive, segundo Lafayette Rodrigues Pereira, tal instituto do antigo Direito das Coisas brasileiro constituía então forma de colocar no solo alheio o objeto do direito real autônomo de construir e plantar. Lembrando ser direito real aquele que “afeta a coisa direta e imediatamente, sob todos ou sob certos respeitos, e a segue em poder de quem quer que a detenha”. Por sinal, o antigo *direito de superfície* valia-se da concepção doutrinária de que nem sempre o acessório segue o principal e que o princípio da acessão, como forma de aquisição da propriedade, pode ter exceções.⁷

Tal legislação perdurou por quase 2 (dois) séculos. No entanto, o *direito de superfície* somente subsistiu no Brasil Imperial até o advento da Lei nº 1.237, de 24.09.1864, que o suprimiu do nosso Direito, uma vez que a referida Lei não mencionou a superfície entre os direitos reais que permaneceriam em vigor .

Seja como for, o século XIX viu a consagração desse instituto. Apesar de o instituto não ter sido introduzido no Código Civil francês, pois era visto como forma de manutenção da propriedade feudal, codificações que vieram depois do Código Napoleônico introduziram o direito de superfície em seus textos. Entre elas podemos citar o Código austríaco de 1811.

5 Cf. Tratado de Direito Civil. 2. ed. vol. 9, São Paulo: Max Limonad, 1958. p. 293-299.

6 Cf. Loteamentos e condomínios, t. 2, São Paulo: Max Limonad, 1953. p. 19.

7 Cf. Direito das Causas. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940. p.196.

Segundo Wilson de Souza Campos Batalha, o Código Civil alemão de 1986 disciplinou, expressamente, o *direito de superfície*, em seu § 1.012, no qual prescrevia a faculdade de gravar um imóvel “de maneira que àquele, a favor de quem a imposição do ônus tem lugar, corresponda o direito alienável e transmissível aos herdeiros de manter acima ou abaixo da superfície uma construção”.⁸ Entretanto, a previsão legal de tal instituto foi considerada inadequada para a época. Tanto é que em pouco tempo foi excluída da legislação alemã. Posteriormente, o *Bürgerliches Gesetzbuch – B.G.B.* ou Código Civil alemão que passou a vigorar em 1900, ampliado por uma ordenança de 1919, também veio ressuscitar o direito de superfície naquele país, a partir de então como um direito de ter uma edificação sobre o solo alheio.

Luiz da Cunha Gonçalves cita também que, na Itália, em 1908, quando a necessidade de construção urgente de habitações, destruídas pelo terremoto calabro-sículo, determinou a edição do Decreto de 19.08.1917, o qual mandava aplicar, retroativamente, a *teoria do direito de superfície*.⁹

No entanto, ao contrário da tendência mundial, na reforma da nossa legislação civil, o legislador deixou de incluir tal direito no rol dos direitos reais previsto no art. 674 do Código Civil de 1916. Inclusive, Arnaldo Rizzardo relata que, embora Clovis Bevilacqua tenha feito constar previsão no rol dos direitos reais, numa das etapas da elaboração legislativa do Código Civil, em momento subsequente, vingou a emenda supressiva, a qual afastou a espécie na redação final do Projeto.¹⁰

O nosso atual *direito de superfície* foi sucedâneo do *direito de superfície* que existia na antiga legislação dos ingleses e dos povos escandinavos. Inclusive, Vicente Guilarte Zapatero informa que o direito de superfície inglês foi instituído naquele país sob influência direta da *Bodenleihe* do Direito alemão e se apresentava como um conjunto de contratos superficiários, que se agrupam sob a denominação comum de *building-lease*. Este conjunto de contratos é chamado de *leasehold estate* ou *term of years absolute*, o qual abrange superfície. De maneira que, sob o conceito de *lease* (arrendamento), o instituto superficiário inglês une todas as formas de rendas sobre propriedade imóvel (*sendo de fincas*),

8 Cf. op. cit., p. 18.

9 Cf. op. cit., p. 293-299.

10 Id. loc. cit.

desempenhando o papel de arrendamento de uso, de arrendamento de uso e desfrute, bem como de arrendamento de direito de superfície. Além disso, ele relata que esse instituto é utilizado maciçamente na Inglaterra, tanto é que, em Londres, o solo encontra-se em propriedade de uns poucos magnatas, principalmente as do Duque de Westminster, estando a maior parte das casas edificadas sobre terrenos de uma *building-lease*, ou seja, objetos de concessões do direito de superfície. Acrescenta Vicente Guilarte Zapatero que o *lease-holder* tem um direito real que é eficaz contra todo terceiro, inclusive contra o novo adquirente. Todavia, o direito é temporariamente limitado, quase sempre a 80 (oitenta) ou 90 (noventa) anos. Depois de transcorrido este prazo, a propriedade, com todas as construções se reverte ao proprietário.¹¹ Assim, o *leasehold estate* ou *term of years absolute* é constituído para durar certo tempo, mesmo que de longa duração, não podendo, pois, ser submetido a uma condição resolutória, como por exemplo a morte do rendeiro ou proprietário.¹²

Pierre Arminjon, Boris Baron Nolde e Martin Wolff informam, ainda, que no antigo Direito soviético, havia o direito de construção, adaptação moderna do direito de superfície que havia no antigo Direito romano, e que foi introduzido pelo Decreto de 08.08.1921. O instituto soviético constituía direito real que conferia às cooperativas e aos cidadãos o direito de construir sobre terras de vilas, sem precisar, contudo, a natureza desse direito nem o seu conteúdo. No entanto, com a vigência do Código Civil soviético, o direito de construção passou a ter uma regulamentação detalhada. Era, pois, um direito real submetido a normas imperativas. Ademais, a constituição e a alienação do direito de construção devia ser registrada e suscetível de hipoteca. Entretanto, a natureza da construção dependia exclusivamente das disposições contratuais.¹³

Também no Código italiano de 1942, que unificou o Direito Privado naquele país, consagrou-se o *diritto de superficie*. Com efeito, este Código em seus arts. 952 a 956, estabeleceu que o proprietário pode constituir o direito de executar e manter acima do solo uma construção a favor de outrem, que lhe adquire a propriedade; e, ao mesmo tempo, pode alienar a propriedade da construção já existente, separadamente da propriedade do solo. Para Wilson de Souza Campos

11 Cf. El Derecho de Superficie. Prólogo de D. Ignacio Serrano, Pamplona, Aranzadi, 1966. p. 69.

12 ARMINJON, Pierre; NOLDE, Boris Baron; WOLFF, Martin. *Traité de Droit Compare*, t. 2º, Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1950. p. 34.

13 Cf. op. cit., vol. 3, p. 327.

Batalha o legislador italiano adotou uma concepção moderna do *direito de superfície*, na qual já se evidenciam 2 (duas) diferentes modalidades de concessão para construir e a propriedade do solo sendo separada da propriedade superficiária.¹⁴

O Código Civil português de 1966, de modo expresso, disciplinou igualmente o *direito de superfície*. Por sinal, o art. 1.542 desse Código, além de abolir o instituto da enfiteuse, conceitua a superfície como a “faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou nele fazer ou manter plantações”. Segundo Silvio de Salvo Venosa, o legislador constituinte português assim procedeu porque o objetivo é mais amplo do que na enfiteuse, permitindo melhor utilização da coisa. O proprietário do solo mantém a substância da coisa, pertencendo-lhe o solo, no qual pode ter interesse de exploração ou utilização do que dele for retirado. Tem esse proprietário, denominado “fundeiro”, a fruição do solo e do próprio terreno enquanto não iniciada a obra ou plantação pelo direito lusitano. O superficiário tem direito de construir ou plantar. O fundeiro tem também a expectativa de receber a coisa em retorno com a obra.¹⁵

No Direito brasileiro moderno, esse instituto de Direito Imobiliário várias foram as tentativas de se inserir o direito de superfície em lei. Inclusive, houve a sua inclusão no Anteprojeto Orlando Gomes, em cujo art. 524 mencionava-se que “o proprietário pode conceder a outra pessoa o direito de construir ou plantar no seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente inscrita no registro imobiliário”. Do Projeto nº 634, de 1975, constava disposição substancialmente idêntica, no art. 1.401, o qual mencionada o seguinte: “O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente inscrita no Registro de Imóveis”.

Todavia, tal direito, a nosso ver, veio a ser ressuscitado pelo Decreto-lei nº 271, de 28.02.1967, com a denominação imprópria de “direito real de uso”, para designar espécie de direito real de edificar, cultivar e utilizar, que adere ao bem, alienável por ato *inter vivos* e transferível por sucessão legítima ou testamentária, podendo ser concedido para o fim exclusivo de urbanização, industrialização, edificação, cultivo ou qualquer outra exploração de interesse social (art. 7º). Posteriormente, voltou a surgir com a denominação de “direito

¹⁴ Cf. op. cit., p. 16.

¹⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. O direito de superfície no novo Código Civil. Disponível em: <<http://www.societario.com.br/demarest/svsuperficie.html>>. Acesso em 21 de maio 2006.

de superfície” pela Lei n° 10.257, de 10.07.2001 (Estatuto da Cidade). Finalmente, absorvido com mutações pelo Código Civil de 2002.

2 CONCEITO DE DIREITO DE SUPERFÍCIE

Atualmente, o *direito de superfície* pode ser conceituado como “o direito real autônomo, temporário ou perpétuo, de fazer e manter construção ou plantação sobre ou sob terreno alheio; é a propriedade (separada do solo) dessa construção ou plantação, bem como é a propriedade decorrente da aquisição feita ao dono do solo de construção ou plantação nele já existente”.¹⁶ Portanto, o que melhor caracteriza o *direito de superfície* é o direito real que garante ao não-proprietário do solo de ter e utilizar coisa própria agregada a terreno alheio (imóvel do fundeiro). Por isso é que Mário Klang o definiu como “o direito de uma pessoa de ter a propriedade de edifícios ou plantações feitas em terreno alheio, com pleno consentimento do proprietário deste terreno”.¹⁷

Em outras palavras, é o direito real que assegura ao superficiário ter coisa própria incorporada em terreno alheio, ou seja, do fundeiro. O que se assegura pelo direito de superfície e o direito de construir ou manter uma construção em terreno alheio, ou plantar, ou manter a plantação, também em terreno alheio. O objeto da concessão é o direito de implantar em solo do proprietário. O termo “superfície” não deve ser entendido no sentido geométrico, mas como aquilo que sobre o solo se fez.¹⁸

Também Frederico Bittencout o definiu como “direito real em virtude do qual uma pessoa passa a dispor, desfrutar e usar das construções e plantações que realizar em terreno alheio, com o prévio consentimento do dono”.¹⁹

Arnaldo Rizzardo resume a caracterização do direito de superfície dizendo que ele abrange o domínio do que se encontra na superfície. Mais apropriadamente, assenta-se no domínio da superfície, com o poder de dispor dela, que se presta a ser alienada, arrendada, alugada e a outras modalidades de disposição.²⁰

16 LIRA, Ricardo Pereira. Elementos de Direito Urbanístico. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 7.

17 Cf. Direito de superfície. In: Revista dos Tribunais, n° 541, p. 301.

18 VIANA, Marco Aurélio S. Comentários ao Novo Código Civil: Dos Direito Reais: Arts. 1.225 a 1.510, vol. XVI, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 549.

19 Cf. Direito Real de Superfície. In: Revista Forense, n° 272, p. 404.

20 Cf. op. cit., p. 862.

3 DISTINÇÃO COM AS DEMAIS FORMAS DE UTILIZAÇÃODA SUPERFÍCIE DE TERRENOS

Acrescenta-se que o *direito de superfície* não se confunde com o *direito de uso*, nem com o *direito de usufruto*, propriamente ditos. Apesar de todos eles poderem ser objeto de concessão, características peculiares efetivamente os distinguem.

O *direito de uso* nada mais é do que um direito de usufruto mais restrito, principalmente no que tange ao gozo ou fruição da coisa. O *direito de uso* assegura apenas a utilização da coisa alheia, que é limitada às necessidades do usuário. O nosso Direito deu ao uso as características fundamentais do direito real temporário independente, colocando-o como direito de usar o bem, permitindo que ele seja fruído segundo as necessidades próprias e pessoais do usuário (art. 1.412 do CC de 2002).²¹ Tal como ocorre com o usufrutuário, o usuário usa e desfruta do bem, mas com uma restrição peculiar que é a de perceber uma porção dos frutos apenas o bastante para satisfazer as suas necessidades básicas. O uso se dá de maneira que o usuário o faça, desde que submetido à obrigação de conservar e manter o bem; não pode demolir o prédio em que recai o uso e edificar um novo, nem modificar a destinação da coisa ou derrubar floresta ou mata para fazer da terra uma lavoura. No entanto, como possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis (art. 1.219 do CC de 2002).²² Isto significa dizer que a *concessão de uso* não deve implicar necessário aumento patrimonial para o proprietário na restituição da coisa. Portanto, na *concessão de uso*, o proprietário perde apenas o direito de usar, mas mantém o direito de gozar e dispor da propriedade.

21 “Art. 1.412. O usuário usará da coisa e perceberá os seus frutos, quanto o exigirem as necessidades suas e de sua família.

§1º. Avaliar-se-ão as necessidades pessoais do usuário conforme a sua condição social e o lugar onde viver.

§2º. As necessidades da família do usuário compreendem as de seu cônjuge, dos filhos solteiros e das pessoas de seu serviço doméstico”.

22 “Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis”.

Ao contrário do direito de uso, o *direito de usufruto* implica a transferência do direito de desfrutar do bem em caráter temporário, que passa a ser exercido por outra pessoa. Com efeito, cumpre ao usufrutuário, a partir de então, a disposição do direito de exigir os serviços e utilidades que o bem permite, inclusive o gozo e exploração de florestas ou recursos minerais (art. 1.390 do CC de 2002),²³ desde que observada a legislação mineral e ambiental em vigor. Opera-se a transferência do valor econômico contido no usar e gozar, respeitada a substância do bem. O desfrute se dá de maneira que o usufrutuário o faça, desde que submetido à obrigação de conservar a substância do bem; também aqui não pode demolir o prédio em que recai o usufruto e edificar um novo, nem modificar a destinação da coisa. Tal como ocorre no direito de uso, no *direito de usufruto*, o usufrutuário deve restituir os bens como os recebeu, bem como os acessórios da coisa e seus acréscidos ou produtos da acessão (art. 1.392 do CC de 2002),²⁴ os quais fazem deles uma unidade, sobre a qual se estende, naturalmente, o usufruto. Todavia, ele os recebe no estado em que se encontram, não estando o proprietário obrigado a entregá-los em boas condições de aproveitamento. As reparações ordinárias da coisa cabem ao usufrutuário, mas as extraordinárias são por conta do proprietário. No entanto, como possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis (art. 1.219 do CC de 2002). Isto significa dizer que a *concessão de usufruto* também não deve implicar necessário aumento patrimonial para o proprietário na restituição da coisa. De maneira que, na *concessão de usufruto*, o proprietário perde não apenas o direito de uso,

23 “Art. 1.390. O usufruto pode recair em um ou mais bens, móveis ou imóveis, em um patrimônio inteiro, ou parte deste, abrangendo-lhe, no todo ou em parte, os frutos e utilidades”.

24 “Art. 1.392. Salvo disposição em contrário, o usufruto estende-se aos acessórios da coisa e seus acréscidos.

§1º. Se, entre os acessórios e os acréscidos, houver coisas consumíveis, terá o usufrutuário o dever de restituir, findo o usufruto, as que ainda houver e, das outras, o equivalente em gênero, qualidade e quantidade, ou, não sendo possível, o seu valor, estimado ao tempo da restituição.

§2º. Se há no prédio em que recai o usufruto florestas ou os recursos minerais a que se refere o Art. 1.230, devem o dono e o usufrutuário prefixar-lhe a extensão do gozo e a maneira de exploração.

§3º. Se o usufruto recai sobre universalidade ou quota-parte de bens, o usufrutuário tem direito à parte do tesouro achado por outrem, e ao preço pago pelo vizinho do prédio usufruído, para obter meação em parede, cerca, muro, vala ou valado”.

mas também o direito de gozar, mantendo-se tão-somente o direito de dispor da propriedade.

O *direito de superfície* é concedido pelo proprietário, dono ou fundeiro a outra pessoa, e consiste no *direito de construir* (direito de transformar, edificar, beneficiar e realizar todas as obras que favoreçam a utilização ou aumento do valor econômico da coisa, desde que respeitadas as relações de vizinhança e o bem-estar coletivo) e/ou *direito de plantar* (preparo do terreno, semeio e colheita; cultura duradoura) no seu terreno. Não apenas isto, porque não dizer que se trata de direito real de propriedade sobre a superfície, já que o superficiário torna-se titular da superfície, com a prerrogativa de dispor dela, ou de sua transmissão, além dos direitos de gozo ou fruição, posse, proveito e defesa. Portanto, diferente do direito de uso e do direito de usufruto, o *direito de superfície* implica o gozo do superficiário do direito de levantar no terreno concedido as construções que lhe aprouver (desde palácios de arte até a mais modesta habitação), bem como as plantações que bem entender, desde que pertinente ou adequada ao solo e delimitadas à área fixada no contrato. No entanto, uma vez extinta a concessão do direito de superfície o dono passa a ter a propriedade plena sobre o terreno, a construção e a plantação, não cabendo qualquer indenização ao superficiário, salvo se as partes estipularam expressamente em contrato o direito a indenização (art. 1.375 do CC de 2002). Isto significa dizer que, ao contrário da concessão do direito de uso e do direito de usufruto, a *concessão do direito de superfície* deve implicar necessário aumento patrimonial para o proprietário na restituição da coisa. De maneira que, na *concessão do direito de superfície*, o proprietário perde não apenas o direito de utilização da coisa, mantendo-se o direito de gozar (inclusive as construções realizadas por outrem) e dispor da propriedade.

O direito de superfície também apresenta algumas semelhanças e proximidade com a *enfiteuse*. Esclarece Arnaldo Rizzardo que a *enfiteuse* é uma forma de utilização imobiliária que se exterioriza no contrato pelo qual o proprietário atribui a outrem o domínio útil do imóvel, pagando a pessoa, que o adquire, e assim se constitui enfiteuta, ao senhorio direto uma pensão, ou foro anual, certo e invariável. Apesar de em ambas as modalidades estar presente a transmissão do domínio útil, verifica-se uma diferença de extensão, posto que, na *enfiteuse*, concede-se o domínio útil incondicional. Tanto da superfície quanto do solo ou da parte inferior, já relativamente à superfície, a transmissão restringe-

se à parte superior da terra, remanescendo a propriedade do solo, ou das riquezas interiores, na pessoa do titular. Ademais, segundo ARNALDO RIZZARDO, o foro é da essência na enfiteuse, tal não acontecendo na superfície, figura que não aceita o pagamento de qualquer remuneração periódica pelo proveito.²⁵

Aliás, como o Código Civil de 2002 não tratou do instituto da enfiteuse, podemos dizer que o *direito de superfície*, reintroduzido pela introduzido pela Lei nº 10.257, de 10.07.2001, e pelo novo Código, veio para substituir com vantagem o *regime da enfiteuse*.

4 DOS REGIMES DE CONCESSÃO DA UTILIZAÇÃO DE SUPERFÍCIE DE TERRENOS

A nosso ver, no âmbito do Direito brasileiro são 3 (três) os regimes legais previstos para disciplinarem a utilização, construção e plantação na superfície de terrenos: 1) o *regime de concessão do direito de superfície* regulado pelos arts. 21 a 23 da Lei nº 10.257, de 10.07.2001 (Estatuto da Cidade); 2) o *regime de concessão do direito de superfície* regulado pelos arts. 1.369 a 1.377 do Código Civil de 2002; e 3) o *regime de concessão de uso de terrenos públicos ou particulares* regulado pelo art. 7º do Decreto-lei nº 271, de 28.02.1967, o qual ainda encontra-se plenamente em vigor, pois não há qualquer disposição legal ulterior que o tenha revogado expressamente ou com disposições incompatíveis com as suas.

Por sinal, nossa opinião encontra ressonância na doutrina predominante, a qual entende que, após o advento da Lei nº 10.257, de 10.07.2001 (Estatuto da Cidade), foi sancionado pelo Presidente da República o novo Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406, de 10.01.2002), que também disciplinou o *direito de superfície* em seus arts. 1.396 a 1.377. Assim, passou a existir, doravante, 2 (duas) modalidades de *direito de superfície*: 1) uma de caráter geral, aplicável a todas as situações e casos, indistintamente (a do Código Civil); e 2) outra específica, destinada a regular tão-somente as relações superficiárias constituídas por proprietários urbanos, nos termos do *caput* do art. 21 da Lei nº 10.257, de 10.07.2001. Inclusive, se deve ter em conta que o § 2º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657, de 04.09.1942) prescreve expressamente que “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”. Por sinal, a doutrina tem se quedado a reconhecer que a

²⁵ Cf. op. cit., p. 863.

disciplina da *Lei de Diretrizes Urbanas* (Lei nº 10.257, de 10.07.2001) é muito superior, em qualidade, à do novo Código Civil.²⁶

4.1 DO REGIME DA CONCESSÃO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE DISCIPLINADO PELO ESTATUTO DA CIDADE (LEI Nº 10.257, DE 10.07.2001)

Inicialmente, vale destacar que o Código Civil de 2002 encontra-se na mesma posição hierárquica da Lei nº 10.257, de 10.07.2001 (que não é Lei Complementar, mas tão-somente Lei Ordinária). Mesmo assim, ele não revogou expressamente as disposições da Lei nº 10.257, de 10.07.2001, e o texto nele contido, a disciplinar o direito de superfície, dá a este instituto um tratamento notoriamente diferenciado, criando, assim, outro regime distinto daquele previsto no Estatuto da Cidade. Além disso, tanto o Código Civil de 2002 como a Lei nº 10.257, de 10.07.2001, não revogaram o art. 7º do Decreto-lei nº 271, de 28.02.1967. Portanto, salvo melhor juízo, temos efetivamente em vigor 3 (três) regimes distintos disciplinando a utilização, construção (edificações destinadas à habitação ou qualquer outro fim que com ela se relacione) e plantação (cultura duradoura) na superfície de terrenos, sejam eles públicos ou privados.

Quanto às disposições do Estatuto da Cidade a respeito da concessão do direito de superfície, lembramos que o proprietário urbano pode, perfeitamente, conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no Cartório de Registro Geral de Imóveis (*caput* do art. 21 da Lei nº 10.257, de 10.07.2001).

Como se vê, o legislador especial adotou os elementos tradicionais utilizados na formação do direito de superfície, quais sejam, a constituição mediante escritura pública e o registro no Cartório do Registro Geral de Imóveis. Entretanto, não se pode perder de vista que, no âmbito de aplicação do Estatuto da Terra, o direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no respectivo contrato, atendida a legislação urbanística, ambiental e mineral (§1º do art. 21 da Lei nº 10.257, de 10.07.2001).

²⁶ SOUSA, Luís Alberto Garcia de. A Lei de Diretrizes Urbanas e o direito de superfície. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2002/arti_luizgarcia.pdf>. p. 7.

Lembramos que houve tentativas de se mudar o texto contido no §1º do art. 21 da Lei nº 10.257, de 10.07.2001. Com efeito, durante a tramitação do respectivo Projeto na Câmara dos Deputados, entre as emendas apresentadas, uma delas vedava obra no subsolo, exceto no caso de ser objeto da concessão do direito de superfície. No entanto, além de a referida emenda ter sido rejeitada conforme avançou os trabalhos no Projeto de Lei, acabou-se por estender-se o direito de superfície ao subsolo e ao espaço aéreo.

Assim, ao contrário do Código Civil de 2002, o legislador urbanístico adotou a concepção de que o direito de superfície deve estar harmônico com a tridimensionalidade da propriedade imobiliária urbana, não devendo se restringir ao solo. Dentro dessa visão é que Ricardo Pereira Lira assevera emergir da propriedade imobiliária, em toda sua abstração, divisão em 3 (três) partes distintas:

- 1) porção subterrânea;
- 2) porção da superfície; e
- 3) porção aérea.

Portanto, na concepção do Estatuto da Cidade, o direito de superfície vai muito além da sua antiga concepção (comunhão entre o solo e o bem que está diretamente em cima dele), abrangendo tanto o solo como o que está abaixo e acima dele.

Outrossim, a concessão do direito de superfície, por parte do proprietário do imóvel a outrem, tanto pode ser *gratuita* como *onerosa*. Ademais, o superficiário responde integralmente pelos encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária, arcando, ainda, proporcionalmente à sua parcela de ocupação efetiva, com os encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, salvo disposição em contrário do contrato respectivo (§§ 2º e 3º do art. 21 da Lei nº 10.257, de 10.07.2001).²⁷

O *direito de superfície* pode ser transferido a terceiros, desde que sejam obedecidos os termos do respectivo contrato. Inclusive, por morte do superficiário, os seus direitos transmitem-se a seus herdeiros (§§ 4º e 5º do art. 21 da Lei nº 10.257, de 10.07.2001).

²⁷ Cf. op. cit., 7.

Devemos destacar o fato de a possível onerosidade da concessão do direito de superfície não transformar o contrato em uma das modalidades de arrendamento, como sugeria a designação do Direito inglês. Com efeito, a natureza do contrato de arrendamento é a de uma relação estritamente obrigacional, enquanto que a do contrato de concessão do direito de superfície ter natureza de direito real sobre coisa alheia. Inclusive, daí ter a concessão do direito de superfície de se materializar mediante escritura pública; tanto sua instituição como extinção devem, necessariamente, ser levadas à averbação no *Cartório do Registro Geral de Imóveis*. Também a aplicação subsidiária do Código Civil de 2002 obriga a lavratura de escritura pública e o seu respectivo registro na matrícula imobiliária correspondente.

De maneira que o superficiário ou titular do direito de superfície, relativamente às edificações que realizou ou de que tenha a posse, pode perfeitamente aliená-las ou gravá-las, sendo protegido por uma reivindicação útil (ação negatória, confessória e publiciana). Por sinal, o superficiário pode dar o seu direito de superfície em garantia hipotecária, com o objetivo de assegurar obrigações assumidas por ele junto a terceiros.²⁸

Acrescenta Frederico Bittencourt que assiste ao superficiário o direito de transferir a terceiros, a título oneroso ou gratuito, o direito real em foco, desde que sejam respeitados os termos e os limites em que foi contratado com o proprietário do terreno, passando o adquirente a ocupar a posição jurídica de superficiário até então exercitada pelo transmitente.²⁹ Do outro lado, nada impede que o proprietário possa exercer o direito de transferir o seu domínio sobre o imóvel a outrem, porém permanecendo imutável o direito real do superficiário, o que obriga os adquirentes a respeitar a utilização da superfície por ele e as condições estipuladas em contrato entre ele e o transmitente.

É importante citar ainda que, em caso de *alienação do terreno* ou do *direito de superfície*, o superficiário e o proprietário, respectivamente, têm *direito de preferência*, em igualdade de condições à oferta de terceiros (art. 22 da Lei nº 10.257, de 10.07.2001). Portanto, não se pode perder de vista que, de um lado, o superficiário pode exercer seu direito de preferência para a aquisição da propriedade, na hipótese de o imóvel vir a ser alienado; do outro, o proprietário pode exercer seu direito de

28 CERQUEIRA, Nelson de Figueiredo. Direito de Superfície. In: Revista dos Tribunais, nº 473, p. 27.

29 Cf. op. cit., p. 406.

preferência para aquisição do direito de superfície, na hipótese de o superficiário vir a aliená-lo. De maneira que, é desejo do legislador civil que o direito de propriedade e o direito de superfície possa vir ambos a se integrar no patrimônio de um ou de outro.

No entanto, Marco Aurélio S. Viana nos chama a atenção para o fato de o *direito de preferência* estar vinculado, necessariamente, à igualdade de condições. Ou seja, se o proprietário ou o superficiário dispõe de meios financeiros de atender ao preço e condições de pagamento, deve preferir ao terceiro, estranho à relação contratual subsistente. Porém, para que o *direito de preferência seja exercido*, aquele que aliena deve informar ou dar ciência ao outro seu propósito e apresentar a proposta para que a preferência seja ou não exercida. Tal informação deve ser dada ao outro por meio de notificação extrajudicial ou judicial, apresentando a proposta (condições, preço, forma de pagamento, etc.), levando ao seu conhecimento o local, dia e hora da escritura, bem como lhe concedendo prazo para se decidir pelo exercício da preferência. Para Marco Aurélio S. Viana, esse prazo deve ser de pelo menos 30 (trinta) dias, em virtude de a outra parte ter o direito de buscar meios para tanto, já que pode ser surpreendida pela pronta proposta. Mas se não vir a ser aceita, a alienação ao terceiro interessado está, a partir de então, liberada. Ao contrário, se o alienante não dá ciência da alienação a outra parte contratante, tem aplicação por analogia às disposições contidas no art. 504 do Código Civil de 2002,³⁰ ou seja, aquele que tem o direito de preferência pode exercer o direito de preferência no prazo de 6 (seis) meses, a contar da data do registro no Cartório de Registro Geral de Imóveis ou da ciência do interessado, depositando o preço e havendo o direito de alienar para si.³¹

Certo é que se extingue o *direito de superfície*: I- pelo advento do termo do respectivo contrato; II- pelo descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário (art. 23 da Lei nº 10.257, de 10.07.2001).

30 “Art. 504. Não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. O condômino, a quem não se der conhecimento da venda, poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranhos, se o requerer no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de decadência.

Parágrafo único. Sendo muitos os condôminos, preferirá o que tiver benfeitorias de maior valor e, na falta de benfeitorias, o de quinhão maior. Se as partes forem iguais, haverão a parte vendida os comproprietários, que a quiserem, depositando previamente o preço”.

31 Cf. op. cit., p. 554.

Por fim, uma vez extinto o direito de superfície, o proprietário tem o direito de recuperar o *pleno domínio do terreno*, bem como das *acessões e benfeitorias introduzidas no imóvel, independentemente de indenização*, se as partes não houverem estipulado o contrário no respectivo contrato. Entretanto, antes do termo final do contrato, extinguir-se-á o *direito de superfície* se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para a qual for concedida. De uma forma ou de outra, a *extinção do direito de superfície* deve ser averbada no Cartório de Registro Geral de Imóveis (art. 24 da Lei nº 10.257, de 10.07.2001).

Como podemos observar, as disposições contidas nos arts. 21 a 24 do Estatuto da Cidade primam pelos princípios fundamentais que norteiam este estatuto, qual seja:

- 1) *princípio da eticidade* (ruptura com o formalismo jurídico);
- 2) *princípio da socialidade* (superação do caráter individual em favor do coletivo);
- 3) *princípio da operabilidade* (decisão de facilitar a interpretação e a aplicação das normas pelos operadores do Direito).³²

4.2 DO REGIME DA CONCESSÃO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE DISCIPLINADO PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Quanto às disposições do Código Civil de 2002 a respeito da concessão do direito de superfície, temos que o proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no *Cartório de Registro Geral de Imóveis* (*caput* do art. 1.369 CC de 2002).

Relata Fábio Siebeneichler de Andrade que, ainda durante a tramitação do Projeto do Código Civil, se deixou claro que o objeto do direito de superfície é a realização da transferência dos direitos de construção do proprietário do solo para o superficiário, de modo que este realize uma obra e a mantenha pelo tempo que durar a concessão. Portanto, o *direito de superfície* foi tomado pelo legislador brasileiro como instrumento técnico-jurídico propulsor do fomento da construção, tão necessário, sobretudo nos grandes centros populacionais, onde

32 SÉGUIN, Elida. Estatuto da Cidade, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 187.

a carência habitacional é problema constante. Além disso, o referido Projeto admitia a possibilidade de plantações, por ter ele se inspirado notoriamente no Código português.³³

Trata-se, portanto, de uma concessão que o proprietário faz a outrem, para que utilize sua propriedade, tanto para *construir* como para *plantar*. Entretanto, o Código Civil de 2002 se refere apenas ao direito de o superficiário *construir* ou *plantar*, não mencionando o *direito correlato*, previsto no Código português, qual seja, o *direito de manter no local as plantações ou construções já existentes*. Na opinião de Silvio de Salvo Venosa, parece ser inafastável também essa possibilidade em nosso Direito, por ser da natureza do instituto, não havendo razão para a restrição. Desempenha importante função social não só quem constrói e planta, mas, também, quem mantém plantações ou construções já existentes no terreno de outrem. Melhor exemplo disso é a situação de um prédio inacabado que o superficiário se propõe a terminar. Trata-se do que a doutrina lusitana denomina “direito de sobrelevação”, que não contraria a legislação brasileira. Nesse sentido se coloca também o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10.06.2001), que disciplina outra modalidade de regime de concessão do direito de superfície de imóveis urbanos, trazendo igualmente problemas de interpretação.³⁴

A respeito da necessidade de escritura pública e registro, Marco Aurélio S. Viana esclarece que a concessão de ter coisa própria incorporada em terreno alheio, que o proprietário, dono, fundeiro ou concedente assegura ao superficiário, reclama escritura pública, que deve ser levada ao *Cartório de Registro Geral de Imóveis*. Tratando-se de direito real, por força do art. 108 do Código Civil de 2002,³⁵ sua constituição exige, pois, escritura pública.³⁶

Ademais, ao contrário da concessão do direito de superfície regulada pelo Estatuto da Cidade, na concessão regida pelo Código Civil de 2002 cumpre as partes contratantes estabelecerem obrigatoriamente

33 Cf. “A atualidade do direito de superfície”. In: *AJURIS – Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, nº 65, 1995, p. 408.

34 Cf. O direito de superfície no novo Código Civil. Disponível em: <<http://www.societario.com.br/demarest/svsuperficie.html>>. Acesso em: 21 de maio 2006

35 “Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País”.

36 Cf. op. cit., p. 547.

o prazo que melhor se ajusta aos seus interesses. O que o referido Código não admite é se registrar escritura sem prazo de duração do ajuste superficiário. Portanto, no regime regulado pelo Código Civil de 2002 é vedada à modalidade perpétua.

Entretanto, o *direito de superfície* não autoriza obra no *subsolo*, salvo se for inerente ao objeto da concessão (parágrafo único do art. 1.369 CC de 2002). Portanto, no regime previsto no Código Civil de 2002, o direito de utilização da superfície pelo superficiário está limitado ao nível onde alcançam as fundações do edifício e as raízes das plantas. Abaixo desses limites o domínio é reservado ao proprietário do solo. Todavia, segundo Arnaldo Rizzardo, é extremamente difícil se alienar o que se encontra acima do solo, ou apenas a superfície, mantendo-se o domínio sobre o que se situa abaixo, numa presunção de existir na propriedade manancial de minérios e outras riquezas localizadas no interior da terra. Até porque o proveito ou a exploração de possíveis fontes de riqueza importaria em inafastável prejuízo da parte superior ou externa, tirando-lhe a possível fonte de riqueza que ofereceria. Como se admitir, realmente, a exploração do subsolo pelo proprietário, sem ofensa aos prédios nele construídos e, pois, sem prejuízo aos direitos do superficiário?³⁷

Apesar de o Estatuto da Cidade dispor de maneira diferente, a nosso ver, a declaração prevista no art. 1.369 do Código Civil é a que melhor se coaduna com o objeto da concessão do direito de superfície, já que não vislumbramos como comum à edificação e plantação no subsolo; excepcionalmente pode-se construir no subsolo, mas aí teríamos uma concessão de direito de subterrâneo ou subsolo, e não uma concessão de direito de superfície. O mesmo se pode dizer do espaço aéreo, pois no conceito de superfície somente podem estar inclusas as construções que avançam em corpo único pelo espaço aéreo.

Por força do art. 1.370 do Código Civil de 2002, também o regime de concessão do direito de superfície previsto no referido Código pode ser *gratuito* ou *oneroso*. No entanto, o Código Civil de 2002, o qual tem aplicação subsidiária na concessão do direito de superfície disciplinada pela Lei nº 10.257, de 10.07.2001, determina, em relação à contraprestação devida pelo superficiário ao proprietário no caso de ser a concessão de direito de superfície da espécie onerosa, que as partes devem estipular “se o pagamento (*cânon superficiário*)

37 Cf. op. cit., p. 862.

será feito de uma só vez, ou parceladamente (em prestações anuais ou mensais)". A esse respeito lembramos que "pagamento" nada mais é do que "cumprimento de obrigação" ou "satisfação de dever previsto em contrato". O "pagamento" não precisa ser necessariamente em dinheiro, prevalece, pois, a forma de contraprestação prevista no contrato. Inclusive, podemos encontrar várias formas de pagamento na legislação brasileira. Por exemplo, o pagamento do preço do arrendamento rural pode ser ajustado em dinheiro ou em quantidade de frutos ou produtos agrícolas (art. 18 do Decreto nº 59.566, de 14.11.1966). O pagamento também pode ser ajustado em prestação de serviços, transferência de ônus, etc. Portanto, a contraprestação a ser auferida pelo proprietário do imóvel pode materializar-se em qualquer vantagem ou benefício evidente (com aumento patrimonial ou eliminação de diminuição patrimonial), de uma só vez ou parceladamente, exceto envolvendo construção ou plantação realizada pelo superficiário, em virtude de o art. 1.375 do Código Civil de 2002 já atribuir ao proprietário o direito a tais realizações, independentemente de indenização, seja gratuita ou onerosa à concessão.

Além disso, é de todo recomendável que as partes estabeleçam no instrumento de constituição do direito de superfície, entre outras coisas, a modalidade de pagamento (*cânon superficiário*), consignando-se se deve ser à vista ou parcelado, o número de prestações, o respectivo valor, a maneira da atualização, como ocorrerá a constituição da mora no cumprimento da partida e contrapartida, bem como todas as suas conseqüências da inadimplência.

Outrossim, ensina Arnaldo Rizzardo que, na falta de pagamento, é viável a resolução. No entanto, é perfeitamente possível se executar as prestações pendentes. Ingressa-se com o competente processo de execução, efetuando-se a constrição, por meio de penhora, para garantir a satisfação do crédito, nas construções e plantações erigidas no terreno. São as mesmas, depois de decorrido o prazo de embargos, ou julgados estes improcedentes, e após devida avaliação, levadas a hasta pública, para apurar-se o montante necessário ao pagamento das obrigações devidas.³⁸

Pelo que vimos até aqui alguns aspectos marcantes já podem ser destacados nesse instituto, que é altamente complexo:

38 Cf. op. cit., p. 864.

- 1) há um direito de propriedade do solo, que necessariamente pertence ao fundeiro;
- 2) há o direito de plantar ou edificar, o chamado “direito de implante” (obra ou plantação que decorre do direito de superfície); e
- 3) há o direito ao *cânon superficiário*, ou pagamento, se a concessão for onerosa.

Depois de implantada, há que se destacar a propriedade da obra, edificação ou construção, que cabe ao superficiário; a expectativa de aquisição pelo fundeiro e o direito de preferência atribuído ao proprietário ou ao superficiário na hipótese de alienação dos respectivos direitos.³⁹

Tal como na concessão do direito de superfície do Estatuto da Cidade, o superficiário responde pelos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel (art. 1.371 do CC de 2002). Vale dizer que tais tributos abrangem o recolhimento do imposto de transmissão, imposto da propriedade territorial urbana e imposto territorial rural.

O *direito de superfície* pode transferir-se a terceiros e, por morte do superficiário, aos seus herdeiros. Porém, não pode ser estipulado pelo proprietário ou concedente, a nenhum título, qualquer pagamento pela transferência (art. 1.372 do CC de 2002). Em vista disso, é perfeitamente legítima a disposição feita em testamento, pelo superficiário, que atribua a um legatário, ou seja, a um seu sucessor a título singular, o direito real de superfície do qual era titular o testador.⁴⁰

A respeito da possibilidade de transferência do direito de superfície, Marco Aurélio S. Viana opina no sentido de que não há qualquer proibição legal para que a transferência a terceiro possa depender de prévia autorização do proprietário do terreno. Inclusive, nada impede que seja ajustado que a transferência não se faça durante certo prazo. Certamente temos o princípio de que todo e qualquer direito possa ser transmissível, mas as partes são livres para deliberarem em sentido contrário. Em especial quando a concessão é onerosa, é compreensível

39 VENOSA, op. cit.

40 BITTENCOURT, op. cit., p. 408.

que o proprietário queira se precaver, afastando a possibilidade de se transferir a um terceiro sem condições de honrar os pagamentos.⁴¹

Ainda em relação à proibição de o proprietário cobrar qualquer pagamento no caso de transferência do direito de superfície, Arnaldo Rizzardo nos chama a atenção para o fato de residir exatamente aí um ponto fundamental de distinção relativamente à enfiteuse, sendo que, nesta, admite-se o pagamento de um *laudêmio* em uma remuneração ou taxa estabelecida para o enfiteuta pagar ao senhorio direto da coisa aforada, como compensação pela renúncia que este exerce, ao direito que lhe é assegurado de compra na transferência do domínio útil. Já o superficiário, se transferir o direito de superfície, nenhuma contraprestação ou compensação efetuará ao proprietário do solo.⁴²

Destacamos que, tal como previsto no art. 22 da Lei nº 10.257, de 10.07.2001, também na concessão regulada pelo Código Civil de 2002, em caso de *alienação do imóvel* ou *do direito de superfície*, o superficiário ou o proprietário tem *direito de preferência*, em igualdade de condições (art. 1.373).

Cumprido ao superficiário utilizar o terreno na forma estabelecida no respectivo contrato. De maneira que, antes do termo final do ajuste, pode resolver-se a concessão se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para a qual foi concedida (art. 1.374 do CC de 2002). Entretanto, devemos ter em mente que “destinação”, no caso, diz respeito à forma pela qual se atende as condições estabelecidas no contrato pelas partes, ou seja, se a construção está sendo realizada em conformidade com o ajuste ou se a plantação está sendo feita de maneira adequada (compatível com a natureza do solo a ser cultivado), conforme pertinência ao solo (tendo recebido solo fértil deve devolvê-lo da mesma maneira) e dentro dos limites de área previstos no contrato.

A nosso ver, a regra prescrita no art. 1.374 do Código Civil de 2002, para ser obedecida pelo superficiário, implica, em contrapartida, no direito de fiscalização do proprietário, para avaliar se tal regra está sendo efetivamente cumprida. Por sinal, Marco Aurélio S. Viana recomenda que é de todo salutar que as partes ajustem o exercício do direito de fiscalização do proprietário, evidentemente assegurando-se a tutela da privacidade e da intimidade do superficiário, que podem ser

⁴¹ Cf. op. cit., p. 552.

⁴² RIZZARDO, op. cit., p. 865.

afetados em função do exercício do direito de fiscalização. Segundo ele, se não houve previsão contratual a esse respeito não fica o proprietário impedido de fazer valer o seu direito, bastando deduzir a pretensão, que merecerá acolhida, quando se se fixará a forma como a fiscalização deverá ser feita.⁴³

A *concessão do direito de superfície* pode extinguir-se em virtude das seguintes causas:

- 1) vencimento do prazo estipulado no respectivo contrato;
- 2) descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário;
- 3) destinação da superfície, pelo superficiário, a propósitos diferentes daqueles previstos em contrato;
- 4) abandono, revelado na conduta ostentada pelo titular do direito, mesmo que nem sempre de modo expresso, indicativa da vontade de não mais manter a relação de proveito da superfície (simplesmente o beneficiário deixa de lado as construções ou plantações que fez no imóvel, não mais comparecendo ao local, resultando em completa deterioração e ensejando a conclusão de tal desinteresse), porém há necessidade de uma declaração judicial de emissão na posse, para tornar perfeito o direito à retomada da superfície, com a citação do superficiário;
- 5) perecimento das construções ou plantações existentes no imóvel (o perecimento se dá de modo que reste inviabilizada a reconstrução ou a renovação das plantações; por exemplo, quando as forças da natureza, como terremoto, rebaixamento do solo, inundação perene, não mais permitam a utilização a que antes se destinava o imóvel);
- 6) renúncia do direito de superfície, desde que revelada de modo expresso (a renúncia equivale ao abandono expresso, declarado ou explícito, mediante uma manifestação da vontade, na qual se enuncia o propósito de não mais utilizar o imóvel);

⁴³ Ibid., p. 556.

- 7) confusão ou reunião numa mesma pessoa das qualidades de proprietário e superficiário (pode ocorrer quando o titular do domínio do solo adquire o direito de superfície, ou o superficiário adquire o direito de propriedade do solo);
- 8) desapropriação, através da qual se dá a transferência compulsória tanto do direito de propriedade como do direito de superfície para o Poder Público expropriante, por necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro ou em títulos da dívida pública.⁴⁴

Apesar de a Lei nº 10.257, de 10.07.2001, prever apenas 3 (três) hipóteses de extinção da concessão do direito de superfície (aquelas previstas no art. 23 e no §1º do art. 24), todas as causas acima enumeradas dão causa a extinção do direito de superfície nos contratos regidos pelo Estatuto da Cidade.

Seja qual for o motivo da extinção ou termo do respectivo contrato, uma vez extinta a concessão, o proprietário passa a ter a propriedade plena sobre o terreno, construção ou plantação, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário (art. 1.375 do CC de 2002). Ademais, no caso de extinção do direito de superfície em consequência de *desapropriação*, a indenização a ser paga pelo poder expropriante cabe ao proprietário e ao superficiário, no valor correspondente ao direito real de cada um (art. 1.376 do CC de 2002), ou seja, o proprietário faz jus a receber o preço da propriedade, incluindo edificações, benfeitorias e plantações anteriores à concessão, enquanto o superficiário tem o direito de ser indenizado pelas construções e plantações que realizou.

Finalmente, o *direito de superfície*, constituído por *pessoa jurídica de direito público interno*, rege-se pelo Código Civil de 2002, no que não for diversamente disciplinado em lei especial (art. 1.377).

Assim, os elementos de distinção entre o *regime de concessão do direito de superfície* da Lei nº 10.257, de 10.07.2001, e o *regime de concessão do direito de superfície* do Código Civil de 2002 podem ser enumerados da seguinte maneira:

44 RIZZARDO, op. cit., p. 866.

1. A concessão do direito de superfície do Estatuto da Cidade admite vigência por tempo determinado ou indeterminado, enquanto a concessão prevista no Código Civil só admite vigência por tempo determinado;
2. A concessão do direito de superfície do Estatuto da Cidade admite a utilização do solo, do subsolo ou do espaço aéreo relativo ao terreno, enquanto a concessão prevista no Código Civil só admite o direito de construir ou de plantar no solo do imóvel, proibindo expressamente obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão;
3. A concessão onerosa do direito de superfície do Estatuto da Cidade não dispõe a respeito da contraprestação a título de ressarcimento da privação do uso, enquanto a concessão onerosa prevista no Código Civil prevê o pagamento de uma só vez ou parceladamente;
4. A concessão do direito de superfície do Estatuto da Cidade admite a cobrança de multa ou lutas a favor do proprietário pela transferência da concessão a terceiros, enquanto a concessão prevista no Código Civil não admite, a nenhum título, estipulação pelo concedente de qualquer pagamento pela transferência.

Trata-se, pois, de modalidades de *concessão do direito de superfície* absolutamente diferentes. De maneira que as partes contratantes podem optar por um ou outro regime, devendo, porém, ficar expressamente designado no instrumento qual deles disciplina o ajuste.

4.3 DO REGIME DA CONCESSÃO DE USO DE TERRENOS PÚBLICOS E PARTICULARES REGULADO PELO DECRETO-LEI Nº 271, DE 28.02.1967

Quanto às disposições do Decreto-lei nº 271, de 28.02.1967 a respeito da concessão de uso de terrenos públicos e privados, abrangendo a utilização, construção e plantação na sua superfície, temos que se encontra instituída tal espécie de concessão, a qual pode ser ajustada de forma remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel (sob condição extintiva), para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra

utilização de interesse social (*caput* do art 7º do Decreto-lei nº 271, de 28.02.1967).

A concessão de uso pode ser contratada, por instrumento público ou particular, ou por simples termo administrativo (no caso de concessão de uso de terrenos públicos), e deve ser inscrita e cancelada em livro especial. De maneira que, desde a inscrição da concessão de uso, o concessionário tem o direito de fruir plenamente do terreno para os fins estabelecidos no contrato e responder por todos os encargos civis, administrativos e tributários que venham a incidir sobre o imóvel e suas rendas (§§1º e 2º do art. 7º do Decreto-lei nº 271, de 28.02.1967).

Outrossim, resolve-se a concessão antes de seu termo, no caso de o concessionário vir a dar ao imóvel destinação diversa da estabelecida no contrato ou termo, ou descumprir cláusula resolutória do ajuste, perdendo, neste caso, as benfeitorias de qualquer natureza. Além disso, a concessão de uso de terras particulares ou públicas, salvo disposição contratual em contrário, transfere-se por ato *inter vivos* ou por sucessão legítima ou testamentária, como os demais direitos reais sobre coisas alheias, registrando-se a transferência (§§3º e 4º do art. 7º do Decreto-lei nº 271, de 28.02.1967).

Por último, é permitida a concessão de uso do espaço aéreo sobre a superfície de terrenos públicos ou particulares, tomada em projeção vertical, para os fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social, e na forma que for regulamentada (art 8º do Decreto-lei nº 271, de 28.02.1967).

Como se pode observar, ao contrário da *concessão do direito de superfície* do Estatuto da Cidade e da *concessão do direito de superfície* prevista no Código Civil, a “concessão de uso”, abrangendo a utilização, construção e plantação na sua superfície e tratada no Decreto-lei nº 271, de 28.02.1967, é expressamente recomendada tanto para *terrenos públicos* como para *terrenos particulares*. Ademais, os elementos de distinção entre os *regimes de concessão do direito de superfície* previstos na Lei nº 10.257, de 10.07.2001, e no Código Civil de 2002, e o *regime de concessão de uso* previsto no Decreto-lei nº 271, de 28.02.1967, são aqueles que enumeramos ao fazer comparações entre as características do direito de uso, do direito de usufruto e do direito de superfície.

Além disso, a *concessão de direito de uso* regulada pelo art. 7° do Decreto-lei n° 271, de 28.02.1967, a nosso ver, seria a mais apropriada para a utilização dos imóveis em atividade de caráter exclusivamente social. Inclusive, devemos atentar para a destinação da *concessão do direito de uso* declarada pelo *caput* do art. 7° do Decreto-lei n° 271, de 28.02.1967: “para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social”.

4.4 DO CABIMENTO DO REGIME DA CONCESSÃO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE EM TERRENOS PÚBLICOS

Alguma doutrina tem sustentado ser incabível a aplicação das disposições relativas à concessão do direito de superfície previstas na Lei n° 10.257, de 10.07.2001, tendo por objeto *terrenos públicos*. Inclusive, os autores que esposaram tal corrente argumentam que todos os dispositivos referentes ao uso de *terras públicas* que estavam contidos no Projeto de Lei do Estatuto da Cidade foram vetados na edição da Lei n° 10.257, de 10.07.2001, acabando sendo introduzidos, posteriormente, por Medida Provisória.⁴⁵

Realmente, vários trechos das razões de veto mencionadas na Mensagem n° 730, de 10.07.2001, indicam algo mais ou menos assim:

1. O instituto jurídico da concessão de uso especial para fins de moradia em *áreas públicas* é um importante instrumento para propiciar segurança da posse – fundamento do direito à moradia – a milhões de moradores de favelas e loteamentos irregulares. Algumas imprecisões do projeto de lei trazem, no entanto, riscos à aplicação desse instrumento inovador, *contrariando o interesse público* (razões do veto ao art. 15);
2. O *caput* do art. 15 do projeto de lei assegura o direito à concessão de uso especial para fins de moradia àquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados situada em *imóvel público*. A expressão ‘edificação urbana’ no dispositivo visaria a permitir a *regularização de cortiços em imóveis públicos*, que no entanto é viabilizada pela concessão a título coletivo, prevista no art. 16. Ela se presta, por

⁴⁵ SÉGUIN, op. cit., p. 189.

outro lado, a outra leitura, que poderia gerar *demandas injustificadas* do direito em questão *por parte de ocupantes de habitações individuais de até duzentos e cinquenta metros quadrados de área edificada em imóvel público* (razões de veto dos arts. 15 e 16);

3. Os arts. 15 a 20 do projeto de lei *contrariam o interesse público* sobretudo por não ressaltarem do direito à concessão de uso especial os *imóveis públicos* afetados ao uso comum do povo, como praças e ruas, assim como áreas urbanas de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental ou destinadas a obras públicas. Seria mais do que razoável, em caso de ocupação dessas áreas, possibilitar a satisfação do direito à moradia em outro local, como prevê o art. 17 em relação à ocupação de áreas de risco (razões de veto dos arts. 15 a 20).

Todavia, em momento algum os arts. 21 a 24 da Lei nº 10.257, de 10.07.2001, excluíram a sua aplicação no caso de terrenos públicos. Fulminando o argumento sustentado pela doutrina defensora da não aplicação da Lei nº 10.257, de 10.07.2001, às concessões de direito de superfície de terrenos públicos, o art. 1.377 do Código Civil de 2002 é claríssimo: “o direito de superfície, constituído por pessoa jurídica de direito público interno, rege-se por este Código, no que não for diversamente disciplinado em lei especial”. Portanto, o próprio Código Civil reconhece a aplicação de lei especial disciplinadora do direito de superfície aos terrenos públicos.

Como se pode observar, as restrições quanto à aplicação das disposições previstas no Estatuto da Cidade aos imóveis públicos foram afastadas pelo art. 1.377 do Código Civil de 2002, promulgado em época posterior à Lei nº 10.257, de 10.07.2001.

Entretanto, em se tratando de terrenos públicos, a concessão do direito de superfície deve previamente ser submetida ao processo de licitação, já que a Lei nº 8.666, de 21.06.1993, exige licitação, na modalidade “concorrência pública” em tais casos (inciso I do *caput* do art. 17).⁴⁶

46 “Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: I-quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e

fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos: a) doação em pagamento; b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo; c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei; d) investidura; e) venda a outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo ([Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994](#)); f) alienação, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis construídos e destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais de interesse social, por órgãos ou entidades da administração pública especificamente criados para esse fim ([Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994](#)); g) procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei no 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal inclui-se tal atribuição ([incluído pela Lei nº 11.196, de 2005](#)); II- quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos: a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência sócio-econômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação; b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública; c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica; d) venda de títulos, na forma da legislação pertinente; e) venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades; f) venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe.

§1º. Os imóveis doados com base na alínea 'b' do inciso I deste artigo, cessadas as razões que justificaram a sua doação, reverterão ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada a sua alienação pelo beneficiário.

§2º. A Administração também poderá conceder título de propriedade ou de direito real de uso de imóveis, dispensada licitação, quando o uso destinar-se ([redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005](#)): I- a outro órgão ou entidade da Administração Pública, qualquer que seja a localização do imóvel ([incluído pela Lei nº 11.196, de 2005](#)); II- a pessoa física que, nos termos de lei, regulamento ou ato normativo do órgão competente, haja implementado os requisitos mínimos de cultura e moradia sobre área rural situada na região da Amazônia Legal, definida no art. 2º da Lei no 5.173, de 27 de outubro de 1966, superior à legalmente passível de legitimação de posse referida na alínea g do inciso I do caput deste artigo, atendidos os limites de área definidos por ato normativo do Poder Executivo ([incluído pela Lei nº 11.196, de 2005](#)).

§2º-A. As hipóteses da alínea g do inciso I do caput e do inciso II do § 2º deste artigo ficam dispensadas de autorização legislativa, porém submetem-se aos seguintes condicionamentos ([incluído pela Lei nº 11.196, de 2005](#)): I- aplicação exclusivamente às áreas em que a detenção por particular seja comprovadamente anterior a 1º de dezembro de 2004 ([incluído pela Lei nº 11.196, de 2005](#)); II- submissão aos demais requisitos e impedimentos do regime legal e administrativo da destinação e da regularização fundiária de terras públicas ([incluído pela Lei nº 11.196, de 2005](#)); III- vedação de concessões para hipóteses de exploração não-contempladas na lei agrária, nas leis de destinação de terras públicas, ou nas normas legais ou administrativas de zoneamento ecológico-econômico ([incluído pela Lei nº 11.196, de 2005](#)); e IV- previsão de rescisão automática da concessão, dispensada notificação, em caso de declaração de utilidade, ou necessidade pública ou interesse social ([incluído pela Lei nº 11.196, de 2005](#)).

§2º-B. A hipótese do inciso II do § 2º deste artigo ([incluído pela Lei nº 11.196, de 2005](#)): I- só se aplica a imóvel situado em zona rural, não sujeito a vedação, impedimento ou inconveniente a sua exploração mediante atividades agropecuárias ([incluído pela Lei nº 11.196, de 2005](#)); II- fica limitada a áreas de até 500 (quinhentos) hectares, vedada a dispensa de licitação para áreas superiores a esse limite ([incluído pela Lei nº 11.196, de 2005](#)); e III- pode ser cumulada com o quantitativo de área decorrente da figura prevista

Todavia, por força do inciso I do §2º do art. 17 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, a Administração Pública em geral pode, a nosso ver, conceder direito de superfície sobre seus imóveis, com dispensa de licitação pública, quando o uso destinar-se a outro órgão ou entidade da Administração Pública (pessoa jurídica de direito público), qualquer que seja a localização do imóvel.

No mesmo sentido, Marco Aurélio S. Viana opina que a concessão de direito de superfície envolvendo imóveis da União Federal, dos Estados, do Distrito Federal dos Municípios, de suas autarquias e das demais entidades de caráter público criados por lei (pessoas jurídicas de direito público interno) depende de licitação. O art. 175 da Constituição Federal submete concessão de prestação de serviços públicos a prévia licitação. No entanto, a Lei nº 8.666/93, alterada pela Lei nº 8.883/94, permite à Administração conceder em tais casos, dispensando a licitação, quando o usuário for outro órgão da entidade. Se ele estiver fora do âmbito da Administração Pública, exige-se a concorrência.⁴⁷

5 CONCLUSÃO

Como vimos, o *direito de superfície*, tal como ele é entendido hoje em dia, somente foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro na

na alínea g do inciso I do caput deste artigo, até o limite previsto no inciso II deste parágrafo ([incluído pela Lei nº 11.196, de 2005](#)).

§3º. Entende-se por investidura, para os fins desta lei ([redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998](#)): I- a alienação aos proprietários de imóveis lindeiros de área remanescente ou resultante de obra pública, área esta que se tornar inaproveitável isoladamente, por preço nunca inferior ao da avaliação e desde que esse não ultrapasse a 50% (cinquenta por cento) do valor constante da alínea 'a' do inciso II do art. 23 desta lei ([incluído pela Lei nº 9.648, de 1998](#)); II- a alienação, aos legítimos possuidores diretos ou, na falta destes, ao Poder Público, de imóveis para fins residenciais construídos em núcleos urbanos anexos a usinas hidrelétricas, desde que considerados dispensáveis na fase de operação dessas unidades e não integrem a categoria de bens reversíveis ao final da concessão ([incluído pela Lei nº 9.648, de 1998](#)).

§4º. A doação com encargo será licitada e de seu instrumento constarão, obrigatoriamente os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato, sendo dispensada a licitação no caso de interesse público devidamente justificado ([redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994](#)).

§5º. Na hipótese do parágrafo anterior, caso o donatário necessite oferecer o imóvel em garantia de financiamento, a cláusula de reversão e demais obrigações serão garantidas por hipoteca em segundo grau em favor do doador ([incluído pela Lei nº 8.883, de 1994](#)).

§6º. Para a venda de bens móveis avaliados, isolada ou globalmente, em quantia não superior ao limite previsto no art. 23, inciso II, alínea 'b' desta Lei, a Administração poderá permitir o leilão ([incluído pela Lei nº 8.883, de 1994](#)).

47 Cf. op.cit., p. 558.

vigência do Decreto-lei nº 271, de 28.02.1967, o qual ainda vigora por não haver revogação expressa de suas disposições ou incompatibilidade com disposições ulteriores.

Todavia, este instituto de direito imobiliário ganhou mesmo força doutrinária somente com a vigência dos arts. 21 a 23 da Lei nº 10.257, de 10.07.2001 (Estatuto da Cidade) e arts. 1.369 a 1377 do Código Civil de 2002, os quais o colocaram na categoria especial do direito que assegura ao superficiário ter coisa própria incorporada em terreno alheio ou de propriedade do fundeiro, situação esta garantida pelo direito de superfície e pelo direito de construir ou manter construção em terreno alheio, ou pelo direito de plantar ou manter a plantação em terreno alheio.

Entretanto, o *direito de superfície* (direito que assegura o direito de construir ou de plantar) não se confunde com o *direito de uso* (direito que assegura apenas a utilização da coisa alheia), nem com o *direito de usufruto* (direito que transfere tanto o direito usar como o direito de gosar ou desfrutar). Apesar de todos eles poderem ser objeto de concessão, características peculiares efetivamente os distinguem. Portanto, pelas suas próprias características não é incorreto se afirmar que o legislador de 2002 atribuiu ao *direito de superfície* a função de substituir o instituto da *enfiteuse*, extinto então pelo novo Código Civil.

Outra questão a qual procuramos bem elucidar diz respeito ao fato de não haver, no Direito brasileiro, unificação da concepção do regime legal do direito de superfície. Com efeito, contamos 3 (três) regimes legais diferentes, previstos para disciplinar a utilização, construção e plantação na superfície de terrenos: 1) o *regime de concessão do direito de superfície* regulado pelos arts. 21 a 23 da Lei nº 10.257, de 10.07.2001 (Estatuto da Cidade); 2) o *regime de concessão do direito de superfície* regulado pelos arts. 1.369 a 1.377 do Código Civil de 2002; e 3) o *regime de concessão de uso de terrenos públicos ou particulares* regulado pelo art. 7º do Decreto-lei nº 271, de 28.02.1967.

Com certeza, estas disposições legais não tratam de um mesmo regime, pois possuem peculiaridades inconfundíveis.

As principais peculiaridades do regime de concessão regulado pela Lei nº 10.257, de 10.07.2001 (Estatuto da Cidade) são as seguintes: 1) a lei instituidora não menciona expressamente que sua aplicação deve

ocorrer tanto em relação à propriedade pública como em relação à privada, havendo, inclusive, divergência na doutrina quanto a aplicação no caso de terreno público; 2) quanto ao seu objeto, este regime tem a vocação para a utilização ampla do terreno, sendo esta restrita apenas a forma estabelecida no contrato e na legislação urbanística; 3) quanto à localização do imóvel, este regime é considerado específico, pois destinado a regular tão-somente as relações superficiárias constituídas por proprietários urbanos; 4) o proprietário urbano pode conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado; 5) esta concepção do direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno; e 6) neste regime é admissível cobrança de multa ou lutas a favor do proprietário pela transferência da concessão a terceiros.

Enquanto que as peculiaridades do regime de concessão regulado pelo Código Civil de 2002 são as seguintes: 1) a lei instituidora menciona, expressamente, sua aplicação geral apenas em relação à propriedade privada, pois reconhece a aplicação de lei especial disciplinadora do direito de superfície aos terrenos públicos; 2) quanto ao seu objeto, este regime abrange a construção ou o plantio em terreno alheio; 3) quanto à localização do imóvel, este regime é considerado de caráter geral, pois destinado a regular todas as situações e casos, indistintamente (relações superficiárias constituídas por proprietários urbanos e rurais); 4) o proprietário urbano ou rural pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno apenas por tempo determinado; 5) esta concepção não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão, ou seja, neste caso, o direito de utilização da superfície pelo superficiário está limitado ao nível onde alcançam as fundações do edifício e as raízes das plantas; e 6) neste regime é admissível cobrança de multa ou lutas a favor do proprietário pela transferência da concessão a terceiros.

Já as principais peculiaridades do regime de concessão regulado pelo Decreto-lei n.º 271, de 28.02.1967, são as seguintes: 1) o Decreto-lei instituidor recomenda expressamente sua aplicação tanto para terrenos públicos como para terrenos particulares; 2) quanto ao seu objeto, este regime abrange a utilização, construção e plantação no terreno alheio, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social; 3) quanto à localização do imóvel, este regime também é considerado de caráter geral, pois destinado a regular todas as situações e casos, indistintamente (relações

superficiárias constituídas por proprietários urbanos e rurais); 4) o proprietário urbano ou rural pode conceder a outrem o direito de usar, construir ou de plantar em seu terreno por tempo determinado ou indeterminado; 5) esta concepção autoriza urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social no solo e no espaço aéreo sobre a superfície concedida, tomada em projeção vertical; e 6) neste regime não há qualquer restrição à cobrança de multa ou lutas a favor do proprietário pela transferência da concessão a terceiros.

6 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A atualidade do direito de superfície. Porto Alegre, **AJURIS – Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, n. 65, 1995, p. 408.

ARMINJON, Pierre; NOLDE, Boris Baron; WOLFF, Martin. **Traité de Droit Compare**, t. 2º, Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1950.

BATALHA, Wilson De Souza Campos. **Loteamentos e condomínios**, t. 2. São Paulo: Max Limonad, 1953.

BIONDI, Biondo. **La Categoria Romana delle Servitutes**. Milano: Società Editrice Vita e Pensiero, 1938.

BITTENCOUT, Frederico. Direito Real de Superfície. Rio de Janeiro, **Revista Forense**, Forense, n. 272, p. 404 e segs.

CERQUEIRA, Nelson de Figueiredo. Direito de Superfície. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, n. 473, p. 27 e segs.

GONÇALVES, Luiz Da Cunha. **Tratado de Direito Civil**. 2. ed. vol. 9, São Paulo: Max Limonad, 1958.

KLANG, Mário. Direito de superfície. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, n. 541, p. 301 e segs.

LIRA, Ricardo Pereira. **Elementos de Direito Urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MOTA, Mauricio Jorge Pereira da. **Direito De Superfície No Direito Romano**. orientador Ricardo Pereira Lira, trabalho de conclusão de curso apresentado na disciplina de Propriedade Urbana do Mestrado em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 1º Semestre de 1995. Disponível em: <http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/mauricio_mota/mm_2.html>.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das Cousas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas** (De acordo com a Lei nº 10.406, de 10.01.2002), 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SÉGUIN, Elida. “Estatuto da Cidade”, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. **O direito de superfície no novo Código Civil**. Disponível em: <<http://www.societario.com.br/demarest/svsuperficie.html>>. Acesso em: 21 mar. 2006.

VIANA, Marco Aurélio S. **Comentários ao Novo Código Civil: Dos Direito Reais: Arts. 1.225 a 1.510**, vol. XVI. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ZAPATERO, Vicente Guilarte. **El Derecho de Superficie**, Prólogo de D. Ignacio Serrano, Pamplona: Aranzadi, 1966.

A FUNÇÃO CONSULTIVA DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NA PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO NAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

*Angélica Moreira Dresch da Silveira
Advogada da União, Especialista em Direito, Economia e
Democracia Constitucional – UFRGS, Especialista em Direito
Público – ESVJ e Especializanda em Direitos Fundamentais e
Direitos do Consumidor-UFRGS.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os Núcleos de Assessoramento Jurídico (NAJs) na estrutura institucional da Advocacia-Geral da União (AGU); 2 A corrupção nas licitações e contratações públicas: o direcionamento da licitação, o superfaturamento de preços e o fracionamento de despesa; 2.1 o direcionamento da licitação; 2.2 superfaturamento; 2.3 fracionamento de despesas como forma de manipulação da licitação e das contratações diretas; 3 A corrupção na execução contratual; as fraudes na subcontratação e na fiscalização; 3.1 subcontratação; 3.2 fiscalização dos contratos; 4 Conclusão; 5 Referências.

RESUMO: A corrupção envolvendo licitações e contratações realizadas pela Administração Pública, ou seja, órgãos da administração direta, fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, junto a fornecedores privados, revelada por atos de improbidade administrativa, tem sido comumente objeto de escândalos e implica em grandes prejuízos aos cofres públicos. Estima-se que, em alguns casos, a corrupção represente mais de 30% dos custos governamentais decorrentes de processos de licitação.

A minuciosa análise das minutas de editais de licitação, bem como dos respectivos contratos, pelo setor consultivo da Advocacia-Geral da União, constitui um fator determinante na prevenção de 'atos de corrupção', na medida em que permite limitar o grau de arbítrio dos agentes públicos envolvidos nesses procedimentos, detectar as situações de risco e as ilicitudes que, não raro, permeiam os atos e contratos administrativos.

O assessoramento jurídico aos órgãos da Administração Pública, no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por eles praticados ou já efetivados, e em especial, o exame das regras que disciplinarão o procedimento licitatório, bem como daquelas que deverão regular a execução contratual, e dos atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade ou decidir a dispensa de licitação, constituem funções específicas dos Núcleos de Assessoramento Jurídico (NAJs), unidades da Consultoria-Geral da União (CGU), órgão de direção superior da Advocacia-Geral da União (AGU).

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia-Geral da União. Corrupção. Licitações. Contratações Públicas.

ABSTRACT: Corruption involving tenders and contracts accomplished by the Public Administration, that is to say, direct administration organisms, special funds, autarquies, public foundations, state companies, mixed economy societies and all other entities controlled by the Union, States, Federal District and Townships and Municipalities, together with private providers, revealed by acts of administrative improbity, have commonly been the object of scandals

and imply great prejudice to the public coffers. It is estimated that, in some cases, corruption represents more than 30% of the government costs derived from public tenders.

The minute analysis of the edicts of tenders, as well as of the respective contracts, by the consultant sector of the General Advocacy of the Union, constitute a determining factor in the prevention of “acts of corruption”, in the measure that they allow the limitation of the degree of discretion of the public agents involved in these procedures, detect situations of risk and the illicitness which, not rarely, permeate the acts and administrative contracts.

The legal assistance to the organisms of Public Administration in the internal control of Administrative legality of the acts being practiced by them or already performed, and specially, the examination of the rules that will discipline the tender process, as well as those that should regulate the execution of the contract, and of the acts through which the enforceability will be recognized or decide the dismissal of the tender, constitute specific functions of the Juridical Assessment Units (NAJs), organs of General Consultancy of the Union (CGU), organ of superior directorship of the General Advocacy of the Union (AGU).

KEY-WORDS: General Advocacy of the Union (AGU-BRAZIL). Corruption. Tenders and Public Contracts

INTRODUÇÃO

A corrupção no setor público tem sido objeto constante na pauta de grandes economias mundiais. Isso porque ela gera custos, como a diminuição do crescimento econômico, comprometimento das instituições políticas, descrédito dos serviços públicos e o agravamento de problemas sociais. Interfere negativamente na avaliação do risco de investimentos, na economia de países, que convivem com ela.

Diante dos graves problemas causados pela corrupção, desenvolve-se, no País, a necessária conscientização da importância das atividades de fiscalização e de controle, exercidas pelo Tribunal de

Contas da União e pela Controladoria-Geral da União, no combate e na prevenção à corrupção.

Ao lado dessas instituições, sobressai o papel da Advocacia-Geral da União (AGU), órgão responsável pela representação judicial e extrajudicial da União, bem como pela prestação, exclusiva, de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

A atuação da Advocacia-Geral da União se desenvolve através de duas áreas. Na área do consultivo, por meio do assessoramento e orientação dos dirigentes do Poder Executivo Federal, de suas autarquias e fundações públicas, visando conferir segurança jurídica aos atos administrativos que serão por eles praticados, notadamente quanto à materialização das políticas públicas, à viabilização jurídica das licitações e dos contratos e, ainda, na proposição e análise de medidas legislativas (Leis, Medidas Provisórias, Decretos e Resoluções, entre outros). Ou seja, a atuação do consultivo da AGU visa orientar o administrador quanto à legalidade de seus atos, evitando a prática de fraudes nos procedimentos licitatórios e na execução de contratos públicos. Na área do contencioso, por meio da representação judicial e extrajudicial da União, além de suas autarquias e fundações públicas. Isto implica, dentre outras medidas de defesa do patrimônio público e da probidade na Administração, no ajuizamento de ações judiciais de improbidade administrativa, para fins de punição dos responsáveis, por desvios de dinheiro público e para o devido ressarcimento ao erário. Desse modo, o espectro das ações desenvolvidas pela AGU é amplo; no consultivo, as atividades relacionadas à análise de editais de licitações e de minutas de contratos administrativos estão voltadas à prevenção dos atos de corrupção; e na área contenciosa, ao combate à corrupção e ao devido ressarcimento ao erário.

A corrupção pode se materializar através da apropriação indevida de bens, serviços e dinheiro públicos, cobrança de propinas, extorsão, compra e venda de influência política e através de fraudes em licitações.

Uma das formas mais comuns de corrupção é a fraude praticada no âmbito das licitações e contratações públicas. Ou seja, 'Frustrar a licitude do processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente', constituem atos de improbidade administrativa, que causam prejuízos ao erário, tipificados, expressamente, no art. 10, inciso VIII da lei de

Improbidade Administrativa (Lei 8429/92).

Improbidade significa o agir com desonestidade, má-fé ou com ausência de lisura. As licitações e contratações públicas devem ser pautadas em atos de probidade administrativa (honestidade), espécie de moralidade administrativa, princípio constitucional ao qual está afeta a conduta de todo o administrador público. A probidade, nesse sentido, está relacionada à conduta dos agentes públicos, que devem ser lícitas, sob pena de configurar ato de improbidade, se assim estiver tipificado na Lei 8429/92.

Parte-se da premissa de que o poder discricionário concedido à Administração Pública para a prática de atos administrativos, com liberdade de escolha, quanto a sua conveniência, oportunidade e conteúdo, tem sido determinante na vulnerabilidade desses procedimentos à corrupção.

Neste artigo procuramos demonstrar a importância da atividade consultiva da Advocacia-Geral da União, desenvolvida pelos Núcleos de Assessoramento Jurídico (NAJs), nos Estados, na prevenção da corrupção e na preservação da probidade, nos procedimentos licitatórios e de contratações diretas.

Inicialmente definimos a posição dos NAJs, dentro da estrutura institucional da Advocacia-Geral da União, pontuando, dentre suas atribuições, aquelas que entendemos de fundamental importância, para evitar a prática dos atos de improbidade administrativa nesses procedimentos.

A seguir, partindo de uma definição do que seja ‘corrupção’ nesse contexto, são abordadas questões atinentes ao direcionamento da licitação, superfaturamento de preços, fracionamento de despesas, subcontratação e fiscalização contratual.

A importância desse estudo é evidente, porque segundo estimativas por setores especializados, em alguns casos, a corrupção representa mais de 30% dos custos governamentais decorrentes de processos de licitação. De acordo com o Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário – IBPT, o Brasil perde, anualmente, 32% da arrecadação tributária em corrupção e ineficiência administrativa.

A atividade preventiva deve partir da compreensão das condições que propiciam a corrupção. À vista disso, o exame jurídico dos editais dos procedimentos licitatórios e dos instrumentos referentes aos contratos administrativos daí decorrentes, revela-se mecanismo de fundamental importância no controle dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízos ao Erário, como se revelam as fraudes à licitação.

1 OS NÚCLEOS DE ACESSORAMENTO JURÍDICO (NAJS) NA ESTRUTURA INSTITUCIONAL DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (AGU)

A Consultoria-Geral da União (CGU) constitui o órgão de direção superior da Advocacia-Geral da União (AGU), e é responsável pelo assessoramento jurídico aos órgãos do Poder Executivo. Nesse sentido dispõe a Lei Complementar 73, de 11 de fevereiro de 1993¹:

Art. 2º - A Advocacia-Geral da União compreende:

I - órgãos de direção superior:

- a) o Advogado-Geral da União;
- b) a Procuradoria-Geral da União e a da Fazenda Nacional;
- c) Consultoria-Geral da União;
- d) o Conselho Superior da Advocacia-Geral da União; e
- e) a Corregedoria-Geral da Advocacia da União;

Art. 10 - À Consultoria-Geral da União, direta e imediatamente subordinada ao Advogado-Geral da União, incumbe, principalmente, colaborar com este em seu assessoramento jurídico ao Presidente da República produzindo pareceres, informações e demais trabalhos jurídicos que lhes sejam atribuídos pelo chefe da instituição.

Em Brasília, as atividades relacionadas ao assessoramento jurídico dos Ministérios são desempenhadas por Consultorias Jurídicas

¹ Institui a Lei orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências.

especializadas².

Nos Estados-membros, esta atividade consultiva encontra-se afeta aos Núcleos de Assessoramento Jurídico (NAJs), que integram, portanto, a estrutura da CGU.

Aos Núcleos de Assessoramento Jurídico compete, dentre outras atribuições, analisar, de forma preventiva, a constitucionalidade e a legalidade dos atos a serem praticados, ou já efetivados, por administradores públicos federais, que atuam fora de Brasília.

No âmbito deste controle preventivo, os NAJs analisam prévia e conclusivamente, os textos de editais de licitação, os respectivos contratos e instrumentos congêneres a serem celebrados e publicados, e também os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade ou decidir a dispensa de licitação.

Nesse sentido, o disposto no art. 19, incisos VI e VII, alíneas 'a e b' do Ato Regimental no. 05, de 27.09.2007, da AGU³.

Art. 19. Compete aos Núcleos de Assessoramento Jurídico:

I - assessorar os órgãos e autoridades da Administração Federal Direta localizados fora do Distrito Federal quanto às matérias de competência legal ou regulamentar desses órgãos e autoridades, sem prejuízo da competência das Consultorias Jurídicas dos Ministérios ou órgãos equivalentes prevista no art. 11 da Lei Complementar nº 73, de 1993;

[...]

2 Art. 11 - Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente: I - assessorar as autoridades indicadas no caput deste artigo; [...] V - assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica; VI - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério, Secretaria e Estado-Maior das Forças Armadas: a) os textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados; b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de VII.

3 Dispõe sobre a competência, estrutura e o funcionamento da Consultoria-Geral da União e as atribuições de seu titular e demais dirigentes.

VI - assistir os órgãos e autoridades assessorados no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por eles praticados ou já efetivados;

VII - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito dos órgãos assessorados:

a) os textos de editais de licitação e os respectivos contratos ou instrumentos congêneres a serem celebrados e publicados; e

b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade ou decidir a dispensa de licitação; (grifo nosso)

[...]

A Lei de Licitações (Lei 8666, de 21 de junho de 1993), dispõe no seu art. 38, inciso VI, que, dentre os documentos que devem compor o procedimento administrativo, estão os pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade. No parágrafo único do mesmo dispositivo legal refere que: “As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.”(grifo nosso)

Pois bem, esse assessoramento jurídico realizado à Administração constitui, em síntese, atribuição dos Núcleos de Assessoramento Jurídico, que em sua maior parte concentra-se na análise de editais de licitação e minutas de contratos administrativos efetivados no âmbito dos órgãos assessorados (p. ex Superintendências Regionais da Polícia Federal, da Polícia Rodoviária Federal, do Ministério da Agricultura, do Ministério do Trabalho e Emprego, Unidades Regionais de Atendimento da própria AGU, Unidades Militares, como o Comandos Regionais do Exército, da Aeronáutica, dentre outros.)

O trabalho desenvolvido pelos Núcleos de assessoramento não tem se limitado à análise de editais de licitação dos órgãos assessorados. Em Porto Alegre, no ano de 2006, e em São Paulo, neste ano de 2008, os respectivos NAJs elaboraram modelos padrões de editais de licitação e seus anexos, em conformidade com a legislação de regência das várias modalidades existentes no ordenamento jurídico brasileiro; visando agilizar os procedimentos e evitar questionamentos judiciais acerca da

regularidade dos certames. Isso é claro, contribui muito para cercear subjetivismos, limitar a discricionariedade do administrador, vícios que, não raro, permeiam vários editais oriundos de órgãos assessorados e acabam tornando o procedimento vulnerável à corrupção.

Definida a posição institucional dos Núcleos de Assessoramento Jurídico (NAJs) na estrutura da Advocacia-Geral da União, passaremos a demonstrar como a atividade preventiva desenvolvida por eles, revela-se útil na prevenção à corrupção nas licitações e contratações públicas.

2 A CORRUPÇÃO NAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: O DIRECIONAMENTO DA LICITAÇÃO, O SUPERFATURAMENTO DE PREÇOS E O FRACIONAMENTO DE DESPESA

A palavra ‘corrupção’ vem do latim “rumpere”- romper, que significa a quebra de algo, uma regra de conduta, moral, social ou legal⁴. A melhor definição, no contexto analisado, é aquela que considera corrupção como o uso de cargo público para benefício particular⁵, envolvendo sempre um agente público e um agente privado⁶. Em outras palavras, consiste no uso do poder para obter vantagens ilícitas.

Uma licitação, seja para a aquisição de bens, seja para a contratação de um serviço, sempre coloca de um lado, um agente público e de outro, fornecedores/ empresas, que disputam entre si, a contratação para o fornecimento dos bens ou serviços pretendidos pela Administração. De um lado o público, com sua ação predefinida pela lei, de outro o privado, com ampla liberdade de atuação.

4 TANZI, V. **Corruption, around the world** : causes, consequences, scope, and cures. IMF, Staff Paper, v. 45, n. 4, p. 559-594, dec. 1998.

5 De acordo com a teoria econômica neoclássica, a atividade de alguns indivíduos e grupos, na busca de rendas extramercado (ganhos que não tem origem nem no trabalho nem no capital), para si próprios, através do controle do Estado, denomina-se ‘rent-seeking’.Essas atividades ‘rent-seeking’ visam transferir renda não gerá-la. Assim, transpondo para a área de licitações e contratos, o direcionamento de licitações e a criação de privilégios aos agentes econômicos, determinados por critérios não competitivos, pode gerar um alto custo para a sociedade. Isso porque, do ponto de vista da eficiência econômica, as atividades ‘rent-seeking’ implicam na alocação ineficiente de recursos econômicos escassos em atividades improdutivas. (SILVA, Marcos Fernandes G. O controle dos processos de licitação: uma análise de economia política: 1ª. Parte. In: **Estudos Econômicos da Construção- Sinduscon**, São Paulo, v. 2, n. 3, 1997)

6 Conceito apresentado no relatório desenvolvido por ‘Kroll (www.krollworldwide.com) The risk Consulting Company’ e Transparência Brasil. Disponível em: <<http://www.transparencia.org.br>>, intitulado: “Fraude e Corrupção no Brasil: A perspectiva do setor privado”, colaboradores Johann G Lambsdorff, Wilton de Oliveira Bussab e Salo Vinocur Coslovsky

Abramo e Capobianco, em estudo acerca do tema 'licitações e corrupção', apontam o grau de discricionariedade atribuído ao administrador, como a causa da vulnerabilidade de um sistema legal de licitações. Quanto maior for este grau, maiores serão as oportunidades de corrupção⁷. Assim, o que permitiria a corrupção em licitações e contratos públicos seriam as decisões do administrador que, por exemplo: excluem empresas da competitividade, através de exigências, critérios financeiros e técnicos não justificados, ou melhor, justificados sob o viés do "interesse público", que mascara, na verdade, interesses privados; estabelecem critérios arbitrários de julgamento das propostas, ou ainda privilégios na fiscalização dos contratos e no cumprimento de obrigações pela contratada.

Em outros termos, o grau de arbítrio conferido ao agente público pode propiciar práticas de direcionamento da licitação, o que burla o princípio da isonomia e elimina a concorrência, fundamental à seleção da proposta mais vantajosa para a futura contratação. O direcionamento do procedimento licitatório, a prática de superfaturamento de preços e o fracionamento de despesa com vistas à licitação em modalidade diversa daquela prevista em lei ou visando à contratação direta, sem licitação, retratam as formas mais comuns de corrupção.

Na dicção do disposto no art. 3º. da Lei de Licitações:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.
(grifo nosso)

2.1 DIRECIONAMENTO DA LICITAÇÃO

O direcionamento da licitação ocorre quando o administrador público do órgão licitante estabelece exigências de qualificação técnica e econômico-financeira, condições especiais que só determinada

7 ABRAMO, C. W.; CAPOBIANCO, E. R. **Licitações e contratos**: os negócios entre setor público e setor privado. Disponível em: <<http://www.transparencia.org.br>>. Acesso em: 5.set. 2008.

(s) empresa(s) possui (em) , burlando assim a concorrência , excluindo a maioria das empresas interessadas do certame. Consiste numa espécie de “reserva de mercado” ficta, porque as possíveis concorrentes já são desclassificadas antes mesmo da abertura de suas propostas, permanecendo apenas aquele fornecedor envolvido no esquema de corrupção.

Os agentes corruptos podem criar assim um “monopólio” da empresa participante do processo licitatório. Exemplificando: nas compras efetuadas através da modalidade licitatória convite, a Lei de Licitações -Lei 8666/93- no seu art.22, §3º, exige que se obtenham no mínimo três distintas cartas com proposta de preço. O agente público pode escolher apenas uma empresa e esta se encarrega de encontrar as outras duas cartas. Evidentemente que isso pode ocorrer por desídia da Administração e não necessariamente por ato de corrupção⁸. Mas essa modalidade licitatória permite esse dirigismo na escolha do contratado.

Podem ocorrer ainda que a decisão do administrador sobre o vencedor da licitação seja tomada com base em aspectos subjetivos travestidos de natureza técnica. O exercício de arbítrio no julgamento pode ser reforçado por uma definição imprecisa do objeto da licitação. Por exemplo, considerações sobre a qualidade, necessariamente subjetivas, passam a fazer parte do processo de definição do vencedor. Dessa forma torna-se fácil “vender” o resultado do julgamento⁹.

A modalidade convite está mais vulnerável às práticas ilícitas, porque é aquela que atribui o maior grau de discricionariedade ao administrador público. O administrador escolhe dentre três fornecedores/prestadores de serviços, aquele que será o contratado para a execução do objeto licitado. Isso permite simulações, como por exemplo, a contratação de empresa que não fabrica, nem presta os serviços relacionados ao objeto do contrato; ou seja, a contratada não pertence ao ramo de atividade, objeto da licitação. Também pode ocorrer que a contratada/convidada pertença ao mesmo proprietário das demais empresas convidadas, o que evidencia fraude à competitividade entre as licitantes, já que a concorrência é, de fato, eliminada.

8 CASTRO, Luciano I. de. **Combate à corrupção em licitações públicas**. Madrid: Universidad Carlos III Departamento de Economía, 2007. (Documento de Trabajo 07-03, série de Economía 02).

9 ABRAMO, 2008.

A Lei de Licitações define como crime o ato de frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento. Vejamos:

Art. 90 Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

A Lei de Improbidade administrativa, a seu turno, define a fraude como ato de improbidade que causa prejuízos ao erário.

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

[...]

VIII frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente. (grifo nosso)

A análise prévia da minuta do edital e seus anexos, pelos NAJs, permite, muitas vezes, detectar o excesso de arbítrio conferido ao administrador, nas diversas fases que compõem o procedimento licitatório, inclusive os critérios de julgamentos “dirigidos”. Viabiliza-se assim um controle preventivo da legalidade, tornando o procedimento menos vulnerável a atos de corrupção.

2.2 SUPERFATURAMENTO

O superfaturamento consiste em aumentar artificialmente o valor dos preços referentes ao fornecimento bens ou contratação de serviços, de forma a propiciar lucros adicionais à empresa fornecedora em troca de benefícios escusos/propina. Preços superfaturados significam preços manifestamente superiores àqueles praticados no mercado.

Marçal Justen Filho¹⁰ leciona que o superfaturamento não

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 295.

significa necessariamente um preço ‘falso’ ou ‘lucro excessivo’, mas sim uma elevação injustificada do valor de um bem ou serviço quando a contratação se dá com o Estado, ou seja, perante particulares o contratado pratica outros preços significativamente menores. A caracterização de preço superfaturado estaria vinculada a alteração das condições habituais de negócios e na oneração injustificada dos cofres públicos; ou seja, a licitante perante contratantes particulares, pratica determinados preços, mas quando a contratante é a Administração Pública, esses mesmos valores são elevados, injustificadamente, de forma a provocar excessiva onerosidade aos cofres públicos.

Nessa ordem de idéias, traz-se à colação a doutrina de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹¹, referindo decisão do Tribunal de Contas da União¹².

Tecnicamente a parcela excedente ao preço justo ou de mercado caracteriza-se como prejuízo. Quando a Administração Pública contrata com preços superfaturados, há o desembolso de despesa em valor excedente, sem contraprestação, parcela essa que deve ser considerada como prejuízo, como o é qualquer despesa sem amparo legal processada pela Administração. Se é dever indeclinável contratar a preços de mercado, qualquer despesa efetivada além desse limite deve ser reembolsada ao Erário pelo agente responsável direto pela sua efetivação.

A prática de superfaturamento está diretamente associada à ausência ou insuficiência de uma ampla e prévia pesquisa de preços, seja para as contratações que exigem licitação, seja para os casos de contratação direta (dispensa e inexigibilidade de licitações - arts. 24 e 25 da Lei 8666/93, respectivamente).

A Administração, previamente à licitação ou contratação direta de obras, serviços e compras (art. 7. §2º, II e art.14 da Lei de Licitações) deve proceder a uma ampla pesquisa de preços, a fim de estimar o custo do objeto a ser adquirido, definir os recursos orçamentários suficientes para a cobertura das despesas contratuais, além de servir de balizamento para a análise das propostas dos licitantes. O critério de aceitabilidade

11 FERNANDES, José Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão :procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 375.

12 Acórdão 88/1999-Plenário TCU

das propostas poderá ter como base o preço máximo¹³ fixado, caso em que as propostas oferecidas superiores a esse valor serão desclassificadas; ou pode a Administração fixar um valor estimado, que admite em princípio, a contratação por preço superior, desde que compatível com o preço de mercado, devidamente justificado. ambos os critérios (preço máximo ou preço estimado) podem implicar em prejuízos ao erário, quando tiverem como base preços muito acima daqueles praticados pelo mercado, ou seja, superfaturados.

De acordo com o Tribunal de Contas da União:

A fase interna do procedimento relativo a licitações públicas observará a seguinte seqüência de atos preparatórios:

[...]

estimativa do valor da contratação, mediante comprovada pesquisa de mercado;

[...]

Serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atenderem ao disposto na LRF. [Lei de Responsabilidade Fiscal]

Segundo determina a LRF, a estimativa da despesa e do seu impacto orçamentário-financeiro é peça fundamental dos procedimentos de licitação e deve estar acompanhada das premissas e da metodologia de cálculo utilizadas para determiná-la.

O valor estimado da contratação será determinante na escolha da modalidade de licitação a ser realizada (concorrência, tomada de preços, convite), exceto quanto à modalidade Pregão¹⁴.

13 De acordo com o art. 40, inc.X da Lei 8666/93, poderá ser fixada preço máximo que a Administração se dispõe a pagar pelo objeto contratado. Na modalidade licitatória do pregão, para a aquisição/contratação de bens e serviços comuns, realizada através do Sistema de Registro de Preços -SRP, é fixado no edital um valor máximo para cada item , caso em que os lances acima deste valor são desclassificados.

14 O Pregão constitui modalidade licitatória, instituída pela Lei 10.520, de 17.07.2002., destinada, exclusivamente, para a aquisição de bens e serviços comuns, independentemente do valor estimado da contratação. Pode ser feito sob a forma presencial, regulada pelo Decreto 3555/2000, ou eletrônica, regulada pelo Decreto 5450/2005. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos**: orientações básicas 3. ed. Brasília: TCU , Secretaria de Controle Interno, 2006).

A pesquisa de preços constitui pressuposto inarredável à regularidade do processo licitatório. Ela definirá o custo real do objeto a ser contratado, traduzindo-se na materialização dos princípios da eficiência e economicidade¹⁵. Nesse sentido, a legislação disciplinadora das licitações e contratações públicas.

Lei n.º 8.666/93 (Lei Geral de Licitações):

Art. 7.º [...]

§ 2.º - As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

II – existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários; [...]

§ 9.º - O disposto neste artigo aplica-se também, no que couber, aos casos dispensa e inexigibilidade de licitação.

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

III – submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado;

[...]

§ 6º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar preço constante do quadro geral em razão de incompatibilidade desse com o preço vigente no mercado.

Art. 43 – A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes requisitos procedimentais: [...]

IV – verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

15 DOTTI, Marinês R. A promoção da ampla pesquisa de preços nas contratações públicas: eficiente gestão de recursos públicos e efetividade no controle de despesas. São Paulo, **Revista Zênite de Licitações e Contratos**, n. 170, p.350, abr. 2008.

Decreto n.º 6.170/07(Dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências):

Art. 11. Para efeito do disposto no art. 116 da Lei n.º 8.666, de 1993, a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos, deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato.

Lei n.º 10.520/02(Institui a modalidade licitatória denominada pregão, para a aquisição de bens e serviços comuns)

Art. 3.º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados;

Decreto n.º 3.555/00(Regulamenta o pregão):

Art.8.º A fase preparatória do pregão observará as seguintes regras:

II - o termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato;

III - a autoridade competente ou, por delegação de competência, o ordenador de despesa ou, ainda, o agente encarregado da compra no âmbito da Administração, deverá:

a) definir o objeto do certame e o seu valor estimado em planilhas, de forma clara, concisa e objetiva, de acordo com termo de referência elaborado pelo requisitante, em conjunto com a área de compras, obedecidas as especificações praticadas no mercado;

V - constarão dos autos a motivação de cada um dos atos especificados no inciso anterior e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento estimativo e o cronograma físico-financeiro de desembolso, se for o caso, elaborados pela Administração;

Art. 21. Os atos essenciais do pregão, inclusive os decorrentes de meios eletrônicos, serão documentados ou juntados no respectivo processo, cada qual oportunamente, compreendendo, sem prejuízo de outros, o seguinte:

III - planilhas de custo;

Decreto n.º 5.450/05(Regulamenta o pregão eletrônico):

Art. 9.º [...]

§ 1.º A autoridade competente motivará os atos especificados nos incisos II e III, indicando os elementos técnicos fundamentais que o apóiam, bem como quanto aos elementos contidos no orçamento estimativo e no cronograma físico-financeiro de desembolso, se for o caso, elaborados pela administração;

§ 2.º O termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar avaliação do custo pela administração diante de orçamento detalhado, definição dos métodos, estratégia de suprimento, valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado, cronograma físico-financeiro, se for o caso, critério de aceitação do objeto, deveres do contratado e do contratante, procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato, prazo de execução e sanções, de forma clara, concisa e objetiva.

O Núcleo de Assessoramento Jurídico não dispõe de competência para a análise contábil dos valores postos no orçamento estimativo elaborado pelo licitante, nem para o levantamento dos preços cotados, providências a cargo dos órgãos/setores técnicos competentes (princípio da segregação das funções), mas deve verificar se constam dos autos do processo os respectivos comprovantes /orçamentos que serviram de parâmetro à fixação do preço. A orientação do NAI, no exame jurídico do procedimento licitatório e de contratação direta, deve ser no sentido de que o órgão licitante comprove a realização da pesquisa de mercado,

através da juntada dos respectivos orçamentos, orientação que encontra respaldo na jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Vejamos:

Realize pesquisa de preços como forma de cumprir a determinação contida no art. 43, inciso IV, da Lei de Licitações, fazendo constar formalmente dos documentos dos certames a informação sobre a equivalência dos preços. Acórdão 301/2005 Plenário

Anexe aos processos de licitação a impressão da relação de preços praticados para o bem pretendido, extraída do módulo gerencial de COMPRASNET/ SIASG-CONSULTA PREÇOS PRATICADOS, de modo a atender o que determina o art. 2º parágrafo único da IN/ SEDAP nº 04/99 c/c os artigos 15, inciso V e 43 inciso IV da Lei 8.666/1993. Acórdão 1272/2004 Primeira Câmara

Realização de ampla pesquisa de preços no mercado, a fim de estimar o custo do objeto a ser adquirido, definir os recursos orçamentários suficientes para a cobertura das despesas contratuais e servir de balizamento para a análise das propostas dos licitantes, em harmonia com os arts. 7º, § 2º, inciso III, e 43, incisos IV e V, todos da Lei 8.666/1993. Acórdão 1182/2004 Plenário

Em se tratando de obras, já decidiu o TCU, que a configuração de superfaturamento exige o cotejo dos preços praticados com outros executados em obras de igual porte (Acórdão 1709/2002-Plenário).

Há casos em que, pela simples leitura da planilha de comparativo de preços, onde normalmente, constam, no mínimo, três orçamentos de diferentes fornecedores, constata-se que um dos orçamentos representa valor bem superior ao menor orçamento, fato que acaba elevando o preço médio, que será fixado para a contratação. Nesses casos, o NAI orienta o órgão licitante, diante do risco de superfaturamento, já que o preço médio acaba superando o valor de mercado, que tome por parâmetro o valor do menor orçamento, e fixe este como o valor estimado ou o máximo da contratação. Exemplificamos:

No comparativo de preços obtidos junto a três fornecedores (A-B-C), para a aquisição de determinado item, o valor do maior orçamento obtido do fornecedor 'A' foi de R\$2.150,00; que correspondia ao quádruplo do valor correspondente ao menor orçamento-R\$498,00, apresentado pelo fornecedor C. Isto acaba por elevar o valor médio,

que, na verdade, deve refletir o preço de mercado.

O Tribunal de Contas da União define: “Preço médio é o elaborado com base em pesquisa onde será realizada a contratação e deve refletir o preço de mercado. Preço estimado é o parâmetro de que dispõe a Administração para julgar licitações e efetivar contratações, desde que reflita o preço de mercado. Preço de mercado é o corrente na praça pesquisada. Preço praticado é o que a administração contratante paga ao contratado.”¹⁶

Esse tipo de procedimento não é razoável, porque sempre que um dos orçamentos se apresentar superfaturado, haverá uma elevação da média. Por isso, o cabe ao NAJ recomendar que a unidade licitante observe e evite cotações que representem valores excessivamente superiores ao menor orçamento obtido. Dessa forma, se os valores apresentados pelas empresas são díspares a ponto de uma empresa apresentar orçamento com valores consideravelmente superiores ao de outra, resta afastada a possibilidade de considerá-lo, para fins de, por média aritmética, ser fixado o preço médio. Nesses casos, o preço estabelecido como valor médio de referência acaba sendo maior que os valores apresentados pelos demais fornecedores, resultando num valor de referência bem acima do que poderia ser alcançado. O órgão licitante, responsável pela pesquisa de preços ao estabelecer aquele patamar de aceitabilidade, acaba por contratar por preço superfaturado.

Sob esse enfoque, trago à colação trecho do Despacho/Coordenação NAJ/RS/CGU/AGU N° 1680/2006, que orienta:

Orientamos o órgão que é recomendável lançar como preço máximo, o mínimo pesquisado ou, definir o preço médio como sendo o preço máximo admitido, com base na apuração do menor e maior preço pesquisado.

Tal orientação é extraída das lições de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹⁷:

Como regra geral, temos sugerido:

16 BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2006, p. 39-40.

17 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 239-240.

c) definir a informação do menor e maior preço pesquisados, apurando-se a média;

[...]

O recomendável é lançar, como preço máximo, o mínimo pesquisado, otimizando-se a vantagem da licitação. Contudo, cada caso deve merecer reflexão própria. (grifos nossos)

É de fundamental importância também, na análise preventiva da regularidade do procedimento licitatório, que se oriente o órgão licitante acerca da possibilidade de se utilizar bancos de dados como instrumento equivalente à ampla pesquisa, exigida no art. 15 §1º. da Lei 8666/93. No âmbito federal, o banco de dados do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais –SIASG, atende a função da ampla pesquisa, como parâmetro referencial. Este banco de dados inclui atividades de cadastramento de fornecedores (SICAF- sistema de cadastramento de fornecedores, operado on-line, que cadastra e habilita pessoas físicas e jurídicas interessadas em participar de licitações realizadas por órgãos e entidades integrantes do SIASG); registro de preços de bens e serviços (efetuado principalmente pelo sistema COMPRASNET, operado on-line, inclusive por meio da internet, no sítio <<http://www.comprasnet.gov.br>>. Oferece consultas a convites, tomada de preços e concorrências realizada pela Administração Federal, que pode ser realizada por qualquer interessado. Permite redução de custos e torna mais transparentes e competitivas as licitações) e ainda catálogo de materiais e serviços(Define padrões de produtividade e qualidade de serviços e materiais especificados nas compras pela Administração Pública Federal)¹⁸.

Embora os Núcleos de Assessoramento Jurídico não detenham a função de órgãos de controle, como o Tribunal de Contas da União e os órgãos de controle interno da unidade licitante; na análise prévia da legalidade dos atos que compõe a fase interna do procedimento licitatório, devem advertir o órgão licitante da responsabilidade solidária em que incidem agentes públicos e fornecedores ou prestadores de serviços, nas hipóteses de superfaturamento.

¹⁸ FERNANDES, 2005, p. 214-215.

Na hipótese de contratação direta (hipóteses em que não se realiza licitação), adverte o art. 25 da Lei 8666/93, no seu §2º:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

[...]

§2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

A análise preventiva, realizada pelos núcleos de assessoramento da AGU, comporta ainda a advertência de que, mesmo após publicado o edital ou expedido o convite, sendo constatado que o valor estimado atribuído ao objeto da licitação não condiz com os preços praticados no mercado (porque possivelmente superfaturados), deve o ordenador de despesas declarar a nulidade parcial do procedimento licitatório, alcançando todos os atos praticados desde a aprovação da estimativa de custos baseada em pesquisa de preços superfaturada ou deficientemente instruída, determinando prazo para que outra pesquisa de preços seja elaborada; sob pena de responder solidariamente pela recomposição dos prejuízos advindos da contratação efetivada com preços abusivos. Isso representa o exercício da autotutela pela própria Administração licitante, nos termos ditados pela súmula 473 do Supremo Tribunal Federal¹⁹.

O Tribunal de Contas da União tem jurisprudência pacífica no sentido de que a Comissão de Licitação é também responsável por irregularidades que, em decorrência de processo licitatório, forem praticadas pelos administradores, fato que, por exemplo, ocorre quando o ordenador de despesas firma contrato com preço superfaturado. Parte-se do pressuposto de que o ordenador de despesas, que homologa a licitação, presume que a Comissão agiu com prudência no julgamento das propostas, podendo, no máximo, ser-lhe atribuída responsabilidade

19 Súmula 473 do STF: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

quando comprovada culpa grosseira, má-fé ou conivência com os membros da Comissão²⁰.

De acordo com o Tribunal de Contas da União.

A homologação não é ato meramente formal; por meio dele a autoridade competente lança sua assinatura e expressa sua ciência do resultado do certame, exercendo o controle sobre a legalidade do procedimento licitatório. (Acórdão 113/1999-Plenário)

Mas, como aferir o preço superfaturado? O Tribunal de Contas da União - TCU já considerou como parâmetro, o preço dos contratos firmados com a mesma empresa, por outro órgão público e contrato anterior com o mesmo órgão²¹. Também, já tomou por fundamento o disposto na Instrução Normativa SAA/CGAIN no. 002/97, de 02.10.2007, a qual estabelece que qualquer preço superior à 5% ao do referencial representaria superfaturamento²².

O superfaturamento de preços constitui ato fraudulento, e encontra-se tipificado na lei de licitações e na lei de improbidade administrativa.

Lei 8666/93

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

I - elevando arbitrariamente os preços;

[...]

Lei 8429/92

²⁰ FERNANDES, José Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 376.

²¹ Vide, nesse sentido, Acórdão 101/97 -Plenário

²² Acórdão 088/99-Plenário (FERNANDES, José Ulisses Jacoby. **Vade-Mécum de licitações e contratos**: legislação selecionada e organizada com jurisprudência, notas e índices. 3. ed. rev., atual, e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008)

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

[...]

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado; (grifo nosso)

Ilustrativa, neste aspecto, a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª. Região²³, acerca da comprovação da materialidade do tipo penal referido no art. 96, inciso I da lei de licitações.

1. O art. 96, inciso I da Lei 8666, que prevê a fraude em licitação, por meio da elevação arbitrária de preços, abrange as hipóteses de aquisição, venda ou contratação, decorrente do procedimento licitatório. Assim, a prestação de serviços contratada por processo licitatório está abarcada pelo tipo penal da citada lei especial.

2. Comprova-se a materialidade e autoria do ilícito previsto no inciso I, do art. 96 da Lei 8666/93, pela diferença de propostas ofertadas pelo réu, que em contrato emergencial apresenta um valor, e em posterior Tomada de Preços, apresentou outro valor, em torno de 50% abaixo do que havia contratado, revelando arbitrária elevação do preço do serviço contratado, evidenciando assim, a ocorrência de prejuízos à Fazenda Pública. (grifo nosso)

Expressivo também o trecho da Decisão 1090/2001-P, no processo TC 004.874/2001-4, que traz palavras constantes do voto do Ministro Relator Benjamin Zymler:

Pode ocorrer na contratação de obras públicas, em regime de empreitada por preço unitário, que haja determinados itens com preços superfaturados, embora o preço global da obra seja compatível com o de mercado. Esses itens superfaturados, no decorrer da execução da obra, podem ter os seus quantitativos aumentados

²³ ACR 5662/SC, 7ª. Turma, processo: 2000.04.01.024978-3. DJ 26.03.2003. **Revista Fórum Administrativo-Direito Público**, v. 3, n. 26, p. 2199-2203, abr. 2003. apud FERNANDES, op. cit., p. 994.

mediante aditivos contratuais - é o chamado jogo de planilha. Assim, o custo total da obra ficará em desacordo com o de mercado, arcando a União com o prejuízo.

O exemplo retrocitado revela uma prática de superfaturamento, em relação a qual, deve o órgão licitante atentar, para evitar a responsabilização solidária dos membros da comissão de licitação e da autoridade que homologa o procedimento.

Daí a importância de os Núcleos de Assessoramento Jurídico (NAJs) exigirem que, os cálculos, constantes nas planilhas de custos, apresentadas pela Administração, sejam objeto de análise/parecer do setor técnico competente, acerca da sua regularidade. Isso decorre do princípio da segregação das funções, segundo o qual cada órgão/setor da Administração deve realizar a sua função técnica, não podendo o NAJ agregar funções que são da competência administrativa de outros órgãos/setores da Administração. Ao NAJ compete apontar vícios, irregularidades, na fase interna do procedimento, que denotem ilegalidades e comprometam a licitude da licitação e da própria contratação.

As contratações diretas (hipóteses legais de licitação dispensável, dispensada e de inexigibilidade de licitação²⁴), são, pela própria natureza, mais vulneráveis a práticas de superfaturamento de preços. É que, nesses casos, a seleção do contrato mais vantajoso, para a Administração, não se submete aos rigores de um procedimento licitatório formal, mas a um procedimento especial e simplificado.

A dispensa de licitação em razão do valor – hipótese prevista no art. 24 incisos I e II da lei de licitações²⁵, por exemplo, não exige publicidade, como condição de eficácia do ato. Nesse sentido, dispõe o art. 26 da referida lei.

24 Licitação dispensável é aquela prevista nas hipóteses do art. 24 da Lei 8666/93, cujas situações 'numerus clausus' admitem a contratação direta. Neste caso a licitação é possível, porém não obrigatória. Licitação dispensada é aquela em que a lei (art. 17, I, II, §2º. e §4º. da Lei8666/93 -alienação de bens imóveis e móveis) desobriga expressamente a realização de licitação.Neste caso o gestor público não pode licitar. Inexigibilidade de licitação ocorre nas hipóteses, exemplificativas do art. 25 da Lei 8666/93, quando há inviabilidade de competição, porque há um só objeto ou fornecedor que atende às necessidades da Administração contratante. (BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2006).

25 **Art. 24** - É dispensável a licitação: I - **para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior (ou seja, até R\$15.000,00)**, desde

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2o e 4o do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8o desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

De acordo com as orientações traçadas pelo Tribunal de Contas da União²⁶ e repassadas aos órgãos assessorados pelos Núcleos de Assessoramento da AGU, nos casos de dispensa de licitação, com base nos incisos III a XXV do art. 24, bem como nas hipóteses de inexigibilidade do art. 25 da Lei no. 8.666 de 1993, o procedimento simplificado deve ser instruído com os elementos previstos no art. 26 da referida lei, observada a seguinte seqüência de atos preparatórios:

1. solicitação do material ou serviço, com descrição clara do objeto;
2. justificativa da necessidade do objeto;
3. caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, se for o caso;
4. elaboração da especificação do objeto e, nas hipóteses de aquisição de material, da quantidade a ser adquirida;
5. elaboração de projetos básico e executivo para obras e serviços;
6. indicação dos recursos para a cobertura da despesa;
7. razões da escolha do executante da obra ou do prestador do serviço ou do fornecedor do bem;

que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

- II - **para outros serviços e compras de valor** até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior (**ou seja, até R\$8.000,00**) e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

26 BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2006, p. 238.

8. anexação do original das propostas (serão aceitas propostas de preços encaminhadas por meio de correio eletrônico “e-mail” e por fax, contendo a razão social e CNPJ, especificação do objeto, valor e outras condições, conforme o caso)²⁷;
9. anexação do original ou cópia autenticada (ou conferida com o original) dos documentos de regularidade exigidos²⁸;
10. declaração de exclusividade expedida pelo órgão competente, no caso de inexigibilidade;
11. justificativa das situações de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, com os elementos necessários à sua caracterização, conforme o caso;
12. justificativa do preço;
13. pareceres técnicos ou jurídicos;
14. documento de aprovação dos projetos de pesquisa para aos quais os bens serão alocados, se for o caso;
15. autorização do ordenador de despesa;
16. comunicação à autoridade superior, no prazo de três dias, da dispensa ou da situação de inexigibilidade de licitação.
17. ratificação e publicação da dispensa ou da inexigibilidade de licitação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, a contar do recebimento do processo pela autoridade superior;

27 **Acórdão 1705/2003 Plenário**

Proceda, quando da realização de licitação, **dispensa ou inexigibilidade**, à consulta de preços correntes no mercado, ou fixados por órgão oficial competente ou, ainda, constantes do sistema de registro de preços, em cumprimento ao disposto no art. 26, parágrafo único, inciso III, e art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993, os quais devem ser anexados ao procedimento licitatório [...].

28 **Acórdão 260/2002 Plenário**

Deve ser observada a exigência legal (art. 29, inciso IV, da Lei nº 8.666, de 1993) e constitucional (art. 195, § 3º, da CF) de que nas licitações públicas, mesmo em casos de **dispensa ou inexigibilidade**, é obrigatória a comprovação por parte da empresa contratada de:

Certidão Negativa de Débito (INSS - art. 47, inciso I, alínea a, da Lei nº 8.212, de 1991); Certidão Negativa de Débitos de Tributos e Contribuições Federais (SRF-IN nº 80, de 1997); e

Certificado de Regularidade do FGTS (CEF)(art. 27 da Lei nº 8.036, de 1990).

18. inclusão de quaisquer outros documentos relativos à inexigibilidade;

19. assinatura de termo de contrato ou instrumento equivalente.

Nos casos de contratação direta em razão do valor (art. 24, incisos I e II da Lei 8666/93), deve o órgão interessado instruir os autos com os seguintes documentos²⁹:

1. solicitação do material ou serviço, com descrição clara do objeto;
2. justificativa da necessidade do objeto;
3. elaboração da especificação do objeto e, nas hipóteses de aquisição de material, da quantidade a ser adquirida;
4. elaboração de projetos básico e executivo para obras e serviços, no que couber;
5. indicação dos recursos para a cobertura da despesa;
6. pesquisa de mercado junto a três fornecedores, sempre que possível;
7. anexação do original das propostas;
8. juntada do original ou cópia autenticada (ou conferida com o original) dos documentos de regularidade exigidos;
9. justificativa do preço;
10. elaboração de mapa comparativo de preços;
11. solicitação de amostra do produto de menor preço, se necessário;
12. autorização do ordenador de despesas;

29 BRASIL. Tribunal de Contas da União, op. cit., p. 239.

13. emissão de nota de empenho ou documento equivalente;
14. inclusão de quaisquer outros documentos relativos à dispensa.

A exigência de que os autos do procedimento de contratação direta sejam regularmente instruídos constitui uma garantia à regularidade, transparência e licitude do procedimento, evitando-se, tanto quanto possível, o desvio de finalidade caracterizador do ato de improbidade administrativa tipificado no art. 10, inciso VIII da Lei 8429/92 e do tipo penal previsto no art. 89 da Lei de Licitações, respectivamente.

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

[...]

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente'(grifo nosso)

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

2.3 FRACIONAMENTO DE DESPESAS COMO FORMA DE MANIPULAÇÃO DA LICITAÇÃO E DAS CONTRATAÇÕES DIRETAS

Acrescente-se às práticas ilícitas de direcionamento da licitação e de superfaturamento de preços, o fracionamento de despesa, como uma forma de manipulação do procedimento licitatório e das contratações diretas.

O fracionamento de despesa ocorre quando se divide a despesa visando a utilização de modalidade licitatória inferior àquela prevista na legislação para o total da despesa, ou para efetuar a contratação direta, ou seja, sem licitação. Por exemplo, a lei de licitações veda a utilização da modalidade convite para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços de idêntica natureza e no mesmo local, que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de tomada de preços³⁰. Da mesma forma, a utilização de várias tomadas de preços para se abster de realizar concorrência. Assim, se a Administração optar por realizar várias licitações ao longo do exercício financeiro, para um mesmo objeto ou finalidade, deverá sempre preservar a modalidade de licitação pertinente ao todo que deveria ser contratado³¹.

A lei de licitações prevê, no seu art. 23, que as modalidades de concorrência, tomada de preços e convite são determinadas em razão do valor estimado da contratação:

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia:

convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);

tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

30 Art. 23, § 5º. Lei 8666/93: § 5º É vedada a utilização da modalidade "convite" ou "tomada de preços", conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de "tomada de preços" ou "concorrência", respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.

31 BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2006.

convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);

concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

Dessa forma, se a Administração pretende adquirir no decorrer do exercício (exercício financeiro de 2008), mil cadeiras de auditório, cujo custo corresponde à tomada de preços, não poderá realizar vários convites, fracionando a despesa, para justificar a adoção de modalidade licitatória diversa daquela exigida por lei, considerado o valor total da despesa³².

O fracionamento pode ser usado para evitar a licitação, quando o valor da despesa inserir-se naquelas hipóteses legais de dispensa de licitação, em razão do valor, constantes do art. 24, incisos I e II da Lei 8666/93.

Art. 24. É dispensável a licitação³³:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

Aos NAJs cabe advertir explicitamente o administrador, sobre a ilicitude desse procedimento e as conseqüências legais daí decorrentes. Nesse contexto, orienta-se também, que a Administração, diante da dificuldade em realizar um planejamento prévio de todas as compras

³² Ibid., p. 44.

³³ Para obras e serviços de engenharia até R\$15.000,00(quinze mil reais) e para outros serviços e compras até R\$ 8.000,00(oito mil reais).

que serão necessárias durante o exercício financeiro, utilize o sistema de Registro de Preços.

O Sistema de Registro de Preços (SRP)³⁴ consiste no procedimento utilizado para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens pela Administração, visando à contratações futuras, e é precedido de licitação na modalidade concorrência ou pregão, exigindo prévia e ampla pesquisa de mercado. O critério de julgamento deve ser o de menor preço e, após realizada a licitação, os preços e as condições de contratação ficam registradas na Ata de Registro de Preços³⁵. Quando a Administração precisar contratar a aquisição de bens e serviços, durante o decorrer do exercício financeiro, pode convocar o licitante vencedor, cuja proposta/lance configurou o menor preço ofertado e foi registrado na Ata, dispensando assim a realização de várias licitações para cada aquisição.

Nas licitações para registro de preços exige-se que a Administração indique no edital, o preço unitário máximo que se dispõe a pagar para os bens e serviços licitados³⁶, desclassificando as propostas acima dele.

Várias são as vantagens trazidas pelo sistema de registro de preços. Com ele, evita-se o risco de parcelamento de despesa, o risco de superfaturamento, o custo da licitação, já que reduz o número de licitações no decorrer do exercício financeiro, torna o processo mais transparente e a constitui um meio mais eficaz para viabilizar o planejamento da Administração.

3 CORRUPÇÃO NA EXECUÇÃO CONTRATUAL: AS FRAUDES NA SUBCONTRATAÇÃO E NA FISCALIZAÇÃO

Os contratos administrativos também devem ter suas minutas

34 É disciplinado pelo Decreto 3931, de 19 de setembro de 2001.

35 BRASIL. Tribunal de Contas da União, op. cit.

36 Excepcionalmente, o Tribunal de Contas da União admite a contratação por preço superior ao preço máximo eventualmente fixado no edital. Para tanto deve ser comprovado: a) que a contratação atende ao interesse público, b) que o preço ofertado é compatível com o praticado no mercado ou os constantes do sistema de registro de preços e c) que há créditos orçamentários suficientes. Note-se que essa análise será obrigatoriamente realizada à luz das circunstâncias específicas do caso concreto sob exame. (Pontos Polêmicos de Licitações e Contratos- Algumas questões relevantes. Ministro Benjamin Zymler . IV Simpósio Regional sobre Licitações e Contratos, realizado em Porto Alegre/RS, nos dias 28 a 30 de maio de 2008.)

analisadas previamente à respectiva celebração, pelos Núcleos de Assessoramento Jurídico (NAJs). Isso decorre, como visto, de expressa previsão legal, constante do art. 38 § único da lei de licitações conjugado com o disposto no art. 19, inciso VII, alínea 'a' do ato regimental no.05 /2007 da AGU.

Recentemente foi divulgado³⁷ por um estudo do Serviço de Perícias de Engenharia Legal da Polícia Federal, vinculado ao Instituto Nacional de Criminalística(INC), que inspeciona obras públicas sob suspeita, que entre os anos de 2000 a 2008, foram desperdiçados, cerca de R\$15,58 bilhões em obras (obras analisadas: edificações 33% e estradas 16%) contratadas com recursos da União. Esses recursos, foram desviados pela corrupção, através de três canais: preços superfaturados, com superfaturamento médio de 30% nas obras em rodovias; qualidade insuficiente dos materiais aplicados e desequilíbrios contratuais que ensejam o acréscimo e inclusão de serviços mais caros. Termos utilizados pela corrupção como “viaduto sorrisal”, por exemplo, significa pontilhão que se desfaz com pouco tempo, já que erguido com material de baixa qualidade, descartáveis.

Na execução dos contratos, pontuamos dois casos em que surge o risco de fraude. O primeiro diz respeito à subcontratação na execução da obra ou prestação do serviço, quando autorizada no edital da licitação, prévia à contratação.

3.1 SUBCONTRATAÇÃO

A subcontratação ocorre quando o contratado entrega parte da obra, serviço ou fornecimento, a terceiro estranho ao contrato, para que execute em seu nome, parcela do objeto contratado³⁸. A lei veda a subcontratação total do objeto licitado, e a subcontratação parcial deve se ater aos limites postos, pela Administração, no edital e no contrato.

Analisando a minuta do edital e do contrato, o Núcleo de Assessoramento verifica que o órgão licitante autoriza a subcontratação, sem referenciar os limites e as condições. Nesse caso a orientação é a fixação de um percentual máximo que será admitida a subcontratação, atentando-se para a natureza e especificidades do serviço contratado.

37 CORREIO do Povo, Porto Alegre, v. 113, n. 343, 07 jul. 2008.

38 BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2006.

Isso porque a subcontratação de parcela da obra ou serviço pode representar a execução de todo o objeto licitado por uma empresa que não participou da licitação, e portanto, não foi submetida a exigências de qualificação técnica, econômico-financeira, jurídica e àqueles atinentes a regularidade fiscal. Além disso, a subcontratação pode mascarar a inidoneidade da empresa vencedora da licitação para a execução do objeto da licitação e do contrato.

Ilustrativa a jurisprudência do Tribunal de Contas³⁹ da União nesses casos.

Admitir transferência de parte do objeto inicialmente contratado juntamente com as responsabilidades contratuais, direitos e obrigações—cederiam espaço à contratação direta, representando fraude ao dever de licitar, ocasionando iminente risco à Administração, já que a empresa subcontratada, por ser escolhida pela Contratada, não sofreria a análise dos critérios de idoneidade, qualificações técnica e econômico-financeira, habilitação, e, outros, regularidade fiscal. (TCU Acórdão 1368/2004-Plenário)

Nos termos do art. 72 da Lei 8666/93, deve ser fixado, no edital, o percentual máximo para a subcontratação, quando houver cláusula editalícia de permissividade, devendo essa cláusula existir, apenas, em hipóteses excepcionais, quando a subcontratação for estritamente necessária, devendo ser técnica e circunstanciadamente justificados tanto a necessidade da subcontratação quanto o percentual máximo admitido. (TCU- Acórdão 1748/2004-Plenário)

Em serviços complexos e obras de engenharia de grande vulto, é comum a subcontratação, até mesmo pela necessidade de serviços especializados. A fraude nessas licitações pode ser constatada quando se detecta que algumas empresas entram em acordo, antes da entrega das propostas, atuando na forma de rodízio, para vencer as licitações, permutando as obras após a obtenção do contrato. São espécies de licitações combinadas, identificadas pela existência dos mesmos licitantes e contratados e a propriedade de várias empresas pelos mesmos sócios⁴⁰. Esta forma de fraude não é detectável pela assessoria jurídica do órgão

39 FERNANDES, 2008.

40 BALBINOTTO NETO, Giacomo; GARCIA, Ricardo Letizia. A percepção da corrupção e suas implicações econômicas: uma aplicação ao setor de obras rodoviárias no Estado do RS. *Ensaios FEE*, v. 26, n. esp., p. 321-351, 2005.

promotor da licitação, mas pode ser evitada pela própria Administração, vedando-se a admissão da subcontratação nos editais e, nos casos em que for necessária, delimitando expressamente a forma e as condições em que poderá ser efetivada.

3.2 A FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS

O segundo caso diz respeito à possibilidade de conluio entre o fiscal da obra/serviço e a empresa contratada, caso em que, a ausência de rígida fiscalização no acompanhamento da execução dos contratos, permite que ocorra, por exemplo, a alteração das quantidades e especificações técnicas, o recebimento de material em quantidade e qualidade inferior ao contratado. Na tentativa de evitar essas ocorrências, a lei prevê dois recebimentos para o objeto licitado, provisório e definitivo, devidamente documentados. O primeiro pelo agente administrativo designado para acompanhamento e fiscalização. O segundo por servidor ou comissão designados pela autoridade competente. Nesse sentido, o art. 73 da lei de licitações.

Art. 73. Executado o contrato, o seu objeto será recebido:

I - em se tratando de obras e serviços:

- a) provisoriamente, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes em até 15 (quinze) dias da comunicação escrita do contratado;
- b) definitivamente, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes, após o decurso do prazo de observação, ou vistoria que comprove a adequação do objeto aos termos contratuais, observado o disposto no art. 69 desta Lei.

À vista dessas disposições legais, orienta-se a Administração que insira previsão específica no edital, e em idênticas condições, no contrato, quanto ao recebimento provisório e definitivo, cada qual em prazo predeterminado, para que seja atestada a conformidade do objeto aos termos contratados. Também deve ser fixado prazos para o caso de retificação ou refazimento da obra ou serviço pela contratada.

A designação de um gestor do contrato⁴¹, isto é, servidor que, vinculado a um órgão público, designado para acompanhar a execução dos contratos firmados e promover as medidas necessárias à execução contratual, conforme as condições previstas no edital e no contrato; é obrigatória, nos termos do art. 67 da Lei 8666/93.

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

Em regra geral, o contrato deve ser executado nas mesmas condições em que foi ajustado. Podem ocorrer, entretanto, situações que imponham a necessidade de alteração contratual. Considera-se alteração contratual toda e qualquer modificação no objeto contratado e demais disposições a ele relacionadas no regime de execução, no prazo, no valor ou forma de pagamento do contrato e na garantia financeira oferecida. As modificações na execução do contrato, devem ser feitas através de termo aditivo. No tocante a alteração do objeto, por exemplo, o gestor deve avaliar a necessidade das alterações, a possibilidade as modificações serem objeto de licitações em separado, e perquirir se as modificações já estivessem previstas no edital, se os competidores seriam os mesmos, a fim de analisar se as alterações pretendidas não estariam burlando a isonomia da competição no processo licitatório⁴².

Aos NAJs cabe verificar se as hipóteses de alterações contratuais previstas no edital e no contrato estão em conformidade com a lei de licitações e regulamentação pertinentes, pontuando expressamente as atribuições da fiscalização durante a execução contratual.

4 CONCLUSÃO

As licitações e contratações (obras, serviços, compras) são essenciais para o funcionamento da Administração Pública. Se é certo que elas geram custos econômicos para o Estado, a corrupção também os gera. E, neste caso, os custos não são apenas para o Estado, mas custos para toda a sociedade, que acaba sendo a maior prejudicada pelo desvio de dinheiro público permitido pela corrupção.

41 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. O gestor do contrato e as alterações das cláusulas contratuais. *Fórum de contratação e Gestão Pública-FCGP*, Belo Horizonte, v. 4, n. 46, p. 6152-6157, out. 2005.

42 FERNANDES, op. cit.

A vulnerabilidade das licitações e contratações públicas à corrupção está associada, em grande parte, ao grau de discricionariedade atribuído, pelos editais, ao administrador público. Quanto maior for a possibilidade de arbítrio por parte do administrador, maiores serão as chances de se corromper a competitividade e, de se manipular a licitação segundo interesses privados e escusos.

A corrupção nesses procedimentos pode manifestar-se através do direcionamento da licitação efetuada pelo administrador, a fim de que somente determinada empresa seja a vencedora do certame; de contratações diretas por dispensas indevidas de licitações; do fracionamento de despesas para evitar determinadas modalidades do procedimento licitatório ou mesmo para viabilizar a contratação direta, sem licitação; de contratação por preços superfaturados; de subcontratações do objeto licitado e de conluíus realizados durante a execução dos contratos viabilizados por uma fiscalização ineficiente. Todas essas práticas ilícitas, configuram atos de improbidade administrativa, causadoras de prejuízos ao erário, na dicção do disposto no art. 10 incisos V e VIII e da Lei 8429/92.

O direcionamento da licitação implica em fraude, porque elimina a concorrência. O administrador ‘escolhe’, ‘dirige’ o procedimento de forma que determinada empresa (previamente escolhida por ele) seja a vencedora da licitação e a futura contratada.

O superfaturamento de preços consiste em aumentar artificialmente o valor dos preços referentes ao fornecimento bens ou contratação de serviços, de forma a propiciar lucros adicionais à empresa fornecedora em troca de benefícios escusos/propina. Preços superfaturados significam preços manifestamente superiores àqueles praticados no mercado.

O fracionamento de despesa, como forma de manipulação do procedimento licitatório, ocorre quando se divide a despesa visando a utilização de modalidade licitatória inferior àquela prevista na legislação para o total da despesa, ou para efetuar a contratação direta, ou seja, sem licitação. Quando não é decorrente da ausência de planejamento da Administração, mas sim do desvio de finalidade por parte do administrador, configura ato fraudulento.

A subcontratação pode mascarar a contratação de empresa que

não participou do certame, ou mesmo a inidoneidade da vencedora para a execução do objeto contratado. Há muitas fraudes que são propiciadas pela ausência ou deficiência da fiscalização durante a execução contratual. As alterações contratuais, muitas vezes são empreendidas no decorrer da execução do contrato, visando acréscimos no objeto licitado, com preços acima dos valores de mercado.

O desvio de recursos públicos pela corrupção envolve agentes políticos e agentes públicos. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no julgamento⁴³ da Reclamação 2138/DF, de 13.06.2007, que a Lei de improbidade administrativa (Lei 8429/1992) não se aplica aos agentes políticos (Presidente da República, governadores de estado, prefeitos municipais, senador, deputado, vereador, magistrados), considerando que estes já estão sujeitos à Lei dos Crimes de Responsabilidade, ratificando o entendimento de que, sujeitos da improbidade são os agentes da administração, aqueles, que na área de licitações e contratos, especificam objetos, emitem pareceres técnicos ou jurídicos, conduzem procedimentos licitatórios, praticam atos administrativos nesses procedimentos e ordenam as despesas deles decorrentes⁴⁴.

43 EMENTA: RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS. I. PRELIMINARES. QUESTÕES DE ORDEM.[...]. II. MÉRITO. II.1.Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. II.2.Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, “c”, (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, “c”, da Constituição. II.3.Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, “c”; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). II.4.Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, “c”, da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos. II.5.Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal - Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, “c”, da Constituição. III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

44 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês R. A licitação no formato eletrônico e o compromisso

Por tudo isso merece ser prestigiada a atuação preventiva à corrupção nesses procedimentos; que é realizada pelos Núcleos de Assessoramento Jurídico, unidades da Consultoria-Geral da União, órgão da Advocacia-Geral da União (AGU), no assessoramento prestado aos órgãos administrativos licitantes. Como diz um conhecido ditado, o melhor é prevenir do que remediar.

5 REFERÊNCIAS

ABRAMO, C. W.; CAPOBIANCO, E. R. **Licitações e contratos: os negócios entre setor público e setor privado**. Disponível em: <<http://www.transparencia.org.br>>. Acesso em: 5 set. 2008.

BALBINOTTO NETO, Giacomio; GARCIA, Ricardo Letizia. A percepção da corrupção e suas implicações econômicas: uma aplicação ao setor de obras rodoviárias no Estado do RS. **Ensaio FEE**, v. 26, n. esp., p. 321-351, 2005.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos: orientações básicas** 3. ed. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006.

CASTRO, Luciano I. de. **Combate à corrupção em licitações públicas**. Madrid: Universidad Carlos III Departamento de Economía, 2007. (Documento de Trabajo 07-03, série de Economía 02).

CORREIO do Povo, Porto Alegre, v. 11, n. 343, 07 jul. 2008.

DOTTI, Marinês R. A promoção da ampla pesquisa de preços nas contratações públicas: eficiente gestão de recursos públicos e efetividade no controle de despesas. **Revista Zênite de Licitações e Contratos**, São Paulo, n. 170, p.350, abr. 2008.

FERNANDES, José Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. O gestor do contrato e as alterações das cláusulas contratuais. Belo Horizonte, **Fórum de contratação e Gestão Pública-FCGP**, v. 4, n. 46, p. 6152-6157, out. 2005.

_____. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

_____. **Vade-Mécum de licitações e contratos**: legislação selecionada e organizada com jurisprudência, notas e índices. 3. ed. rev., atual, e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês R. A licitação no formato eletrônico e o compromisso com a eficiência: Projeto de Lei no. 7709, de 2007. Brasília, **Revista do Tribunal de Contas da União**, v. 38, n. 109, maio/ago. 2007.

SILVA, Marcos Fernandes G. O controle dos processos de licitação: uma análise de economia política: 1ª. Parte. São Paulo, **Estudos Econômicos da Construção- Sinduscon**, v. 2, n. 3, 1997.

TANZI, V. Corruption, around the world: causes, consequences, scope, and cures. **IMF**, Staff Paper, v. 45, n. 4, p. 559-594, dec. 1998.

A ADVOCACIA PÚBLICA COMO TUTORA DA ÉTICA E DO RESGUARDO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Fábio Campelo Conrado de Holanda
Procurador Federal em Mossoró/RN
Mestre em Direito Constitucional pela UFC
Conselheiro do Centro de Estudos da UNAFE

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Breves considerações sobre Ética; 3 A deslealdade processual nas lides previdenciárias: estudo de casos; 4 Novas perspectivas da boa-fé processual; 4.1 A concepção autoritária do processo; 4.2 A solidariedade como elemento da boa-fé objetiva no processo; 5 Conclusão; 6 Referências.

RESUMO: Este artigo se dispôs a discutir o papel da advocacia pública como defensora do acesso probó à justiça. Para tanto, a identidade do direito fundamental de acesso à justiça há de ser qualificada como concretização da própria Constituição, sendo um princípio informativo da ação e da defesa, na perspectiva de se colocar o Poder Judiciário como ambiente onde os cidadãos podem fazer valer seus direitos. O aprofundamento do debate em torno do conteúdo ético do procedimento e da atuação moral das partes ao longo do feito é importante, pois direito desprovido de ética é solução ilusória das questões humanas. Se o fundamento moral dos direitos reclama um coerente sistema de valores, os direitos não podem ter um tratamento autônomo desligado dos deveres em que se concretizam estes valores. O dever de lealdade das partes não se identifica numa restrição ao direito de acesso à justiça, mas condiciona a atitude das partes a valores éticos em busca da realização de um processo justo. Impõe-se que os meios utilizados para a realização da justiça no processo estejam influenciados pela Ética e a Moral. A aplicação da justiça no caso concreto e a aproximação do processo com a realidade é possível pela atuação proba das partes, corolário da boa-fé objetiva, da cooperação e solidariedade das partes, inserindo-se neste dialética a atuação da chamada Advocacia de Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Probidade. Ética. Boa-fé objetiva. Solidariedade. Advocacia de Estado.

INTRODUÇÃO

O tema tratado neste artigo é a rediscussão de um fragmento de nossa dissertação de mestrado intitulada “O acesso à justiça e o dever de lealdade das partes”, onde tivemos a oportunidade de verticalizar o debate sobre a matéria, servindo, aqui, de mote para a discussão da importante missão da Advocacia-Geral da União no atual constitucionalismo brasileiro, notadamente no que se refere à tutela ética do processo.

A nosso sentir, interessa a discussão sobre o papel da advocacia pública no contexto da Constituição Federal de 1988, sendo de destacar que a formação dos atuais advogados do Estado deve se pautar na priorização do resguardo da retidão, não somente na condução de seu histórico funcional, mas também na sua atuação forense, revelando o importante papel do Estado no reconhecimento de direitos, quando for o caso, e na racional defesa intransigente da moralidade e do patrimônio público.

O processo civil contemporâneo, direcionado à efetividade, dá indícios de que não irá tolerar condutas processuais que pretendam impedir a realização do direito material por seu intermédio. Logo, fala-se em abuso de direito, ilícito processual, ato atentatório da dignidade da justiça, contempt of court etc., como formas de coibir o exercício inadmissível de determinadas posições jurídicas na relação processual.

Nossa experiência na advocacia pública, especialmente em defesa dos interesses da Previdência Social, propiciou inúmeros questionamentos acerca do papel dos agentes processuais na busca pela justiça, sendo fato que a miserabilidade de grande parte da população brasileira, deflagrando o surgimento de legiões de pedintes que, invariavelmente, batem às portas do Poder Judiciário à procura de dignidade, mascara a disseminação de condutas desleais ao longo do processo.

Tais atitudes, quando originadas dos autores das ações, além de contribuírem para o desfalque do Erário, promovem a degradação dos valores éticos necessários à manutenção da sociedade organizada, dificultando a plena realização do princípio constitucional do acesso à justiça, que é corolário do novo direito processual que prima pelo instrumentalismo.

O abuso na demanda, radicado na fase postulatória, espalha seus efeitos e contamina todo o processo. Não importa se quem abusa do poder de demandar tem razão ou não, pois, mesmo quem tem razão deve agir corretamente. No país do “jeitinho”, da malandragem impune, do Estado paralelo, da confusão entre público e privado, da desmoralização dos últimos ícones da inocência político-institucional, o que esperar da prática processual?

Vê-se que nossa pretensão neste artigo é grande. As críticas que o trabalho encontrará serão suficientes retribuições ao esforço desempenhado, porque significarão a retomada e avanço do tratamento de tema tão caro para quem, como nós, aqui revelamos, mais do que nunca, o amor pela advocacia, vocação inspirada pela ventura da convivência com profissionais exemplares.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE ÉTICA

O aprofundamento do estudo sobre a degradação moral no âmbito do processo judicial brasileiro reclamaria um profícuo e longo trabalho científico, de natureza transdisciplinar, abordando o fracasso da moralidade moderna e as raízes históricas e antropológicas de nossa colonização. Assim, nos contentaremos neste momento em traçar conceitos preliminares sobre Ética e sua relação com o Direito, a fim de preparar o debate final sobre a probidade como pressuposto do acesso à justiça.

Ética pressupõe valor; é critério de valor que conforma o comportamento do homem, sendo aplicável a qualquer setor da vida humana. Assim, nenhuma atividade, por mais diferenciada e especializada que seja, deixa de lhe estar sujeita.

O valor é uma qualidade inerente ao ser, que pode ser boa ou má, delimitando a conduta humana (ora refreando-a, ora libertando-a). A valoração é individual, mas de necessidade coletiva, já que o coletivo forma o individual e este influi na formação daquele.

A Ética integra-se com a Moral, com a Religião, com as convicções filosóficas profundas das pessoas; assenta-se na consciência dos valores que elas possuam; mas, apesar de eminentemente pessoal, radicada no íntimo de cada homem e de cada mulher, não se pode desprender de um sentido relacional e comunitário.

Define-se a Ética como o estudo da ação humana como livre e pessoal. Sua finalidade é traçar normas à vontade na sua inclinação para o bem, podendo ser definida como a ciência que trata do uso que o homem deve fazer da sua liberdade para atingir seu fim último, não se confundindo com a Moral, pois esta é teórica e aquela é a prática do bem.

E praticar o bem é agir respeitando os valores morais que estão dentro da consciência individual e coletiva. E assim ela exerce o poder de censura sobre as relações sociais¹. A orientação de José Renato Nalini corrobora este pensamento:

Dentre todas as formas de comportamento humano, a jurídica é a que guarda maior intimidade com a moral. É com base na profunda vinculação entre a moral e o direito que se pode estabelecer o relacionamento entre a ética e o direito, pois como se viu, a ética não é senão a ciência do comportamento moral do homem na sociedade. Comportamento que, ao ultrapassar certos limites morais, sofrerá sanções do direito².

O Direito também é uma ordem ética³. Organização da sociedade, produto da sua cultura, contém, necessariamente, os valores nela dominantes. E, assim, por um lado, revela e objetiva esses valores: e, por outro lado, institui mecanismos de acerto e de garantia contra eventuais desvios e violações, já que o homem pode conhecer o bem e preferir o mal.

Como se sabe, o instrumentalismo⁴ deu azo a que se implementasse no processo uma concepção ética, impondo ao processualista a tarefa de

-
- 1 SILVA, José Carlos Sousa. **Ética na Advocacia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 15-17.
 - 2 NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 124.
 - 3 Segundo Carlos Aurélio M. de Souza, “não se pode conceber direito e ética como realidades separadas. Na verdade, quando alguém assim procede, analisa as perspectivas de cada disciplina. Enquanto a moral contempla ações humanas do ponto de vista do sujeito, de sua atitude ou disposição de ânimo (intenção), o direito contempla o ponto de vista social (de maneira objetiva e objetivada) atendendo a seu valor ou transcendência social”. In **Poderes éticos do Juiz**. Porto Alegre: Editora Sérgio Fabris, 1987. p. 23.
 - 4 Mais uma vez, vale destacar que “a separação entre direito e processo – desejo dos autonomistas – não pode implicar um processo neutro em relação ao direito material que está sob tutela. A visão instrumentalista do processo estabelece a ponte entre o direito processual e o direito material. [...] Ao processo cabe a realização dos projetos do direito material, em uma relação de complementaridade que se assemelha àquela que se estabelece entre o engenheiro e o arquiteto. O direito material sonha, projeta; ao direito processual cabe a concretização tão perfeita quanto possível desses sonhos. A instrumentalidade

conviver com a ideologia no processo civil. Enfim, a Ciência processual vislumbrou que não se podia exercer um direito esvaziando-se seu conteúdo ético.

Rubens Godoy Sampaio indica que a afinação entre o Direito e a Ética oscilou ao longo da história da humanidade, sendo de notar que a Revolução Científica (por volta do século XVII) e a repercussão do sucesso da mecânica de Galileu e de Newton alteraram profundamente as estruturas simbólicas do ethos ocidental, na medida em que o homem, ao deslocar a Terra do centro do Universo, se coloca a si mesmo no centro deste novo Universo, e faz de si mesmo o fundamento de todo o resto⁵.

Assim, o homem, construtor da natureza e de si mesmo, e criador da Política, da Ética e, sobretudo, do Direito, faz com que a sua práxis seja capaz de fundamentar-se, a si mesma, e de ser a fonte de sua teoria, constituindo-se como criadora do seu mundo, do universo da cultura e do ethos que lhe é substancial.

No entanto, desde o momento em que a regra moral passou a atuar em harmonia com a técnica do processo, a probidade passou a servir aos propósitos da Deontologia Forense⁶. O ordenamento jurídico brasileiro repele, como visto, práticas incompatíveis com o postulado ético-jurídico da lealdade processual. O processo, em sua expressão instrumental, deve ser visto como importante meio destinado a viabilizar o acesso à ordem jurídica justa, achando-se impregnado de valores básicos que lhe ressaltam os fins eminentes a que se acha vinculado.

Debruçando-nos, ainda que modo incipiente, sobre as raízes da corrupção processual no Brasil, especialmente na época da colonização portuguesa e da criação do Governo Geral (primeira tentativa de colonização do país feita com recursos da Coroa portuguesa), Eduardo

do processo pauta-se na premissa de que o direito material coloca-se como o *valor* que deve presidir a criação, a interpretação e a aplicação das regras processuais". DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Salvador: Juspodium, 2008. p. 59-60.

5 *In Crise Ética e Advocacia*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 49-52.

6 Sobre a Deontologia Forense, José Renato Nalini leciona que: "Poder-se-ia multiplicar a relação de princípios, incluindo-se inúmeros outros, alguns lembrados por autores que também se dedicaram ao estudo da ética. Dentre eles, mencionem-se os princípios da informação, da solidariedade, da cidadania, da residência, da localização, da efetividade e da continuidade da profissão forense, o princípio da probidade profissional" *In Ética Geral e Profissional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 307.

Bueno rememora a transformação político-administrativa por que passou a Península Ibérica naquela época e os reflexos evidentes no cotidiano daqueles que viviam em Portugal e, reflexamente, nos chamados “territórios ultramarinos”:

Se, dentro do reino, a aplicação da justiça apresentava uma série de problemas – leniência, lentidão e burocracia excessiva –, nos territórios coloniais a situação se tornou catastrófica. Criada em 1544, a Relação da Índia foi o primeiro tribunal de apelação estabelecido fora de Portugal. Mas, conforme vários testemunhos, a instituição caracteriza-se pela ‘ineficiência, indolência e incompetência’. Segundo o cronista Diogo do Couto (1542-1616), o aparelho judiciário do Estado da Índia pouco conseguiu ‘além de locupletar os bolsos dos magistrados’. No Brasil, a situação era ainda pior do que no Oriente. O regime das capitanias revelara-se tão ineficiente na cobrança de tributos quanto na administração da justiça. Até 1549, a Terra de Santa Cruz vivera sob o signo do arbítrio. Os amplos poderes jurídicos concedidos aos donatários em 1553 assemelhavam-se às antigas concessões outorgadas a alguns nobres nos séculos XIII e XIV; eram, portanto, poderes retrógrados, quase feudais, e estavam em flagrante conflito com a tendência de fortalecimento da autoridade real. Abuso, corrupção e incompetência foram a regra e não a exceção durante os 15 anos do regime das capitanias. Embora a alçada para causas cíveis concedida aos donatários fosse ‘cousa de espanto’ (as multas podiam chegar a 20 mil reais), boa parte dos cargos judiciários era exercida por analfabetos ou degredados, homens que ‘não os conhece a mãe que os pariu’, que não ‘tinham livros de querelas, antes as tomavam em folhas de papel’ e não dispunham de ‘regimento porque se regerem’. Esses homens, que jamais haviam estudado, muito menos prestado juramento, proferiam as ‘sentenças sem ordem nem justiça’. Os processos se arrastavam indefinidamente. Tal lentidão talvez não fosse de todo nociva: ‘se se executam, têm na execução muito maiores desordens’. O quadro geral configurava ‘uma pública ladroíce e grande malícia’, conforme depoimento do desembargador Pero Borges, primeiro ouvidor-geral do Brasil⁷.

7 BUENO, Eduardo. **A Coroa, a Cruz e a Espada**: Lei, Ordem e Corrupção no Brasil Colônia 1548-1558. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006. p. 61-62.

Se a organização judiciária brasileira não era exatamente um modelo de probidade a ser seguido na época da colonização, é fato que modernamente os mecanismos de aperfeiçoamento da conduta das partes têm avançado, fazendo com que a narrativa há pouco reproduzida melhor seja situada como relato histórico do que propriamente como uma descrição do que hoje se vivencia.

Há de se considerar, porém, que a despeito do cenário atual de deslealdade processual não revelar cores tão vivas como noutras épocas, muito se deve avançar no combate às condutas das partes que atentam contra a dignidade do processo e a magnitude da função jurisdicional.

No próximo tópico ilustraremos a realidade forense previdenciária, visando demonstrar, através do estudo de caso, as manifestações da litigância ímproba na realidade forense brasileira e seu tratamento pelo Poder Judiciário.

3 A DESLEALDADE NAS LIDES PREVIDENCIÁRIAS: ESTUDO DE CASO

A opção do presente capítulo por abordar o comportamento das partes nas lides de natureza previdenciária decorre da nossa atuação na defesa da Previdência Social e a experiência no cotidiano de fraudes documentais e simulações em perícias médicas em desfavor do Erário. Não se nega, em virtude disso, a tendência de conduzir a discussão sob a óptica estatal, não obstante o esforço de isenção presente no decorrer da explanação.

Interessante realidade da vida forense são os múltiplos perfis dos agentes processuais, normalmente condicionados à matéria que é objeto da discussão deste ou daquele juízo. Nos corredores das varas criminais e execução da pena da justiça comum estadual, por exemplo, é fácil encontrar pessoas com marcas de tatuagem e outros sinais físicos característicos. Nas varas de família, a cena de crianças deambulando e a maledicência dos casamentos frustrados são uma constante. Enfim, são apenas impressões pessoais de estereótipos da realidade forense.

Os debates em torno dos institutos da seguridade social (constitucionalmente dividida na tríade saúde, previdência e assistência social)⁸, transportam para o âmbito do Poder Judiciário toda a

8 Artigo 194 da Constituição Federal de 1988.

plasticidade e a performance teatral exigidas daqueles que, não tendo problemas clínicos, têm a necessidade de persuadir o magistrado e o perito oficial do suposto direito que sustentam.

A aferição da litigância ímproba nas lides previdenciárias reclama do julgador a cuidadosa análise dos fatos deduzidos em juízo, além de uma enorme percepção e senso crítico, dado o aperfeiçoamento dos métodos de simulação de doenças e fraude de documentos (carimbos falsificados, adulteração de certidões de nascimento, formação de quadrilha na emissão de declarações pelo sindicato etc.).

Diante deste cenário, é das instâncias ordinárias a tarefa de identificar o litigante ímprobo e sancioná-lo na forma da lei, já que aos tribunais superiores falece competência para apreciar as chamadas “questões de fato”, conforme já declinou o próprio Supremo Tribunal Federal⁹.

A massificação desta cultura forense de ardis e simulações, revelando o desespero a que se sujeitam os clientes da Previdência Social (na maioria das vezes miseráveis à procura de dignidade, registre-se), instigou Zung Che Yee, perito judicial no Estado do Paraná, a dissertar sobre o fato, realçando a responsabilidade dos peritos com a acuidade na realização de seu trabalho:

Tendo em vista a situação de falta de emprego formal que o País atravessa principalmente para os cidadãos de idades mais avançadas, a indústria da contagem de tempo especial para fins de aposentadoria especial passou a ser literalmente uma forma de auferir vantagens, que não corresponde necessariamente à realidade dos fatos¹⁰.

Identificando-se como a maior vítima destas manobras, o Poder Judiciário tem envidado esforços no sentido de coibir tais comportamentos ao longo do processo, restaurando a autoridade que lhe foi conferida pelo Texto Constitucional. A capilaridade das práticas desleais no âmbito do processo obsta a que os tribunais sepultem

9 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE-AgR 421119 / CE – Ceará AG. Reg. no recurso extraordinário Relator(a): Min. Carlos Britto Julgamento: 28/09/2004 Órgão Julgador: Primeira Turma AGTE.(S): Instituto Nacional do Seguro Social – INSS ADVDO.(A/S): Ana Lúcia de Fátima Bastos Estevão AGDO.(A/S): Nair Ramos de Lima ADVDO.(A/S): Luiz Crescêncio Pereira Júnior e outro (A/S).

10 *In Perícias Previdenciárias, Químicas & de Proagro – aspectos processuais e casos práticos*, 2. Ed. rev e atu. Curitiba: Juruá, 2007. p. 7.

definitivamente o assunto, reclamando-se muitas vezes dos juízes de primeiro grau a necessária diligência em face destes casos.

Exemplo disso foi uma recente sentença exarada no interior do Estado do Rio Grande do Norte (comarca de Luís Gomes), que enfrentou caso de simulação de doença mental em ação de curatela (processo nº 120.07.000255-9), com o propósito de ajuizamento futuro de pretensão em desfavor do Instituto Nacional do Seguro Social:

Vistos etc. R. F. DA SILVEIRA ajuizou a presente AÇÃO DE INTERDIÇÃO C/C CURATELA em face de M. A. FERNANDES, alegando que sua irmã apresenta deficiência mental que a torna incapaz para exercer os atos da vida civil. [...] Para que a curatela seja deferida, mister se faz que se comprove a incapacidade do interditando, quer seja em virtude de doença, quer por deficiência, quer por outra causa duradoura, ou por se tratar de excepcionais ou dependentes de drogas, ou até mesmo os pródigos (rol no art. 1767, do Código Civil). No caso em foco, se alega que a interditanda tem ‘anomalia mental que a torna incapaz de exercer quaisquer atos da vida civil’ (fls. 03, da petição inicial). Realizado o interrogatório judicial respondeu a grande maioria das perguntas que lhe eram feitas, embora com incongruências (fls. 29), mostrando-se visivelmente nervosa, conforme observado pelo Magistrado que realizou o interrogatório que foi este mesmo que agora julga o feito. A interditanda até chorou sem nenhuma explicação plausível (fls. 29). Quando foi ouvida perante o perito em uma primeira entrevista respondeu o que lhe foi perguntado, depois disse não saber o nome do pai, da mãe, sequer da irmã que requer a interdição e com quem vive (fls. 44). Vejamos a conclusão do perito: ‘trata-se na realidade de um caso de simulação de doença mental, confirmado pela própria entrevistada no terço final do exame, quando foi alertada para as conseqüências do seu ato’ (fls. 44). Ao final relata: ‘ao ser confrontada com esses dados e com a possibilidade de se complicar com a justiça, a interditanda mudou de comportamento de imediato. passou a conversar normalmente, olhando nos olhos do entrevistador (coisa que até então evitava) dizendo que foi influenciada por terceiros a tentar receber a pensão de seu pai através da justiça’ (fls. 45). A resposta quanto a existência de alienação mental foi clara: Não (fls. 46). A intenção única era se receber a pensão do ex-combatente Antônio Fernandes da Silveira. O Ministério Público pugnou pela revogação da tutela provisória e imediata comunicação do INSS (fls.

46). Destarte, não havendo incapacidade ou enfermidade mental ou outro problema que torne a interditanda incapaz para os atos da vida civil, não há que se falar em interdição e em curatela. Isto posto e em consonância com o parecer ministerial julgo improcedente o pedido, revogando a curatela provisória antes deferida, nos termos do art. 1767 e seguintes do Código Civil em relação a M. A. Fernandes. Comunique-se imediatamente ao INSS, remetendo-se cópia desta sentença. Cancele-se anotação no registro por ventura realizada. Determino de ofício a correção do valor da causa como sendo 12 vezes o salário-mínimo vigente, em razão da causa ter fins previdenciários. Condene a autora por litigância de má-fé, fixando o valor em um salário mínimo, a ser revertido em favor do INSS, órgão que poderia ter sido lesado com a litigância temerária, bem como revogo o benefício antes concedido da justiça gratuita, condenando a autora em custas processuais, nos moldes do art. 17, II, III e V c/c Art. 18, §2º, ambos do CPC.

De notar que, além da discussão em torno da sanção pela litigância ímproba, estamos diante de um conflito de princípios constitucionais, quais sejam, a moralidade e a proteção aos necessitados por conduto da assistência jurídica gratuita. No caso concreto, acertadamente, o juiz afastou a prerrogativa de isenção de custas processuais e impingiu à autora a multa em face do inadimplemento moral ao longo do processo.

A par das dificuldades naturais que orbitam ao redor das lides previdenciárias, a instrução dos processos resta muitas vezes comprometida em razão da precária estrutura do Poder Judiciário, com sua açodada rotina de audiências e carência de magistrados, que fulminam uma adequada instrução dos processos e a aferição genuína dos fatos¹¹.

Por fim, somado a estes fatores que acabamos de ilustrar, encontra-se o perfil analfabeto e miserável das pessoas que litigam contra a Previdência Social, aflorando no íntimo dos magistrados, por vezes, flagrante tolerância em relação ao litigante ímprobo.

11 A título de ilustração, analisando o Resumo Estatístico Mensal fornecido pelo TRF da 5ª Região no mês de maio de 2008, vê-se que a comparação da relação do número de juízes e a quantidade de processos entre a 8ª (Mossoró) e a 9ª (Caicó) Varas da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte indica 8.759,5 processos por juiz naquela e 1.449,5 processos por juiz nesta, revelando flagrante descompasso na distribuição dos serviços. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. Disponível em: <<http://www.trf5.gov.br/content/view/181/269/>>. Acesso em: 31.mai. 2008.

Vale destacar, porém, que, a despeito de considerarmos que a miséria e a exclusão reduzem o coeficiente ético de um povo¹², a permissividade de práticas desleais ao longo do processo acabaria por fulminar toda a argumentação em torno de seu conteúdo ético, o que, seguramente, seria um dano infinitamente maior para a sociedade.

Como se vê, muitos são os problemas que assolam o reconhecimento da litigância de má-fé nas lides previdenciárias (faceta, aliás, estendida às outras realidades da rotina forense). Não maiores, porém, do que a iniciativa daqueles que militam em favor da ética e do aprimoramento do Poder Judiciário como função estatal encarregada de solucionar os conflitos de interesse que lhes são apresentados.

O próximo tópico será destinado a avaliar o perfil do nosso Direito Processual Civil como complexo arcabouço de normas direcionadas à imposição de deveres processuais (notadamente o de boa-fé), e o possível descompasso em relação aos reflexos que a Constituição, paulatinamente, exerce sobre os diversos ramos do Direito nacional, a chamada constitucionalização do Direito.

4 NOVAS PERSPECTIVAS DA BOA-FÉ PROCESSUAL

4.1 A CONCEPÇÃO AUTORITÁRIA DO PROCESSO

A discussão em torno do perfil autoritário de processo não é recente, sendo de notar que sobre este (o processo) repercute uma gama de valores albergados pela sociedade, mostrando-se inegável seu conteúdo ideológico a lhe identificar como uma caixa de ressonância do ideário político de um povo em determinado momento histórico¹³.

12 Atento para a crise de civilização vivida pelo homem contemporâneo, avesso à idéia de solidariedade, tida para alguns como noção vaga e destituída de conteúdo certo, Rubens Godoy Sampaio entende que a ideologia que vai se impondo atualmente é a do individualismo consumista e hedonista, marcado pelo predomínio de uma relação que nasce do encontro do homem com as coisas e com os objetos: "A sociedade moderna, regida e organizada pelos critérios do útil, do funcional, do lucrativo, do eficaz e pelas forças do mercado, deteriora e diminui a excelência ou a virtude mesma do *ser-com-os-outros* do homem contemporâneo. E com isto, este *existir-em-comum* vai, aos poucos, adquirindo um contorno única e exclusivamente jurídico, formal e legal, destituído das virtudes da amizade, da fidelidade, da lealdade, enfim da justiça". In **Crise Ética e Advocacia**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000. p. 57.

13 GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos Araújo; e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 45.

Assim, se estamos diante de uma sociedade subjugada por um regime autoritário, é natural que a fenomenologia do processo também se mostre com este perfil. Se, de outro lado, vislumbramos uma sociedade com reconhecido nível de amadurecimento democrático, seguramente o processo se estruturará sobre os pilares da liberdade e da democracia. Em nosso entender, a legislação processual brasileira ainda se encontra numa fase intermediária de evolução em direção à consolidação da democracia, a despeito de, formalmente, se caracterizar como tal.

Para alguns, a intenção de organizar o processo civil com base na imposição de deveres às partes, deveres cujo inadimplemento se sanciona normalmente com a imposição de uma multa, é algo típico dos ordenamentos jurídicos de cunho autoritário, ainda que formalmente se proclamem livres. Para Juan Montero Aroca, exemplo disso é o chamado dever de boa-fé:

La misma concepción autoritaria que aumenta los poderes del juez es la que lleva a hablar de deberes procesales y, más en concreto es la que pone una norma en los códigos procesales conforme a la que se impone a las partes un no bien precisado deber de actuación conforme a la buena fé, y así una enmienda llevó a incluir el artículo 247 en la LEC de 2000. La existencia del principio de buena fe en la actuación de las partes en el proceso es un mito con orígenes muy claros en la historia de las normas procesales. a) Se puede leer en los Principios fundamentales del procedimiento civil de la URSS y de las Repúblicas Federadas, de 1961: Principio 24º: Las partes, sus derechos y obligaciones: Las partes tienen el deber de ejercitar sus derechos procesales con lealtad y probidad. Lo que se repite después en el artículo 30 del Código de procedimiento civil de República Socialista Federal Soviética de Rusia, de 1964, y en el que los principios anteriores se transcriben literalmente. b) En la Ley alemana de 1933, sobre modificación del procedimiento civil, que acaba en el Decreto de 8 de noviembre de 1933, se redactó de nuevo el parágrafo 138 de la ZPO y se introdujo el deber de veracidad de las partes, de modo que éstas deben hacer sus declaraciones sobre los hechos de forma íntegra y de acuerdo con la verdad, añadiendo luego el parágrafo siguiente que el presidente del tribunal debe intentar esclarecer la verdad. c) En el artículo 88 del Codice di procedura civile italiano de 1940 se lee: 'Deber de lealtad y de probidad. Las partes y sus defensores tienen el deber de comportarse en juicio con lealtad e probidad. En caso de incumplimiento por los defensores de

este deber, el juez deberá dar cuenta a las autoridades que ejercitan sobre ellos la potestad disciplinaria¹⁴.

Confirmando a orientação em epígrafe, Mauro Cappelletti identificou como um dos três princípios norteadores do processo civil inspirado na ideologia do comunismo (ao lado do dispositivo e da substanciação), o da lealdade das partes no processo e a conseqüente obrigação ou dever de veracidade¹⁵.

A par deste breve arrazoado histórico que pretende identificar nos regimes totalitários do século XX a imposição do dever de probidade no processo, convém rememorar que, na digressão cronológica realizada neste trabalho, procuramos demonstrar tal imposição legislativa também pelas Ordenações Filipinas, com ampla aplicabilidade em nosso Regime Imperial.

Antiga, pois, é a preocupação com a conduta dos sujeitos da demanda. Desde que se deixou de conceber o processo como um duelo privado (no qual o juiz era somente o árbitro e as partes podiam usar de toda argúcia, malícia e armas contra o adversário para confundi-lo), se proclamou a finalidade pública do processo civil, passando a exigir dos litigantes uma conduta adequada a esse fim e a atribuir ao julgador maiores faculdades para impor o *fair play*.

A doutrina nacional da primeira metade do século XX já sinalizava pela necessidade de fiscalizar a execução do valor probidade no âmbito das relações processuais, em face da desmoralização das instituições e do abuso do direito no exercício da demanda.

Em discurso proferido no mês de julho de 1936 na Capital Federal, sob os influxos do governo autoritário do Presidente Getúlio Vargas, o então Ministro da Justiça Francisco Campos foi categórico ao falar da mudança de paradigmas no âmbito do processo, por ocasião da “Reforma do Direito Judiciário”, acentuando que,

À concepção duelística do processo haveria de substituir-se a concepção autoritária do processo. À concepção do processo como

14 *In La Prueba en el Proceso Civil*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2005. p. 110.

15 CAPPELLETTI, Mauro. *La Oralidad y las Pruebas em el Proceso Civil*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1972. p. 397.

instrumento de luta entre particulares, haveria de substituir-se a concepção de processo como instrumento de investigação da verdade e de distribuição da justiça. Essa reforma do processo, destinada a pôr sob a guarda do estado a administração da Justiça, subtraindo-se à discricção dos interessados, tem um sentido altamente popular. Nenhum ramo de ciência jurídica se havia tornado tão hermético como o processo. Descomplicando lances em que se esmeravam os malabaristas da vida forense, o povo deixara há muito de perceber as razões do fracasso e do êxito. A ordem judiciária tornara-se inacessível à compreensão popular, e com isto se obliterava uma das finalidades mais altas do Direito, que é introduzir e manter a segurança nas relações sociais. Seguro embora de seu direito, ninguém afrontava sem receio os azares imperscrutáveis de uma lide. Deixado à mercê de si próprio e do adversário, o homem via no juízo um ordálio de que só o acaso ou a habilidade o faria vencedor.¹⁶

Corroborando a ideologia do regime político de então, com reflexos nitidamente autoritários no âmbito do processo, Antonio Pereira Braga, um dos autores do Código de Processo Civil de 1939, defendia a posição de que a realização da justiça (objetivo da jurisdição sempre professado pelos juristas) só se dava por meio do princípio da autoridade¹⁷.

De outro lado, posicionando-se em desfavor do chamado “processo autoritário”, Moacyr Amaral Santos teceu severas críticas à ideologia do processo como instrumento de dominação governamental da época, por ocasião da aula inaugural do ano letivo de 1959 na Faculdade de Direito da USP. Em face de seu incomensurável valor histórico, político e jurídico, nos permitiremos transcrevê-las parcialmente a seguir:

1 - Vai o Código de Processo Civil completar vinte anos de existência. Nasceu numa época em que, amesquinhado, o homem se tornara instrumento do Estado, convertido, por sua vez, em instrumento da vontade do chefe do govêrno, nas mãos de quem se concentravam todos os poderes. ‘o refôrco da autoridade do chefe da nação proclamava o sr. Getúlio Vargas - é tendência normal das organizações políticas modernas’. ‘Essa forma de concentração do

16 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_38/panteao.htm - 38k>

17 *In Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1945. p. 37-101.

poder', que dizia 'corresponder a imperativos de ordem prática', levava à corporificação da doutrina do Estado Novo, 'na qual todos precisavam ser educados'. [...] Do processo anterior nada se salvaria, tanto mais porque - bradava o ministro Francisco Campos - 'era apenas um instrumento das classes privilegiadas, que tinham lazer e recursos suficientes para acompanhar os jogos e as cerimônias das justiças, complicados nas suas regras, artificiosos na sua composição, e, sobretudo, demorados nos seus desenlaces'. A crítica era demasiadamente crua, quanto injusta e menos sincera, de conteúdo marcadamente político e destruidor da tradição, mas de enderêço certo, qual o de fortalecer o regime paternalista instituído a dez de novembro. [...] Na verdade, por processo autoritário se qualifica aquêle em que predomina o princípio da autoridade. 'Trata-se - escreve CALAMANDREI, reagindo contra as tendências do legislador italiano - de projetar no campo do processo aquêles princípios em que se inspira o ordenamento constitucional do Estado: porque no processo o Estado é representado pelo juiz, o princípio autoritário transplantado para o processo significa lógicamente reforçamento dos poderes do juiz'. [...] Essa era a natureza do juiz alemão, naquelas conturbadas e angustiosas horas da história da humanidade. Qualquer cerceamento de poderes 'é indigno de um juiz $\frac{3}{4}$ juiz-rei, independente, tal como o quer o nacional-socialismo', - doutrinava BERNHARDT. Ali o juiz deveria ser e era o Führer do processo, no sentido de que - na linguagem do nosso MACHADO GUIMARÃES - 'é um representante soberano e ativo da lei, no intuito de assegurar a paz social, e, portanto, um dos mais importantes executores da vontade do Führer'. [...] A formação dêsse espírito autoritário, de que se impregna não pequena parte da magistratura, aquela para ela encaminhada menos por vocação do que pelas vantagens práticas propiciadas pela profissão, teria a acoroçoarem-na dois fatôres, que se associaram em desprestígio da finalidade do processo. É o primeiro a deturpação grosseira do princípio da autoridade, que faz do juiz o esqueleto da relação processual e por isso mesmo munido de poderes, mas também sujeito de deveres em relação às partes, em princípio que investe o juiz das insígnias de autoridade desvinculada do dever de obediência ao princípio da legalidade, a transformar o processo judicial numa segunda edição do processo policial, tão do gôsto de BAUMBASH, de ampla aceitação na Alemanha nazista ou na Rússia soviética. É o segundo a noção, sob tantos aspectos difundida, de que a finalidade do processo é a descoberta da verdade. Nesse se

extravasou a doutrina a atribuir todo o poder ao juiz, por considerá-lo só assim em condições de intervir no processo de maneira que êste atinja aquêlo objetivo. [...] De resto, por mais inequívoca que seja a importância da apuração da verdade, não é esta a finalidade do processo. Desde WACH reconhece a doutrina que esta consiste na atuação da lei a um caso determinado. Visa o processo a assegurar a soberania da lei na regulação e composição dos conflitos, de maneira a conservar ou restabelecer a paz social ameaçada. Por isso, na técnica de CARNELUTTI, processo é um método de atuação do direito e 'tende a garantir a bondade do resultado, isto é, a regulação do conflito de interesses através da qual se obtenha realmente aquela paz'. Paz conforme o direito, ou seja, pela composição do conflito de modo justo e certo. Por outras palavras, mais simples, mas nem por isso menos expressivas, a finalidade do processo não é senão a justiça. [...] Ainda é no velho que o novo processo muito tem que buscar e aprender, para atingir a sua verdadeira finalidade. Mas, se nas doutrinas contemporâneas se envolvem os nossos pendores e segundo elas construimos o nosso ideal de justiça, ainda não atinamos como se possa, num campo em que a persuasão deve superar resistências dos interesses contrariados, se estabeleça como método para êsse escopo, que é a paz social regulada pelo direito, um processo tipo autoritário, entregue ao arbítrio de um juiz autoritário, o menos indicado para persuadir e convencer. Maior ainda a nossa incompreensão quando reparamos que êsse tipo de processo se instaurou em nosso país menos por criação da lei do que por insinuações políticas e, mais particularmente, por interpretações grosseiras de algumas de suas normas, quando não por inércia dos juristas ou conveniências de grupos. [...] 'Sómente empregando o melhor da nossa vida a êsse ideal de justiça e de liberdade humana, é que seremos dignos do nosso tempo e dessas terras tão cheias de futuro que o destino colocou em nossas mãos'.¹⁸

Naturalmente, do que foi dito até agora, não cabe concluir que ao longo do processo judicial as partes estão autorizadas a atuar com má-fé. Longe disso, parte da doutrina defende é que as repetidas alusões ao processo como um mecanismo forjado para que as partes e seus advogados cooperem com o magistrado no descobrimento da verdade, só se compreende num contexto ideológico que presume não terem

18 SANTOS, Moacyr Amaral. Contra o processo autoritário. *Revista da Faculdade de Direito*. São Paulo, Separata, USP, a. 54, n. 2, 1959.

os cidadãos o direito de litigar, valendo-se de todos os artifícios que proporciona o ordenamento jurídico (obviamente, a litigância ímproba aqui não se insere).

Nitidamente autoritária, nos parece, é a construção da imagem do juiz como um ser dotado da capacidade (quer de origem divina, quer pelo destino) de fazer justiça entre os homens no caso concreto. De outro lado, melhor se afigura a imagem de um juiz inserido no debate da nova doutrina processual, com posição garantista, comprometido com o dever de argumentação, limitando-se, sem prepotência, a tornar efetivos os direitos subjetivos das pessoas, aplicando as normas de acordo com a Constituição, entendida esta como expressão da vontade popular democraticamente expressada por seus representantes eleitos.

A atividade jurisdicional é voltada à pacificação social por meio da resolução dos conflitos de interesse, tendo o propósito de realizar a justiça no caso concreto. À realização do valor justiça se sujeita a atuação do Estado-Juiz¹⁹. Acentua Gregório Robles que a implementação da justiça no seio da sociedade é o fundamento da própria existência dos direitos fundamentais: “No podemos defender ni realizar los derechos humanos si no estamos convencidos de su bondad moral, si no estamos convencidos de que su implantación hace mejorar a los hombres y a la sociedad ser más justa”.²⁰

Vertida para o ambiente processual, a busca pela justiça deve estar projetada em um ambiente onde as partes atuem livremente diante de um juízo imparcial. Obviamente, não se nega que a probidade é pressuposta para a realização da justiça no processo, haja vista que sua ausência dificultaria, sobremaneira, o percurso judicial rumo àquele objetivo.

Entendemos que a caracterização de um ordenamento processual como autoritário decorre tanto da atitude que o magistrado exerce ao

19 Segundo José Ferrater Mora: “Muitos gregos, inclusive os grandes trágicos e alguns filósofos pré-socráticos, consideram a justiça num sentido bastante geral: algo é justo quando a sua existência não interfere na ordem a que pertence. Nesse sentido, a justiça assemelha-se muito à ordem ou à medida. Que cada coisa ocupe seu lugar no Universo, é justo. Quando isso não ocorre, quando uma coisa usurpa o lugar de outra, quando não se limita a ser o que é, quando há algum excesso, produz-se uma injustiça. Cumpre-se a justiça somente quando se restaura a ordem original, quando se corrige e se castiga o excesso”. *In Dicionário de Filosofia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, 395.

20 ROBLES, Gregorio. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1995. p. 12-27.

longo do feito (se inquisitiva ou imparcial, por exemplo), como em relação à previsão de deveres relacionados à lealdade no processo, predominando uma função nitidamente repressiva (e não preventiva ou educativa) no modelo processual brasileiro, destacadamente preocupado com a aplicação de sanções pecuniárias em desfavor do litigante ímprobo.²¹

Com lastro na doutrina de Osvaldo Alfredo Gozaíni (ao tratar sobre o conteúdo do princípio da moralidade processual), reforçamos a convicção em torno da desnecessidade de fixar regras supostamente fechadas para aferir e reprimir a litigância ímproba ao longo do processo, preservando, agora sim, uma cláusula aberta de irradiação do referido princípio:

Por eso es razonable concluir que, al interpretar la moralidad procesal como un deber, no resulta necesario objetivar su contenido, pues la orientación dista de tener una modalidad propia, de manera que hasta sería imprudente reglar el principio cual se fuera una ‘regla sagrada’, que casi seguramente quedaría prontamente inútil por la transformación del Derecho y del sentir comunitario en las valoraciones morales. En suma, el objetivo final de la regla moral estriba en perseguir un modelo de comportamiento que sea efectivo para todo tipo de proceso, propiciando la realización justa y eficaz del Derecho. La consagración del principio obliga a interpretaciones elásticas en atención a la variedad de casos y circunstancias.²²

O atendimento do princípio moral é o objetivo a que deve se alinhar o comportamento leal dos partícipes do processo, fomentando o reconhecimento do direito fundamental a um processo leal²³. Este é o fim genérico, onipresente, que resulta próprio e naturalmente exigível a qualquer indivíduo que deflagra a prestação do serviço público consistente na jurisdição.

21 Criticando o modelo processual adotado no Brasil em relação às condutas desleais das partes, Brunela Vieira De Vicenzi cuida da evolução contemporânea da cláusula geral da boa-fé (*In A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 173).

22 GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. **Temeridad y Malicia en el Proceso**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002. p. 23.

23 A regra de proibidade na conduta do advogado, aliás, pode se considerar como uma manifestação singular do conceito “honeste vivere” que remonta ao Direito Romano.

Valendo-nos de uma abordagem multidisciplinar, poderíamos identificar na literatura kafkiana de *O Processo*²⁴, ilustração de ordenamento jurídico autoritário em razão da conduta do órgão judicante, fulminando o ideal de justiça no processo e a igualdade entre os litigantes, ambos, reflexos de um Estado Democrático:

[...] em geral, a primeira petição ficava fora do lugar ou se perdia por completo, e mesmo que mantida até o fim, mal era lida, conforme soubera o advogado, embora somente através de rumores. Tudo isso era lamentável, mas não totalmente injustificado. K. não devia deixar de lado o fato de que o processo não era público; podia, se o tribunal o considerasse necessário, mas a lei não previa que fosse público. Em conseqüência, os documentos do tribunal, sobretudo o auto de acusação, permaneciam inacessíveis ao acusado e à sua defesa, por isso geralmente não se sabia, ou pelo menos não se sabia com precisão, contra o que a primeira petição precisava se dirigir, de forma que só por acaso ela continha, em verdade, algo relevante para a causa.²⁵

Muito embora se preste às mais diversas interpretações, desde aquelas fundadas nos axiomas filosóficos até a mais profunda radiografia feita pela Sociologia, de fato, a mencionada obra literária fornece farto material àquele que se debruça sobre seu estudo, uma vez que, por meio de um conto que mais se assemelha a uma parábola, o autor reproduz a negação do Estado Democrático de Direito e, ao mesmo tempo, instiga o leitor a debater a necessidade das garantias fundamentais e a deslealdade no âmbito do processo.

A despeito da omissão legislativa no âmbito do Código de Processo Civil acerca da expressão “probidade”, pois esta se apresenta como a pedra de toque do sistema processual moderno, concluímos que ainda que não houvesse texto legal determinando que a conduta das partes no processo obedecesse ao princípio da probidade, a imposição moral

²⁴ Em nota à referida obra, seu tradutor, Modesto Carone, escreveu sobre o ambiente histórico em fora produzida esta obra: “Foi sob o impacto recente do início da I Guerra Mundial que Franz Kafka começou a escrever *Der Prozess*, provavelmente na segunda semana de agosto de 1914. Pouco tempo antes, ele ainda duvidava de qualquer empreendimento literário novo, pois numa entrada dos Diários, de 6 de agosto desse ano, afirmava ter perdido ‘para sempre’ a capacidade já provada de dar livre curso à representação de sua vida interior”. KAFKA, Franz. **O Processo**. Tradução de Modesto Carone. 6. ed. São Paulo, Brasiliense, 1995. p. 281.

²⁵ KAFKA, Franz. **O Processo**. Tradução de Modesto Carone. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995. p. 126.

haveria sempre de prevalecer em razão da necessidade de concretização do direito fundamental a um processo leal.

Corroborando este raciocínio, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do agravo regimental em sede da Reclamação nº 1723/CE, sedimentou o conceito doutrinariamente consagrado de que o processo não pode ser manipulado para viabilizar o abuso de direito, pois essa é uma idéia que se revela frontalmente contrária ao dever de probidade que se impõe à observância das partes.

Há de realçar, no entanto, que a mera constatação de que nosso ordenamento processual civil recebe influências de uma concepção autoritária forjada em meados do século passado não é suficiente para os propósitos deste trabalho, comprometido com a justificação e fundamentação do princípio do acesso probado à justiça. A seguir, ilustraremos a nova concepção de boa-fé processual e seus reflexos na moderna processualística, de cunho instrumental e preocupada com a realização dos princípios e valores albergados pela Constituição.

4.2 A SOLIDARIEDADE COMO ELEMENTO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO PROCESSO

O conteúdo do princípio da moralidade está composto de imperativos éticos que, com suporte na boa-fé, atuam como condicionantes da conduta processual. Ocorre que, segundo Osvaldo Alfredo Gozaíni, “el nudo gordiano de la cuestión se centra en la libertad y disponibilidad de las partes para que, con su proceder, no se vulnere la buena fe”²⁶. Para esse autor,

Así es como el proceso moderno contemporáneo asiste al reverdecimiento de los principios de lealtad, probidad y buena fe. La crisis que se manifiesta en las estructuras del procedimiento necesita apoyarse, hoy más que nunca, en los postulados deontológicos. Estos principios, antaño inspirados en razonamientos religiosos, han propendido a influir en la conducta humana y en el ámbito del proceso se han evidenciado con las viejas penas procesales del Derecho Romano. Modernamente, las normas deontológicas

²⁶ GOZAÍNÍ, Osvaldo Alfredo. **Temeridad y Malicia en el Proceso**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002. p. 21-22.

importan la consideración de un sistema de principios éticos que presentan puntos de contacto con las pautas de la costumbre, y tienden a conformarse en normas jurídicas. La implicancia de éstas en el proceso configura un conjunto de reglas de comportamiento basadas en la costumbre profesional y subraya su carácter moral. De manera ta que la buena fe tiene su base en cuestiones no sólo morales y sociales, sino también culturales de una comunidad, y lo que se va a exigir en el proceso es una conducta leal y coherente que colabore con la labor jurisdiccional.²⁷

O princípio da boa-fé tem típica estrutura civil, seja pela origem, seja pelos seus atuais desenvolvimentos doutrinários. Ele se expandiu, todavia, aos mais diversos setores, marcando presença na Constituição com reflexos, inclusive, na Administração Pública mediante o princípio da moralidade.²⁸

No Direito Processual, a falência dos métodos de repressão às condutas desleais ao longo do processo, tomados unicamente por meio da aplicação de sanções pecuniárias, foi decretada pela Ciência Processual contemporânea, preocupada com a “realização” do ideário constitucional e com a afirmação da força normativa dos princípios e de sua preponderância como fonte do Direito.

Assim, a mera submissão do litigante ímprobo a um desfalque patrimonial não tem o condão de restituir satisfatoriamente o prejuízo causado ao longo do processo (instrumento público por natureza, encarregado da pacificação social) em desfavor da sociedade (e não do adversário individualmente considerado, a quem só secundariamente interessa restituir), revelando-se como medidas tardias que frustram a realização do objetivo jurídico, social (pacificar e educar) e político da jurisdição.

Há de se notar que, ao lado dos fins eminentemente jurídicos do processo, existem outros, de cunho educativo, que o transformam em um instrumento ético e não meramente técnico. Estes fins se confundem, também, com a teleologia encartada no artigo 3º da Constituição Federal de 1988.

²⁷ *Ibidem*. p. 26.

²⁸ A moralidade administrativa, além de prevista na Constituição Federal, está consignada na Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, entre os princípios a serem observados pela Administração Pública, conforme determina, em seu art. 2º, a garantia da moralidade.

O desafio atual do processo consiste em conciliar a formalidade inerente ao procedimento com as exigências sociais, que demandam soluções de justiça material e respostas efetivas, a destacar os princípios como veículos de valores. Entre os princípios, destacamos a boa-fé, cuja essencialidade se relaciona com a própria natureza humana, pois a afirmação do ser humano como um ser diferente entre iguais denota a suma importância das normas de caráter agregador e que permitam o estabelecimento de relações confiáveis entre os homens.²⁹

A expressão boa-fé tem origem etimológica na expressão latina *fides* (de origem romana), relacionada com a fidelidade e a coerência no cumprimento da expectativa de outrem. É um compromisso de fidelidade e cooperação nas relações contratuais.³⁰

Historicamente, a boa-fé pode ser considerada como algo que deve estar presente em todas as relações jurídicas e sociais, porém a concepção clássica de contrato baseada no princípio da autonomia da vontade prevaleceu sobre alguns aspectos e em certos ordenamentos durante muito tempo, e teve seu apogeu no século XIX³¹. Assim, entendia-se este princípio como a possibilidade das partes de estabelecer todo o conteúdo do contrato, ficando nítida a influência que tiveram o Liberalismo e o Individualismo nesse instituto.³²

É importante destacar que há dois tipos de boa-fé: a subjetiva (encartada no Código Civil de 1916), que é o convencimento do indivíduo de que está a agir de acordo com o Direito; e a objetiva (prevista no Código Civil de 2002³³, mas que já era prevista na Lei 8.078/90 –

29 Segundo o pensamento de Hannah Arendt, trata-se da singularidade na pluralidade. In **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 189-191.

30 Vale destacar que para alguns, o âmbito processual, como etapa patológica da relação humana, encerra perspectiva do princípio da boa-fé que não se baseia na confiança, mas, ao contrário, na desconfiança (GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Temeridad y Malicia en el Proceso*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002. p. 119).

31 De Plácido e Silva, enfocando esta realidade eminentemente privatística, analisa o conceito de boa-fé da seguinte forma: "Sempre se teve boa-fé no sentido de expressar a intenção pura, isenta de dolo ou engano, com que a pessoa realiza o negócio ou executa o ato, certa de que está agindo na conformidade do direito, conseqüentemente, protegida pelos preceitos legais. Dessa forma, quem age de boa-fé, está capacitado de que o ato de que é agente, ou do qual participa, está sendo executado dentro do justo e legal". In **Vocabulário Jurídico**. Vol. I, 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 327.

32 Sob o aspecto psicológico, boa-fé é o estado de espírito de quem acredita estar agindo de acordo com as normas de boa conduta. Sob o ponto de vista ético, boa-fé significa lealdade, franqueza e honestidade.

33 Vide artigos 113, 187 e 422.

Código de Defesa do Consumidor), que se desliga do elemento volitivo na medida em que admite ao lado dos vínculos criados pelo acordo de vontades, deveres paralelos a que se chama de deveres acessórios.³⁴

Esmiuçando as diferenças entre a boa-fé subjetiva e a objetiva, Teresa Negreiros realça o fato de que houve a superação da preocupação com o estado psicológico para uma atitude colaborativa das partes³⁵. Vê-se que a concepção da boa-fé evoluiu historicamente e deixou o caráter individualista dos códigos novecentistas para se transformar na função social do contrato, colocando-a a serviço não só das partes, mas também de toda a sociedade, passando a exigir dos contratos uma efetiva conduta honesta.³⁶

Atualmente, podemos asseverar que as bases constitucionais do princípio da boa-fé repousam na dignidade da pessoa humana e na solidariedade, pois a conduta proba que se traduz como digno de confiança é consequência dos direitos da personalidade, sendo que o respectivo descumprimento e a desconsideração do outro ferem a dimensão moral destes direitos, violentando a dignidade humana. Quanto à solidariedade, envolve disposição de cooperação com os demais membros da comunidade, numa perspectiva que transcende o âmbito individual em prol do social, cuja influência se faz sentir na atual concepção de boa-fé.³⁷

34 Recurso Especial. Civil. Indenização. Aplicação do princípio da boa-fé contratual. Deveres anexos ao contrato. O princípio da boa-fé se aplica às relações contratuais regidas pelo CDC, impondo, por conseguinte, a obediência aos deveres anexos ao contrato, que são decorrência lógica deste princípio. O dever anexo de cooperação pressupõe ações recíprocas de lealdade dentro da relação contratual. A violação a qualquer dos deveres anexos implica em inadimplemento contratual de quem lhe tenha dado causa. A alteração dos valores arbitrados a título de reparação de danos extrapatrimoniais somente é possível, em sede de Recurso Especial, nos casos em que o *quantum* determinado revela-se irrisório ou exagerado. Recursos não providos. REsp 595631/SC; RECURSO ESPECIAL. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Órgão Julgador: T3 – Terceira Turma. Data do julgamento: 08/06/2004. Data da Publicação/Fonte DJ 02.08.2004. p. 391.

35 *In Teoria do Contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 116-123.

36 Nos contratos a boa-fé se materializa nos institutos: a) *supressio* (perda de um direito pelo seu não exercício no tempo); b) *surrectio* (surgimento do direito pelo costume); c) *duty to mitigate the loss* (credor não pode aumentar seu próprio prejuízo); d) *venire contra factum proprium*, que é uma aplicação do princípio da confiança, significa que ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza, criando dolosamente uma expectativa legítima no outro contratante que não será atendida; e) *exceptio non adimplente contractus* (exceção de contrato não cumprido).

37 *In Teoria do Contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 117-118. Segundo Nereu Ramos Figueiredo, a boa-fé objetiva, que passa a exigir dos contratantes uma efetiva conduta honesta, leal e transparente, transformou-se em dever jurídico, em cláusula geral, implícita em todos os contratos, substituindo o velho conceito de boa-fé subjetiva, que traduzia mera exortação ética, que pouco contribuía para garantir equações econômicas justas. Como se não bastasse, converteu-se a boa-fé em

A boa-fé objetiva encontra assento na Constituição Federal, quando o constituinte estabeleceu os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, afirmando os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV) e quando traçou como um dos objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I).

Na visão de Brunela Vieira De Vincenzi, ao conceito de boa-fé objetiva estão subentendidas as regras de conduta fundadas na honestidade, na lealdade, na retidão, em adesão à cooperação com a outra parte, ou, ainda, com a sociedade, respeitando a legítima expectativa dos membros do grupo. Quanto aos seus reflexos na esfera processual, acentua que:

Na concepção corrente, portanto, a boa-fé no processo civil funciona apenas como norma de conduta, baseada no homem honesto; é a boa-fé subjetiva, presente também no ordenamento jurídico privado a proteger, por exemplo, o possuidor de boa-fé, ou seja, aquele que intimamente acredita na legitimidade de sua posse. No processo, por sua vez, a regra da boa-fé subjetiva faz surgir a presunção de probidade e honestidade das partes, especialmente na prática de atos processuais. [...] Todavia, a boa-fé subjetiva, ao funcionar como norma de conduta no processo, não impede o exercício inadmissível de posições jurídicas pelas partes, podendo, até mesmo, propiciar armas e oportunidades para a prática de atos desleais. [...] O dever de colaboração das partes no processo civil resulta, em última análise, na aplicação da regra da boa-fé objetiva, pois esta, como criadora de deveres acessórios, impõe a cooperação das partes para o fim do processo e a realização dos resultados programados pelo direito. [...] Essa diretiva pode ser entendida como dever de manifestar uma atitude conforme o espírito de solidariedade que caracteriza as relações contratuais hoje em dia. Com efeito, proceder lealmente é não tirar proveito da menor inexecução ou possibilidade de inadimplemento e, sim, procurar privilegiar mais a estabilidade das relações contratuais do que os interesses meramente individuais. [...] Dessarte, causa surpresa, aos menos avisados, o sucesso com

primeiro critério de hermenêutica dos negócios jurídicos, o que representará sua louvável e necessária purificação ética. É a nova técnica das cláusulas gerais, de princípios indefinidos que aumenta, e muito, a discricionariedade dos juízes, permitindo-lhes adotar, diante do caso concreto, as medidas necessárias para compor o litígio, como o mais poderoso mecanismo de efetiva realização do acesso à justiça. *In Os limites do Juiz na interpretação das cláusulas gerais do Código Civil*. In Revista Jurídica UNIJUS, Ministério Público do Estado de Minas Gerais. V. 10, n. 13, Uberaba: Novembro, 2007. p. 213-236.

que as decisões arbitrais têm sido acatadas. Outra surpresa vem da colaboração de todos os envolvidos para o resultado útil, efetivo e célere do processo arbitral.³⁸

A propósito da idéia de cooperação ora veiculada, nos parece imposterável reconhecer o valoroso trabalho desenvolvido no âmbito da Advocacia-Geral da União, pela Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, de modo a unificar o entendimento endógeno do Estado sobre questões controversas, aguçar o espírito conciliador de seus membros e prevenir demandas judiciais.

No entanto, atentando para o alheamento gregário do homem contemporâneo, avesso à idéia de solidariedade (tida para alguns como noção vaga e destituída de conteúdo certo), Rubens Godoy Sampaio aponta que a ideologia que vai se impondo atualmente é a do individualismo consumista e hedonista, marcado pelo predomínio de uma relação que nasce do encontro do homem com as coisas e com os objetos³⁹. Segundo a doutrina de José Casalta Nabais, o marco histórico da moderna concepção de solidariedade, ainda sujeita a avanços, é o início século XX:

Em rigor, descontadas algumas manifestações constantes, primeiro, da declaração de direitos da (rejeitada) constituição girondina [elaborada por Condorcet, em dezembro de 1792] e, depois, da declaração de direitos da constituição jacobina [aprovada em 24 de junho de 1793 em resultado de um compromisso entre as propostas radicais de Robespierre e as propostas moderadas de Condorcet], em que as exigências da solidariedade se apresentavam já claramente afirmadas, a idéia da solidariedade apenas vai ser redescoberta no dobrar do século XIX para o século XX, através duma espécie de frente comum formada, sobretudo, por teóricos franceses, em que encontramos economistas como Charles Gide, sociólogos como Émile Durkeim e juristas como Leon Duguit, Maurice Hauriou e Georges Gurvitch.⁴⁰

A despeito do discurso atual envolvendo a idéia de solidariedade se relacionar intimamente com os chamados “direitos de quarta geração”

38 *In A boa-fé no Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 167-171.

39 *In Crise Ética e Advocacia*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000. p. 57.

40 NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade*. Portugal: Coimbra, fevereiro de 2007. p. 132.

(ligados ao debate em torno do meio ambiente, por exemplo), entendemos que seu conteúdo se espraia por outras veredas, podendo ser entendida, genericamente, como relação de partilha e de co-responsabilidade que liga cada um dos indivíduos à sorte dos demais membros da comunidade (aspecto objetivo), albergando, igualmente, uma idéia de ética social em que a solidariedade exprime o sentimento, a consciência de pertencer a esta mesma comunidade (aspecto subjetivo), daí se poder afirmar que a existência de um direito fundamental a um processo leal, a ser invocado por quaisquer dos atores processuais.

Ao dissertar sobre a boa-fé no processo judicial, Osvaldo Alfredo Gozáini reafirma a solidariedade como princípio reitor da conduta humana que deve animar as ações das partes ao longo do feito:

En cambio, para moralizar el proceso fue necesario enunciar distintas normas que precisaran diversas maneras de expresión de la buena fe, objetivando la prevención del principio, de modo tal que la conducta atípica encuentra su encuadre sancionado según la disfuncionalidad incurrida. En este sentido, los jueces, en su tarea de decir el Derecho, pueden asistir a esos embates contra la buena fe, la moral o las buenas costumbres, contando con mecanismos propios de sanción que condenen al *improbus litigator*, otorgando a las acciones de los justiciables el verdadero sentido que las anima, dentro del concepto de solidaridad que debe presidir la conducta humana. [...] El Derecho no puede obviar la realidad que lo rodea, por ello en una sociedad donde se necesita entronizar valores como la lealtad, la justicia, los deberes éticos, el orden jurídico no debe permanecer ajeno. Sancionar los comportamientos fraudulentos, castigar al litigante malicioso, es también una forma de hacer justicia. El magistrado no puede permanecer pasivo a ello, sino que debe utilizar su poder para corregir cualquier exceso, demostrando de esa forma a la comunidad que por encima de los intereses individuales está el de mantenimiento de la paz y convivencia social. [...] Precisamente para controlar los excesos en el derecho de postulación, el principio dispositivo fue desplazado por el sentido de cooperación; moderno entendimiento del principio publicístico que pone énfasis en la participación del juez como director de la controversia y en la solidaridad de las partes para litigar con razones y de buena fe. Por eso, el deber genérico es ahora la buena fe, y sus manifestaciones específicas, el obrar con lealtad y probidad. [...] Correponde al juez la calificación del acto, para lo

cual debe apelar a su sensibilidad social y a su obligación de atribuir a las acciones de los justiciables el verdadero sentido que los anima dentro del concepto de solidaridad que debe presidir la conducta humana. [...] En tanto, para una interpretación político-jurídica, el deber de lealdad impone aseverar la cooperación y solidaridad que alienta el sentido publicístico del proceso.⁴¹

A superação do individualismo de origem liberal, com nítidos reflexos no âmbito do processo, e a valorização deste como um instrumento jurídico e político destinado à consecução da paz e da justiça na sociedade, reclama, a mais não poder, o aprofundamento do debate em torno da idéia de solidariedade, como observa Paulo Cezar Santos Bezerra:

O individualismo, que em todos os continentes, e com penetração até mesmo em grupos culturais homogêneos e tradicionais, praticam um modo de vida individualista, freqüentemente é apresentado como avatar da modernidade. Os prosélitos desse novo estilo de cidadania gabam-se de prezar, mais do que seus antepassados, os valores democráticos da liberdade e da igualdade. Mas quanto à idéia de fraternidade, ela foi, ao que parece, definitivamente expulsa do panteão político. É a atomização da soberania popular, na autonomia concorrencial de cada ego.⁴²

Inserindo-se, paulatinamente, no debate contemporâneo sobre os rumos da Ciência Processual, a idéia de solidariedade se externa entre os princípios fundamentais da chamada “Deontologia Forense”, como destaca José Renato Nalini.⁴³

Enfim, vê-se que a solidariedade não é um problema nem exclusivamente do Estado nem exclusivamente da sociedade, mas sim uma ferramenta à disposição de cada um dos cidadãos, da sociedade e do Estado⁴⁴. Para Camila de Jesus Mello Gonçalves, a introdução do valor

41 GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. **Temeridad y Malicia en el Proceso**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002. p. 45-124.

42 BEZERRA, Paulo César Santos. **Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito**, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 149.

43 *In Ética Geral e Profissional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 307.

44 Como observa Wilson Steinmetz, quando leciona sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, e sua sujeição ao conteúdo do princípio da solidariedade: “A noção de solidariedade articula-se com a noção de responsabilidade social. E o dever de responsabilidade social, certamente, não é de

da solidariedade ao lado da justiça aponta para uma ordem jurídica calcada numa visão mais estrita da liberdade no exercício dos direitos subjetivos, que encontram limites nos deveres objetivos.⁴⁵

Em face da evolução do conceito de boa-fé no processo civil, embasado no objetivo constitucional de promoção da solidariedade, outros instrumentos aparecem à mão do magistrado para impedir o exercício de condutas desleais no processo, como a antecipação dos efeitos da tutela de mérito no caso de conduta protelatória de parte contrária; a inversão do pagamento de custas processuais em desfavor do litigante ímprobo *etc.*

A cláusula geral de boa-fé é um valioso instrumento para a manutenção do processo perfilhado aos seus fins jurídicos, políticos e sociais, devendo sua interpretação ser orientada pelos princípios e valores insertos na Constituição. As cláusulas gerais não representam um vazio jurídico, sendo uma técnica que permite expressar os princípios e inseri-los no Direito Positivo, com a vantagem de mantê-lo compassado com as mudanças sociais e com as peculiaridades do caso concreto, zelando por sua atualidade e eficácia sem a necessidade de alteração da lei.⁴⁶

A despeito da íntima relação do princípio da boa-fé objetiva com a esfera contratual, podemos identificar semelhanças em sua argumentação no âmbito do processo (judicial e administrativo). A doutrina aponta três finalidades imputadas a este princípio: 1) a de servir de cânone hermenêutico-integrativo contratual; 2) a de norma criadora de deveres jurídicos entre as partes contratantes – determina o comportamento adequado em vista do fim contratual; 3) a de servir de norma limitadora do exercício de direitos subjetivos.⁴⁷

No processo administrativo verifica-se a imposição de que as partes atuem na esteira dos paradigmas da boa conduta, tanto o particular

exclusividade do Estado, embora sobre ele incida mais fortemente. Ao menos na CF, não está autorizada nem permitida a irresponsabilidade social dos particulares.” *In A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 121.

45 *In* Princípio da Boa-fé: perspectivas e aplicações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 88-91.

46 O artigo 125 do CPC prevê que compete ao juiz dirigir o processo assegurando às partes igualdade de tratamento; velando pela rápida solução do litígio e prevenindo ou reprimir atos contrários à dignidade da justiça.

47 LEAL, Larissa. Boa-fé contratual. *In* LOBO, P. L. N.; LYRA JÚNIOR (coordenadores). A teoria do contrato e o Novo Código Civil. Recife: Nossa Livraria, 2003. p. 29-30.

quanto o Poder Público, dada a extensão dos princípios constitucionais do devido processo legal e da moralidade administrativa⁴⁸. A sujeição aos paradigmas morais do processo se dá em relação a todos, não se podendo tergiversar sobre a probidade como meio para a consecução da justiça e da paz.

O princípio da moralidade torna jurídica a exigência de atuação ética dos agentes da Administração. Para atuar em respeito à moral administrativa não basta ao agente cumprir a lei na friezade sua letra, sendo necessário que se atenha à letra e à finalidade, que ao legal se junte o ético.

Erigida à categoria de princípio constitucional pelo art. 37, caput, da Constituição Federal, a moralidade administrativa deve guiar toda a conduta dos administradores. A estes incumbe agir com lealdade e boa-fé no trato com os particulares, procedendo com sinceridade e descartando qualquer conduta astuciosa ou eivada de malícia.⁴⁹

5 CONCLUSÃO

Com base nestas premissas, julgamos que a atuação da advocacia pública em juízo deve se pautar pela atenção às disposições superiores previstas no figurino constitucional, de modo a viabilizar o reconhecimento de direitos aos particulares, quando for o caso, e, assim, abdicar da chamada “advocacia de governo”, ultrapassada filosofia de

48 O historiador Eduardo Bueno narra que: Em 1543, um certo Pero Borges, corregedor da Justiça em Elvas, Portugal, por ordem do rei D. João III, ficou incumbido de supervisionar a construção de um aqueduto. A obra ficou inacabada porque faltara verba. Os vereadores da cidade comunicaram o fato ao Rei, que mandou abrir um inquérito para apurar as irregularidades na aplicação do dinheiro. Conclusão: o corregedor embolsara 50 por cento da verba alocada, o que correspondia a um ano de remuneração pelo seu trabalho. Condenado a devolver ao Erário o dinheiro desviado, sendo ainda proibido de exercer cargos públicos, foi, no entanto, nomeado pelo rei ouvidor-geral da América Portuguesa, o que correspondia hoje a ministro da Justiça. Ainda recebeu a promessa de ser investido no cargo de desembargador da Casa de Suplicação, ‘se bem servisse’. Sua mulher, a título de compensação por ficar alguns períodos longe do marido, passou a receber uma pensão de 40 mil reais, e o salário de Pero Borges era de 200 mil reais por ano. *In* Pública Ladroíce. *In* Nossa História, Rio de Janeiro: Biblioteca Nacional, ano 1, nº 1, nov. 2003. p. 62-67.

49 Ao tratar dos princípios básicos que regem o processo administrativo licitatório, José dos Santos Carvalho Filho aborda a probidade administrativa no sentido de honestidade, boa-fé e moralidade por parte dos administradores, mencionando que o exercício probo do múnus público deflagra a confiança do cidadão comum: “Exige o princípio que o administrador atue com honestidade para com os licitantes, e, sobretudo para com a própria Administração, e, evidentemente, concorra para que sua atividade esteja de fato voltada para o interesse administrativo, que é o de promover a seleção mais acertada possível”. *In* Manual de Direito Administrativo. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2005. p. 232.

cunho protelatório e autoritário (no sentido de não tergiversar e se abrir ao debate dialógico de teses).

Atentando, obviamente, para as vicissitudes históricas que lhes são inerentes, podemos extrair do Sermão do Bom Ladrão, do Padre Antônio Vieira, robustas considerações em torno da submissão de todos, particulares e Poder Público, aos preceitos de uma conduta reta:

O roubar pouco é culpa, o roubar muito é grandeza; o roubar com pouco poder faz os piratas, o roubar com muito os Alexandres. Mas Sêneca, que sabia bem distinguir as qualidades e interpretar as significações, a uns e a outros definiu com o mesmo nome: *Eodem loco pone latronem et piratam, quo regem animum latronis et piratae habentem*. Se o Rei da Macedônia, ou qualquer outro, fizer o que faz o ladrão e o pirata, o ladrão, o pirata e o rei, todos têm o mesmo lugar, e merecem o mesmo nome.⁵⁰

Adotar tal atitude, não só os órgãos de controle, o Ministério Público e o Judiciário, mas toda a sociedade civil, é contribuir para se criar, entre nós, a cultura da licitude e do controle social, viabilizando o pleno exercício da cidadania. No entanto, o processo de constitucionalização que se institui na perspectiva legislativa, judicial e político-social, ainda aguarda, no Brasil, um aprimoramento agudo, dada a ausência de conscientização acerca dos valores constitucionais pela sociedade.

Gustavo de Medeiros Melo defende que o diálogo em juízo é a fonte vital para um processo social e democrático e a busca pela justiça é um objetivo de todos, sendo o processo um instrumento de comunicação entre Poder Público e sociedade, meio dinâmico de cooperação entre todos aqueles que dele participam para a melhor composição da controvérsia.⁵¹

A lealdade se identifica como regra de costume que não tem sanção jurídica fora do processo, deflagrando sua ofensa, porém, uma grave reprimenda de ordem ética, gerando (ou devendo gerar) severa

50 *In Sermão do Bom Ladrão*. In Sermões. Vol. III, Erechim: Edelbra, 1998. p. 75.

51 *In O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo*. FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (Organizadores). **Constituição e Processo**: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 692.

reprovação da maioria dos membros da coletividade em desfavor daqueles que não observam tais regras.

A necessidade de atuação proba das partes ao longo do processo se justifica, modernamente, pela ascensão do princípio da boa-fé objetiva, reclamando a observância do dever de cooperação das partes em prol da realização da justiça no processo. A solidariedade, antes tida como finalidade remota e lacônica no ambiente da argumentação jurídica, vivifica-se atualmente com o enfoque precípua de educar e prevenir a atuação das pessoas contra a litigância ímproba, sedimentando o reconhecimento do direito fundamental a um processo leal.

Por fim, esperamos haver contribuído, ainda que minimamente, para a reflexão do papel da advocacia pública no cenário jurídico contemporâneo, erigida que foi à carreira de Estado pela Constituição Federal de 1988.

6 REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

AROCA, Juan Montero. **La prueba en el Proceso Civil**. 4. ed. Madrid: Civitas, 2005.

BEZERRA, Paulo César Santos. **Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRAGA, Antonio Pereira. **Exegese do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1945.

BUENO, Eduardo. **A coroa, a cruz e a espada – lei, ordem e corrupção no Brasil colônia**. (Coleção Terra Brasilis, vol. 4). Rio de Janeiro: Objetiva, 2006.

_____. **Pública Ladroíce**. *In Nossa História*, Rio de Janeiro: Biblioteca Nacional, ano 1, n. 1, nov. 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **La Oralidad y las Pruebas em el Proceso Civil**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1972.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2005.

DIDIER JR., Fredie Souza. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. vol. 1, 10. ed. Salvador: JusPodium, 2008.

FIGUEIREDO, Nereu Ramos. Os limites do Juiz na interpretação das cláusulas gerais do Código Civil. Uberaba, **Revista Jurídica UNIJUS**, Ministério Público do Estado de Minas Gerais. V. 10, n. 13, nov, 2007.

FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (Organizadores). **Constituição e Processo: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **Princípio da boa-fé: perspectivas e aplicações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. **Temeridad y Malicia en el Proceso**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos Araújo; e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

KAFKA, Franz. **O Processo**. Tradução de Modesto Carone. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.

LEAL, Larissa. **Boa-fé contratual**. In LOBO, P. L. N.; LYRA JÚNIOR (coordenadores). **A teoria do contrato e o Novo Código Civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de Filosofia**. Título original: *Diccionario de Filosofia (versión abreviada)*. Tradução: FERREIRA, Roberto Leal & CABRAL, Álvaro. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade – estudos sobre direitos e deveres fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2007.

- NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ROBLES, Gregório. **Los derechos fundamentales e la ética en sociedad actual**. Madrid: Civitas, 1995.
- SAMPAIO, Rubens Godoy. **Crise ética e advocacia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.
- SANTOS, Moacyr Amaral. Contra o processo autoritário. São Paulo, **Revista da Faculdade de Direito**. USP, a. 54, n. 2, 1959. Separata.
- SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. Vol. I, 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- SILVA, José Carlos Sousa. **Ética na Advocacia**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.
- SOUZA, Carlos Aurélio M. de. **Poderes éticos do Juiz**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1987.
- STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- VERDU, Pablo Lucas. **El sentimiento constitucional** (aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política). Madrid: Instituto Editorial Réus, S.A., 1985.
- VIEIRA, Antônio. **Sermão do Bom Ladrão**. In Sermões. Vol. III, Erechim: Edelbra, 1998.
- VINCENZI, Brunela Vieira de. **A boa-fé no Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2003.
- YEE, Zung Che. **Perícias previdenciárias, químicas & de proagro – aspectos processuais e casos práticos**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

ACÓRDÃOS

BRASIL. REsp 595631/SC; Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Órgão Julgador: T3 – Terceira Turma. Data do julgamento: 08/06/2004. Data da Publicação/Fonte DJ 02.08.2004, p. 391.

_____. RE-AgR 421119 / CE – Ceará AG. Reg. no recurso extraordinário Relator(a): Min. Carlos Britto Julgamento: 28/09/2004 Órgão Julgador: Primeira Turma AGTE.(S): Instituto Nacional do Seguro Social – INSS ADVDO.(A/S): Ana Lúcia de Fátima Bastos Estevão AGDO.(A/S): Nair Ramos de Lima ADVDO.(A/S): Luiz Crescêncio Pereira Júnior e outro (A/S).

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. Disponível em: <<http://www.trf5.gov.br/content/view/181/269/>>. Acesso em: 31 mai. 2008.

ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Gabriela Mansur Soares, Advogada, mestranda em Direito Público no Programa de Pós-graduação da PUC Minas, pesquisadora do NUJUP/OPUR (Núcleo Jurídico de Políticas Públicas – PUC Minas)

Mariano Henrique Maurício de Campos, Advogado, mestrando em Direito Público no Programa de Pós-graduação da PUC Minas, bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais (FAPEMIG), pesquisador do NUJUP/OPUR (Núcleo Jurídico de Políticas Públicas – PUC Minas)

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Distinção entre Princípios e Regras; 3 Princípio ou Postulado da Proporcionalidade?; 4 Definição e Aplicação do Postulado da Proporcionalidade; 5 Análise Jurisprudencial; 6 Conclusão; 7 Referências.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo discutir o método da proporcionalidade para aplicação e concretização das normas de direitos fundamentais, tendo em vista que no Estado Democrático de Direito são esses direitos estruturantes do sistema normativo e base para a construção de uma sociedade que se pretenda inclusiva e participativa, e que determina a vida digna do indivíduo enquanto cidadão.

A análise a priori partiu da concepção de proporcionalidade visto que como posto pela nossa doutrina e em especial pelo STF – órgão analisado- é ela usada para atender toda sorte de interesses visto que as decisões que nela se pautam não conjugam seus preceitos corretamente.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais. Estado Democrático de Direito. Proporcionalidade Jurisprudência STF.

1 INTRODUÇÃO

Ao observarmos as decisões do STF nos últimos 10 anos, percebemos nas mesmas o emprego crescente do que costumam designar como “princípio da proporcionalidade”. Mas o que vem a ser esse método de aplicação do Direito (mais especificamente dos direitos fundamentais) e como justificar o seu emprego? Na busca por tal justificação é que se estrutura o presente texto, para tanto faz-se necessário a distinção constantemente estudada entre princípios e regras (para determinarmos se proporcionalidade é mesmo um princípio). Após evidenciarmos o que é postulado, a aplicação, propriamente dita, da proporcionalidade e por fim a análise de casos em que a decisão do STF culmina a aplicação da proporcionalidade.

2 DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

A discussão de que princípios não seriam espécies normativas já está um tanto ultrapassada, especialmente a partir de Dworkin¹ que ao analisar as normas jurídicas coloca os princípios ao lado das regras de forma a integrarem as normas jurídicas, de modo que os mesmos sejam dotados de normatividade e eficácia jurídica e que sua diferenciação se proceda no modo de aplicação dos mesmos.

Desse modo Dworkin evidencia que a forma de aplicação das regras se submeteria ao modelo do ‘tudo ou nada’ (all or nothing), assim havendo antinomias entre as regras, uma delas será considerada inválida, para que a outra seja aplicada validamente.

Já os princípios segundo Dworkin² não fixam absolutamente sua aplicação, assim como as regras, pois eles possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância, assim, ao serem aplicados, os princípios geram antinomias, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa do outro. Logo, evidencia que não existem princípios contraditórios e sim princípios concorrentes.

1 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

2 DWORKIN, op. cit., p. 46.

A dimensão de peso (ligada a um ponderar significando o refletir, avaliar, pensar) de um princípio é analisada quando existem dois princípios colidentes em um caso concreto, nesse passo o princípio aplicado deve ser aquele que leva em conta a história de uma comunidade (comunidade de princípios³) diante de um caso concreto deve ser aplicado, submetendo-se deste modo aos argumentos de princípios⁴ conformando a Integridade do Direito (o direito que respeita a integridade pretende fornecer a “resposta correta” para cada caso concreto. É tal pretensão que confere integridade ao Direito.⁵

Partindo da proposta de Dworkin, Alexy⁶ estrutura sua teoria de diferenciação entre regras e princípios, também no âmbito da aplicação normativa. As regras expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio de subsunção, são comandos de definição, sua aplicação não é baseada no ‘*all or nothing*’ de Dworkin mas na declaração de invalidade de uma regra quando colide com uma válida, incluindo para isso uma cláusula de exceção, e na instituição de obrigações que são absolutas.⁷

A diferença encontra-se no modo de aplicação dos princípios já que para Alexy os princípios seriam normas *prima facie*, e o modo de resolver a tensão, quando da aplicação de dois princípios distintos a um caso, se situa no interior dos princípios analisados. Assim os princípios seriam deveres, ou mandados ou deveres de otimização aplicáveis em vários graus conforme as várias possibilidades normativas (devem levar em conta os outros princípios que com ele colidam) e fáticas (seu conteúdo como norma é determinado diante do caso concreto).

Alexy assim entende que princípios são normas que estabelecem que algo deve ser, pois estão na ordem do dever-ser, realizado na maior

3 “[...] as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governados por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político”. (DWORKIN, 1999:254)

4 “[...] padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.” (DWORKIN, 2002:36)

5 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica Jurídica em debate**: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 311.

6 ALEXY, ROBERT. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

7 GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios jurídicos e a solução de seus conflitos: a contribuição da obra de Alexy. , Belo Horizonte , **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v.1, n.2, p.134-142, jul. 1998.

medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes, assim a realização completa de um determinado princípio pode ser obstada pela realização de outro, o conteúdo definitivo de um princípio portanto, só é fixado após o sopesamento com princípios colidentes. Esse sopesamento é feito pela ponderação de valores, entre os princípios jurídicos, como veremos adiante.

A ponderação como posta por Alexy diz qual dos interesses abstratamente do mesmo nível possui maior peso no caso concreto, mas isso não é absoluto, a precedência de um princípio sobre o outro é condicionada e determinada tomando-se em conta o caso concreto podendo variar de caso a caso.

No Brasil a tendência tanto na doutrina quanto na jurisprudência é de utilizar, de maneira equivocada, a teoria da ponderação de valores de Alexy para resolver diante de um caso concreto as antinomias porventura existentes entre dois princípios colidentes, sem nenhum critério, e sem o que ele convencionou utilizar para a resolução desses conflitos, como veremos abaixo, o postulado da proporcionalidade.

Seguindo essa linha, Ávila⁸ ao escrever sobre a diferença entre regras e princípios define as regras como “normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência”, e princípios como “normas imediatamente finalísticas primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade”. Para Ávila⁹, portanto, os princípios estabelecem um fim a ser atingido (ou seja que estabelece uma orientação prática a ser alcançada) para ele, esse fim a ser atingido representa uma função diretiva para determinação de uma conduta, e essa instituição dos fins é condição para se estabelecer os meios que os alcancem, assim define meios como “condições (objetos, situações) que causem a promoção gradual do conteúdo do fim”. Dessa forma apropriando-se de um conteúdo utilitarista, próprio da filosofia da consciência, ele estabelece correlação entre meios e fins.

8 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 70.

9 Ibid., p. 71.

3 PRINCÍPIO OU POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE?

Visto o que são princípios e como diferenciam-se das regras, faz-se necessário para atingir o objetivo do artigo-verificar a proporcionalidade no STF- definir se a proporcionalidade é um princípio ou um postulado.

Mas o que seria, pois, um postulado? Para Kant postulado “é uma proposição teórica, porém demonstrável como tal, uma vez que inseparavelmente vinculada à lei prática à priori incondicionalmente válida” (ou seja, o imperativo categórico). Kant diz que é um caso especial de proposições teóricas, onde a proposição não é demonstrável, mas dedutível transcendentemente de uma lei prática.

Nas palavras de Ávila “postulado no sentido Kantiano significa uma condição de possibilidade do conhecimento de determinado objeto, de tal sorte que ele não pode ser apreendido sem que essas condições sejam preenchidas no próprio processo de conhecimento”. Já os postulados normativos para o autor “são entendidos como condições de possibilidade do fenômeno jurídico, por isso, não oferecem argumentos substanciais para fundamentar uma decisão, mas apenas explicam como pode ser obtido o conhecimento do Direito.”¹⁰

Já que o conhecimento jurídico é revelado por condições de possibilidades presentes nos postulados normativos que determinam as normas, resta-nos saber em que medida. Pelo postulado da coerência temos que o conhecimento da norma pressupõe o do sistema e vice-versa; pelo postulado da integridade as normas só serão conhecidas a partir do caso concreto ou fato e sua descrição deverá ser feita com base no texto normativo; já o postulado da reflexão apresenta-nos a norma como pré-compreensão do sujeito conhecedor.

Percebemos, pois, que os postulados normativos, ainda, são deveres estruturais, ou seja são aqueles que vinculam e relacionam determinados elementos para a determinação e aplicação dos mesmos, no caso são deveres estruturantes da aplicação das regras e dos princípios, por isso são denominados de postulados normativos aplicativos, os postulados que pretendem conhecer o fenômeno jurídico.

10 ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. Salvador, *Revista Diálogo Jurídico*, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 de agosto de 2008.

os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Rigorosamente, por tanto, não se podem confundir princípios com postulados.¹¹

Os postulados normativos não se enquadram, portanto, no conceito de normas (princípios ou regras), pois não são normas finalísticas, tampouco descrevem comportamentos ou são aplicados subsuntivamente, mas, sim, são eles parte do conjunto que forma o Direito no sentido de que a interpretação e aplicação das normas dependem dos postulados normativos aplicativos.

Para definirmos se a proporcionalidade seria pois um postulado normativo aplicativo necessário se faz, segundo Ávila adotarmos alguns passos que o enquadrem nessa categoria de aplicação e interpretação de normas jurídicas. O primeiro passo é identificarmos na Jurisprudência dos Tribunais Superiores a sua aplicação, em segundo verificar os elementos utilizados para a tomada dessa decisão e como se estruturou a aplicação das normas (os elementos ordenados entre si), em terceiro lugar examinar não só as normas utilizadas para a tomada da decisão, também, como a mesma foi fundamentada (para a proporcionalidade se a decisão tomada foi adequada, necessária e proporcional).¹²

Feita tais considerações e após análise de como a proporcionalidade é empregada no STF verificaremos que ao contrário de como é empregada como um ‘princípio da proporcionalidade’, é a proporcionalidade um postulado, pois não é ele aplicado de modo subsuntivo, de aplicação imediata norma-caso, tampouco pode ser ele utilizado livremente para fundamentação de uma decisão. É ele uma forma de interpretação e aplicação das normas que se adequam aos casos postos. Portanto, não podemos definir a proporcionalidade como princípio jurídico, já que à mesma, como definida por Alexy, como melhor analisaremos adiante, cabe a interpretação e aplicação das normas jurídicas, mais especificamente os princípios, quando há colisão entre os mesmos. A melhor definição para proporcionalidade é assim “postulado normativo aplicativo”.

11 ÁVILA, op. cit.

12 Ibidem

4 DEFINIÇÃO E APLICAÇÃO DO POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE

Definido que a proporcionalidade é um postulado normativo aplicativo e não um princípio jurídico definamos pois o que é o “postulado da proporcionalidade” tão utilizado nas decisões tomadas no STF.

O postulado da proporcionalidade é um postulado específico¹³ pois é dependente de elementos e critérios determinados para sua aplicação em um caso concreto. Assim esse postulado só pode ser aplicado em casos em que haja relação de causa entre um meio e um fim (elementos específicos) determinado pelo fato em questão.

Foi o postulado da proporcionalidade idealizado pela Jurisprudência de Valores revisitada pela Teoria da Argumentação de Alexy para diminuir a discricionariedade, e arbitrariedade do julgador no momento da aplicação de normas-princípios colidentes à determinado caso concreto. Para sua Teoria da Argumentação, que deve ser vista como procedimental, a proteção dos direitos fundamentais se baseia na racionalidade do ‘postulado da proporcionalidade’ e no caráter discursivo de uma tomada de decisão.

A colisão de princípios, analisada por Alexy¹⁴ ocorre, principalmente em uma sociedade multicultural que é traduzida por um ordenamento jurídico plural, que abarca tantos princípios cada um com carga valorativa, fundamento e decisão política diferentes, e que por vezes são contrapostos.

Para Alexy quando uma norma de direito fundamental (norma-princípio) colide com um outro princípio oposto e que também protege um direito fundamental, então a aplicação do primeiro depende do seu opositor, à medida em que um deles é o necessário, o adequado e o proporcional (postulado da proporcionalidade) para ser aplicado ao caso concreto no qual essa colisão está presente. Essa colisão é satisfeita através do que Alexy¹⁵ concebe como ‘Lei de Colisão’, por essa através do postulado da proporcionalidade os princípios colidentes em determinado

13 Expressão cunhada por Ávila para definir postulados normativos formais relacionados a elementos com espécies determinadas para o estudo de aplicação e definição de postulados da proporcionalidade.

14 ALEXY, op. cit.

15 Ibidem.

caso concreto que visa a efetivação de direitos fundamentais devem ser ponderados, não no sentido utilitarista, que muitos autores criticam, mas no sentido de adequar aquele princípio que no caso concreto significará eficácia direito fundamental almejado em uma relação meio-fim.

Dessa forma o postulado da proporcionalidade¹⁶ é aplicado em situações fáticas em que haja uma relação de causalidade entre dois elementos distintos, um meio e um fim concreto (sem esses elementos o postulado não deve ser aplicado), e assim para examinarmos qual princípio colidente (meio) deve ser aplicado à situação, para proteger ou garantir um direito fundamental (fim) devemos proceder ao exame da adequação (o meio promove o fim?), da necessidade (dentre os meios disponíveis e adequados para promover esse fim não há outro meio que restrinja menos os direitos fundamentais afetados?) e a proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às vantagens de determinado meio?).¹⁷

Analisemos pois cada um dos pressupostos que compõe o postulado da proporcionalidade. Para julgar se um princípio é o meio ideal para se atingir o fim perquirido em um caso concreto primeiro deve ele ser adequado, entendendo adequação como aquele meio que seja o mais eficaz, contribua para a promoção de um fim. Essa eficácia tanto pode ser quantitativa, qualitativa ou probabilística, a análise recai sobre o exame de ser o meio suficiente para alcançar a finalidade.

Para ser o mesmo necessário, verificar-se-á se a existência de meios alternativos para a promoção de determinado fim diferente do meio questionado pelo caso concreto, deve-se pois verificar se esses meios alternativos promovem o fim e se são eles menos restritivos de direitos dos que os questionados, ou seja, verificar se existe medida alternativa menos onerosa do que aquela que foi aplicada.

Por fim devemos analisar se é ele proporcional em sentido estrito ou seja se o fim almejado pelo caso concreto é tão importante que valha a restrição de um outro meio ou seja de um outro direito fundamental.

16 "Que el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad significa que la máxima de la proporcionalidad con sus tres máximas parciales de la adecuación, necesidad (postulado del medio más benigno) y de la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir es deducible de él." (ALEXY, 1993:111/112)

17 AVILA, op. cit. 2005

5 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

A principal crítica estruturada pelos constitucionalistas contra a aplicação do postulado reside em os mesmos afirmarem que tal postulado é concebido de forma utilitarista, visto o emprego do meio-fim.

É o postulado da proporcionalidade muito utilizado no STF nas decisões quanto aos direitos fundamentais mas não como posto por Alexy, como método de aplicação e como tal deva seguir alguns passos básicos. Na maioria das vezes o que vemos é uma aplicação de modo aleatório sem muitos fundamentos. Os direitos fundamentais ora são aplicados ora não sem nenhum critério tudo sob o jugo de um pretenso ‘princípio’ da proporcionalidade. Assim uma norma que institui um direito fundamental diante de um caso concreto é ou não aplicado baseando-se nesse princípio. Por muitos o postulado ainda é aplicado de forma errônea como se fosse o princípio da razoabilidade.

No julgamento do Agravo de Instrumento nº 496406 em 07/08/2006, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello, ficou consignado que o intérprete da Constituição tem a tarefa de equilibrar princípios constitucionais aparentemente em conflito em razão da unidade constitucional. Desta forma, o princípio da proporcionalidade foi considerado pelo Eminentíssimo Ministro o mais adequado para resolver o conflito entre a liberdade de comunicação e os direitos da personalidade. O disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV da CF/88 foi considerado neste julgamento “reserva legal qualificada” autorizadora da restrição à liberdade de imprensa no intuito de preservar outros direitos individuais como os da personalidade.

Embora tratando-se de casos diversos, exatamente a mesma fundamentação foi utilizada para o julgamento do Agravo de Instrumento nº 595395, em 20/06/2007, com a relatoria do Ministro Celso de Mello. Já no julgamento da Reclamação nº 2234, em 20/03/2003, sendo relator o Ministro Gilmar Mendes, foi considerado que os requisitos do princípio da proporcionalidade devem ser vislumbrados. Desta forma, a medida tomada deve ser adequada, ou seja, atender os fins pretendidos; deve ser necessária, pressupõe-se que não existe outro meio menos gravoso e eficaz na mesma medida; por fim, deve atender à proporcionalidade em sentido estrito, que é exatamente a proporção entre o objetivo perseguido e o ônus imposto ao atingido.

No julgamento da Suspensão de Segurança nº 1319, em 07/04/1999, cujo relator também era o Ministro Celso de Mello, ficou consignado o seguinte:

Como precedentemente enfatizado, o princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da atividade de caráter legislativo e regulamentar. Dentro dessa perspectiva, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A validade das manifestações do Estado, analisadas estas em função de seu conteúdo intrínseco - especialmente naquelas hipóteses de imposições restritivas incidentes sobre determinados valores básicos - passa a depender, essencialmente, da observância de determinados requisitos que pressupõem “não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos [...] e a necessidade de sua utilização [...], de tal modo que ‘Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador [...]’.

No julgamento da Reclamação 5609, em 22/10/2007, sendo relator o Ministro Eros Grau, ocorreu também o uso da proporcionalidade em caso de seqüestro de valores determinado em face da Fazenda Pública, cujo resultado foi em favor da suspensão da ordem de seqüestro sob orientação do “princípio da proporcionalidade”.

Vários outros casos poderiam ser citados, tal como o julgamento do Mandado de Segurança 24369, em 10/10/2002, em que a ponderação de valores diante de conflito de normas constitucionais foi utilizada como fundamento da decisão, mas os Ministros que julgaram a ação não teceram minúcias acerca da proporcionalidade ou qualquer outro postulado suficiente para a solução do conflito aparente das normas constitucionais relativas à infração administrativa e a vedação do anonimato.

Não podemos deixar de mencionar também que em muitos dos casos, o “princípio da proporcionalidade” é suscitado pela partes

que litigam sem qualquer plausibilidade jurídica e sem atentar para as questões doutrinárias que cercam o uso de princípios e postulados. A percepção pelo advogados da tendência do STF em enveredar-se pelo caminho da proporcionalidade acaba difundindo o uso do termo na esperança do acolhimento da pretensão levada ao crivo daquela Corte Constitucional.

6 CONCLUSÃO

Notamos nas decisões do STF acima analisadas que princípios e postulados são tratados como sinônimos, quando na verdade possuem significados completamente distintos, como visto anteriormente.

Ora, os postulados normativos não têm conteúdo finalístico e não descrevem comportamento. Desta forma, como poderia a proporcionalidade “inibir e neutralizar abuso do Poder Público”, conforme consignado na SS 1319/DF? No mesmo sentido, como a proporcionalidade poderia resolver conflito entre liberdade de comunicação e direito da personalidade, culminando em restrição da liberdade, conforme o julgamento do AI 496406? As respostas a estes questionamentos são um tanto quanto óbvias à medida que partimos da premissa de que o postulado (não princípio) da proporcionalidade não exhibe conteúdo finalístico e não pode descrever comportamentos.

Importante destacar também, a partir do conteúdo das decisões analisadas, que as petições e recursos que chegam ao STF invocam o uso da proporcionalidade na solução do conflito sem qualquer amparo na adequação deste fundamento aos aspectos doutrinários que cercam a questão.

Com isso, a conclusão que chegamos é no sentido de que existe um uso equivocado das expressões “princípio”, “postulado” e “proporcionalidade” pelo STF nos casos acima. Fica reforçada aqui a tese de que muitas das vezes a “proporcionalidade” é usada como fundamentos para decisões complexas, mas representam a discricionariedade do julgador perante os casos difíceis. Entretanto, podemos concluir ainda que, não raras vezes, o uso equivocado vai partir justamente da provocação das partes em relação à fundamentação ensejadora da pretensão, sobre o que, necessariamente, devem manifestar os julgadores.

Portanto, há uma necessidade de se fazer uma mea culpa nesses casos de uso equivocado ou inadequado da proporcionalidade porque existem os casos de decisionismo, mas também existem os casos em que o próprio decisionismo é provocado por quem busca a tutela jurisdicional, cujas premissas também possuem uma fundamentação muitas vezes equivocada.

7 REFERÊNCIAS

ALEXY, ROBERT. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. Salvador, **Revista Diálogo Jurídico**, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º. 7, outubro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 de agosto de 2008.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumem Yuris, 2006.

_____. **Jurisdição Constitucional Democrática**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Hermenêutica Jurídica em debate**: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Levando os direitos à sério**. Tradução Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios jurídicos e a solução de seus conflitos: a contribuição da obra de Alexy. , Belo Horizonte, **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v.1, n.2, p.134-142, jul. 1998.

SILVA, Luis Vírgilio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. Publicado in **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, p.607-630, 2003.

A UNIÃO NA AÇÃO POPULAR: FACULTATIVIDADE DA INTERVENÇÃO E ESCOLHA DO PÓLO DE ATUAÇÃO

Homero Andretta Junior
Advogado da União
na Procuradoria-Regional da União da 3ª Região - SP
Bacharel pela Universidade de São Paulo

SUMÁRIO: 1 Introdução: Objeto da ação popular; 2 Natureza Jurídica e sentença na ação popular; 3 A atuação do Ministério Público e os entes públicos; 4 A intervenção da União: facultatividade e escolha do pólo processual; 5 O silêncio da União após a citação não implica a revelia; 6 Ingresso da União no pólo ativo da ação popular: Algumas Hipóteses; 7 Execução da sentença de procedência da ação popular pelo ente público lesado; 8 Conclusão; 9 Referências.

RESUMO: O artigo analisa as peculiaridades da atuação dos entes públicos no bojo da ação popular, tanto na fase de conhecimento como na fase executiva. São destacadas as características do rito da ação popular, que em alguns aspectos escapa aos cânones do direito processual civil. Demonstra-se a liberdade de atuação processual dos entes públicos na ação popular, assim considerados as pessoas jurídicas da Administração Direta e Indireta das quais emanam os atos administrativos questionados pelos autores populares. Verifica-se, com base na doutrina e na jurisprudência, que os representantes legais dos entes públicos cujos atos são questionados na via da ação popular podem escolher o pólo processual de atuação, em mais de um momento processual e que eles detêm três opções de atuação: contestar o feito, silenciar ou aderir ao autor popular. No caso de silêncio, demonstra-se que não se opera revelia. Estuda-se a possibilidade de atuação simultânea nos pólos ativo e passivo, nas hipóteses que é possível a cisão do objeto da ação. Analisa-se a atuação conjunta e em oposição ao Ministério Público e também a natureza jurídica e efeitos do pedido e da sentença da ação popular. Estudam-se algumas hipóteses de atuação da Advocacia-Geral da União, com base na Lei Complementar nº 73/93. Defende-se que a sentença de procedência da ação popular, transitada em julgado, dá azo ao cumprimento da sentença, por dever de ofício, aos representantes legais das pessoas jurídicas cujos atos administrativos foram questionados na ação popular, sem prejuízo da promoção da execução também pelo Ministério Público e/ou pelo autor popular. Hipótese de legitimidade ativa disjuntiva e concorrente.

PALAVRAS-CHAVE. Ação Popular. Rito. Peculiaridades. Entes Públicos. Alteração do pólo processual.

1 INTRODUÇÃO: OBJETO DA AÇÃO POPULAR

A ação popular é instrumento de democracia direta, garantia constitucional prevista no art. 5º, LXXIII, da Constituição da República, pois permite a qualquer do povo obter a anulação de ato administrativo lesivo ao patrimônio público.

No entanto, no cotidiano forense, verifica-se certa confusão no manejo desta ação, pois não é raro encontrar ações populares nas quais se pretende obter indenizações, apurar responsabilidades ou obrigar a atuação das pessoas políticas (União, Estados e Municípios) em um dos pólos da ação (geralmente como réis), como se fosse possível imprimir à ação popular o rito ordinário do Código de Processo Civil.

Por vezes confunde-se o tratamento jurídico da ação popular com o da ação civil pública, ou mesmo das ações de responsabilidade por improbidade administrativa. Demonstrar-se-á o equívoco dessa postura de alguns operadores do Direito, atentando-se para as peculiaridades da ação popular, notadamente com relação ao seu objeto, ao seu rito, e à atuação dos entes públicos, em especial da União.

Assim, é preciso analisar, preliminarmente, os conceitos básicos adotados pela Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), à luz da Constituição de 1988 e da jurisprudência mais recente a seu respeito.

A ação popular presta-se apenas e tão-somente a anular ato administrativo pretensamente lesivo ao Erário e, eventualmente, condenar os responsáveis, nos termos do art. 11 da Lei nº 4.717/65.

A natureza da sentença de procedência da ação popular é, antes de mais nada, desconstitutiva, pois implica na anulação de ato administrativo, na dicção expressa do art. 1º, da Lei de Ação Popular (LAP, Lei nº 4.717/65), *verbis*:

Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação

ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

A todas as entidades enumeradas nos artigos 1º da LAP, denominaremos entes públicos, abandonando o rigor técnico das denominações apenas para facilitar a explanação do tema e evitar desnecessária repetição de termos.

Em tese, do resultado da ação popular não decorrem efeitos patrimoniais prejudiciais aos entes públicos envolvidos, pois sua finalidade é justamente a de proteção do patrimônio público.

É dizer que, na ação popular, mais relevante do que a procedência ou improcedência, importa a proteção do patrimônio público e a observância da legalidade, bem como a responsabilização de pessoas físicas ou jurídicas que concorreram para a prática do ato, se for verificada ilegalidade ou lesividade.

Se o ato que se pretende anular, ao cabo da ação, demonstra-se mais consentâneo com a preservação do patrimônio público do que sua anulação, então a ação popular deverá ser julgada improcedente. Nada mais natural. A ação popular não existe para ser julgada sempre procedente. Enquanto garantia constitucional, ela pode ser, respeitados os prazos decadenciais e prescricionais, sempre manejada por qualquer cidadão, mas nem sempre será procedente.

2 NATUREZA JURÍDICA E SENTENÇA NA AÇÃO POPULAR

A sentença na ação popular, em caso de procedência, conterá um primeiro comando desconstitutivo, consistente na anulação ou não do ato administrativo nela questionado, e um segundo comando condenatório, na hipótese de condenação dos responsáveis ao pagamento de perdas e danos ou à restituição de bens ou valores, nos termos dos artigos 11 e 14, § 4º, da Lei nº 4.717/65. Vale transcrevê-los:

Art. 11. A sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários

dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa.

[...]

Art. 14. Se o valor da lesão ficar provado no curso da causa, será indicado na sentença; se depender de avaliação ou perícia, será apurado na execução.

§ 1º Quando a lesão resultar da falta ou isenção de qualquer pagamento, a condenação imporá o pagamento devido, com acréscimo de juros de mora e multa legal ou contratual, se houver.

§ 2º Quando a lesão resultar da execução fraudulenta, simulada ou irreal de contratos, a condenação versará sobre a reposição do débito, com juros de mora.

§ 3º Quando o réu condenado perceber dos cofres públicos, a execução far-se-á por desconto em folha até o integral ressarcimento do dano causado, se assim mais convier ao interesse público.

§ 4º A parte condenada a restituir bens ou valores ficará sujeita a seqüestro e penhora, desde a prolação da sentença condenatória.

Como existe essa possibilidade de preceito condenatório na sentença, Maria Sylvia Zanella Di Pietro admite a natureza simultaneamente constitutiva e condenatória da ação popular, aduzindo, entretanto, que “a pessoa jurídica não responde pela condenação, ainda que conteste a ação, uma vez que o valor fixado na sentença se destina precisamente a recompor seu patrimônio”¹.

A ação popular, portanto, destina-se à anulação ou declaração de nulidade de atos administrativos prejudiciais ao Erário, por conseguinte não é meio idôneo, por força expressa de lei, a eventual responsabilização da União e dos entes públicos mencionados no art. 1º da LAP. O rito

1 **Direito Administrativo**, 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 686. A autora propõe ainda um preceito condenatório diferente nos casos de lesão ao patrimônio histórico ou cultural e ao meio ambiente, albergados na Constituição de 1988, porém desprovidos de amparo na redação da Lei nº 4.717/65, asseverando que “a solução deverá ser a mesma prevista para a ação civil pública: o valor da indenização poderá ser destinado ao Fundo para Reconstituição de Bens Lesados, instituído pelo Decreto nº 92.302, de 16-1-86, com base no artigo 13 da Lei nº 7.347, de 24-7-85, que disciplina aquela ação.” (p. 686).

da ação popular não se presta a essas perquirições. Esse é um traço bastante distintivo da ação popular em relação à ação civil pública: enquanto nesta pode haver condenação de entes públicos em obrigações de dar, fazer e não-fazer, naquela o preceito condenatório jamais incide em desfavor dos entes públicos, mas apenas em desfavor dos agentes que lesaram, em virtude do ato anulado, o patrimônio público.

Feitas essas considerações, passa-se a analisar as curiosas possibilidades de atuação da União na ação popular quando o ato questionado provém da Administração Federal Direta e Indireta.

3 ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E OS ENTES PÚBLICOS

O Ministério Público também tem uma atuação sui generis na ação popular. A princípio atua como custos legis, mas detém legitimidade ativa subsidiária na hipótese de desistência ou desídia do autor popular (à semelhança do que ocorre nas ações civis públicas intentadas por associações), pode produzir prova e executar o julgado.

No entanto, seja como for, eventual responsabilização de pessoas físicas deverá ser obtida mediante os meios processuais adequados, mormente através da atuação do Ministério Público, nos termos do art. 6º, § 4º, da própria LAP, *verbis*:

§ 4º O Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores.

Dessa disposição, verifica-se que, uma vez apurado algum ilícito, cabe ao Ministério Público promover a responsabilidade civil ou criminal dos que nela incidirem. O verbo promover está empregado em sentido técnico na lei: deve ser perquerida, então, pelo Ministério Público, a condenação dos responsáveis pelo ato lesivo ao Erário na própria ação popular, ou proposta outra ação, no Juízo Cível ou Criminal. É claro que a responsabilidade criminal dos agentes públicos não pode ser apurada na ação popular, que a tanto não se presta, por diversidade de rito e de competência funcional dos Juízos Cível e Criminal.

Assim, a atuação do Ministério Público é limitada e vinculada, na ação popular. O Ministério Público apenas toma ciência da ação

popular, para fins de promoção de responsabilidades uma vez apurada a ocorrência de ilícitos civis, penais e - acrescente-se - administrativos.

Nada impede, por outro lado, que o Ministério Público ou a pessoa jurídica de direito público lesada mova também ação por improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429/1992, contra os agentes responsáveis pelo ato ilegal ou lesivo ao Erário (ou melhor dizendo, pelo ato de improbidade administrativa).

Consigne-se que a parte final do § 4º do art. 6º supra transcrito é severamente criticada por TEORI ALBINO ZAVASCKI, por cercear a livre atuação do Ministério Público na qualidade de custos legis. Com o advento da Constituição de 1988, o Ministério Público, por força dos artigos 127 e § 1º, e 129, IX, da Constituição, pode defender o ato quando vislumbre sua licitude, e o art. 6º, § 4º, da LAP, deve ser lido, atualmente, apenas como uma proibição do MP atuar como representante judicial da pessoa jurídica da qual emanou o ato administrativo atacado².

A crítica é de todo pertinente, e faz lembrar que a atuação do Ministério Público nem sempre é contrária à atuação dos entes públicos, e em especial da União, notadamente em casos de ações populares temerárias ou, no mínimo, desprovidas de qualquer fundamento jurídico, ou ainda de nítido caráter político-partidário.

4 A INTERVENÇÃO DA UNIÃO: FACULTATIVIDADE E ESCOLHA DO PÓLO PROCESSUAL

Por vezes há ações populares contra atos da Administração Direta, ou da Indireta (autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista) nas quais o Ministério Público ou o Juízo pretendem obrigar a União a participar do feito, e ainda escolhem, de antemão, uma posição processual para o ente público, ora impondo sua atuação como autora, ora como ré.

Ocorre que a própria LAP confere à UNIÃO a faculdade de contestar a ação, ou de assumir quaisquer dos pólos da ação, não sendo lícito ao Magistrado determinar peremptoriamente sua posição processual. Eis o teor do art. 6º, § 3º, da LAP:

² PROCESSO COLETIVO DE TUTELA DE DIREITOS COLETIVOS E TUTELA COLETIVA DE DIREITOS. Revista dos Tribunais, 2006. p. 89-90.

§ 3º A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente. (grifo nosso).

Na ação popular, a União e as demais pessoas jurídicas de direito público são, *ex vi legis*, senhoras da sua própria atuação em juízo, fato esse que causa certo espanto a alguns operadores, que insistem no maniqueísmo de que o Estado é sempre réu em ações populares e ações civis públicas.

A União pode perfeitamente recusar-se a contestar a Ação Popular, pode contestá-la e pode até mesmo assumir o pólo ativo ao lado do autor popular. E assim é por diversos motivos: a União pode não ter qualquer interesse no resultado de demanda, por se tratar de ato da Administração Indireta, por exemplo; o ato praticado pode ser evidentemente ilegal, fato que imporá sua atuação como litisconsorte do autor popular; o ato praticado, embora acoidado de danoso ao patrimônio público, pode se revelar, ao contrário, fecundo ao Erário, conforme prova a ser judicialmente produzida.

Em tese, é possível afirmar somente que a União tem interesse na probidade administrativa e no cumprimento da lei. Se houver dano ao patrimônio público federal, a União terá interesse na procedência da ação. Se não houver dano, na improcedência. Assevera JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO³:

A peculiaridade no rito da ação popular, quanto à legitimação passiva, reside na possibilidade de a pessoa jurídica ré deixar de contestar a ação e atuar ao lado do autor, quando tal posição atender ao interesse público.

[...]

Podemos averbar, por isso, que o objeto da ação é de caráter desconstitutivo, porque visa a desconstituir o ato lesivo a um dos bens sob tutela.

3 Manual de Direito Administrativo. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007. p. 890- 891.

JOSÉ AFONSO DA SILVA⁴ ensina que a pessoa jurídica de direito público é citada como ré, mas que pode, todavia, escusar-se desta posição, “alheando-se do feito ou adotando a de assistente do autor popular”. O professor denomina de tríplice possibilidade de atuação, já que o ente público pode ser parte passiva, se optar por contestar o pedido, pode omitir-se de contestar no prazo legal, e pode assumir o pólo ativo. Neste último caso, a opção deve ser clara e manifesta, “sem o quê a pessoa jurídica não passará de ré ou desinteressado.”

Nas palavras de MANCUSO⁵, “assim, e, segundo parece, de forma singular no processo civil brasileiro, por aí se configura um litisconsórcio passivo necessário, mas ‘secundum eventum litis’, visto que sua efetiva concretização fica na dependência” da opção assumida pela Administração Pública.

Sobre o artigo 6º, § 3º, da LAP, a jurisprudência do C. STJ é bastante clara:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS. MICROSSISTEMA DE DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE DA UNIÃO PARA FIGURAR NOS PÓLOS PASSIVO E ATIVO DA AÇÃO. POSSIBILIDADE. DEVER DE FISCALIZAR A ATUAÇÃO DOS DELEGATÁRIOS DO SUS. DIREITO À RECOMPOSIÇÃO DO PATRIMÔNIO DA UNIÃO DECORRENTE DO REPASSE DE VERBA.

1. As ações de defesa dos interesses transindividuais e que encerram proteção ao patrimônio público, notadamente por força do objeto mediato do pedido, apresentam regras diversas acerca da legitimação para causa, que as distingue da polarização das ações *uti singuli*, onde é possível evitar a ‘confusão jurídica’ identificando-se autor e réu e dando-lhes a alteração das posições na relação processual, por força do artigo 264 do CPC.

2. A ação civil pública e a ação popular compõem um microsistema de defesa do patrimônio público na acepção mais ampla do termo, por

4 **Ação Popular Constitucional**. 2. ed. rev. amp. e aum. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 187.

5 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**. 5. ed. rev. amp. e aum.. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 173.

isso que regulam a legitimatio ad causam de forma especialíssima.

3. Nesse seguimento, ao Poder Público, muito embora legitimado passivo para a ação civil pública, nos termos do § 2º, do art. 5º, da lei 7347/85, fica facultado habilitar-se como litisconsorte de qualquer das partes.

4. O art. 6º da lei da Ação Popular, por seu turno, dispõe que, muito embora a ação possa ser proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, bem como as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo, ressalva no parágrafo 3º do mesmo dispositivo que, verbis: § 3º - A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

5. Essas singularidades no âmbito da legitimação para agir, além de conjurar as soluções ortodoxas, implicam a decomposição dos pedidos formulados, por isso que o poder público pode assumir as posturas acima indicadas em relação a um dos pedidos cumulados e manter-se no pólo passivo em relação aos demais.

6. In casu, a União é demandada para cumprir obrigação de fazer consistente na exação do dever de fiscalizar a atuação dos delegatários do SUS e, ao mesmo tempo, beneficiária do pedido formulado de recomposição de seu patrimônio por força de repasse de verbas.

7. Revelam-se notórios, o interesse e a legitimidade da União, quanto a esse outro pedido de reparação pecuniária, mercê de no mérito aferir-se se realmente a entidade federativa maior deve ser compelida à fazer o que consta do pedido do parquet.

8. Recurso especial desprovido para manter a União em ambos os pólos em relação aos pedidos distintos em face da mesma formulados." (REsp 791042 / PR RECURSO ESPECIAL, relator Ministro LUIZ FUX (1122) T1 - PRIMEIRA TURMA, Data do Julgamento 19/10/2006, publicado no DJ de 09.11.2006, p. 261)

Curiosíssimo o Acórdão acima. Note-se que o STJ rechaçou expressamente as soluções ortodoxas do direito processual civil, e admitiu a atuação da União, ao mesmo tempo, no pólo passivo e no pólo ativo, conforme seu interesse na procedência de um dos pedidos (ressarcimento do Erário) e na improcedência de outro (dever de fiscalizar os delegatários do SUS).

Além de a União poder escolher se contesta ou não a ação popular, e em qual dos pólos da ação popular ela atuará, concede-se à União a possibilidade de atuar em litisconsórcio ativo e passivo simultaneamente, de acordo com seu interesse na procedência ou improcedência dos pedidos formulados na ação popular. A hipótese é rara, para não dizer única, no direito processual brasileiro – não se tem notícia de outro caso em que uma parte possa exercer simultaneamente essa dupla atuação, como autora e como réu⁶. Sem dúvida, a doutrina processual mais ortodoxa, ou mais apegada à pureza dos conceitos processuais, criticará o Acórdão do STJ, mas do ponto de vista das especificidades da ação popular, e considerando-se a primazia do interesse público como princípio do Direito Administrativo, merece aplauso a decisão daquele Tribunal, ao não engessar o ente público, forçando-o a agir contrariamente a parcela do próprio interesse público, se fosse obrigado a atuar apenas como autor ou apenas como réu.

Em outras palavras, fosse a União obrigada a atuar apenas como autora, ou apenas como ré, teria de escolher o interesse público a ser defendido, abandonando a defesa judicial do outro, o que redundaria em afronta aos princípios constitucionais da Administração Pública (art. 37, caput, da Constituição), motivo pelo qual a melhor opção do intérprete é mesmo a de abrandar os rigores da lei processual civil, em homenagem aos preceitos da Carta Constitucional.

MANCUSO⁷ vai ainda mais longe para admitir que a Fazenda Pública possa até mesmo mudar de posição processual no decorrer da lide. Baseia-se no decidido pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça no RESP n° 9.669-SP, de relatoria do Ministro

6 Não nos esqueçamos da Reconvenção e das ações de natureza dúplice. No entanto, a doutrina majoritária entende que a Reconvenção é nova ação, no bojo dos mesmos autos. Já quanto às ações de natureza dúplice, não se alteram as posições processuais, visto que nelas apenas se concede ao réu a possibilidade de formular pedidos contra o autor, fato que não o transforma, por si só, em autor – ele continua sendo réu.

7 MANCUSO, op. cit., p. 175-176.

Garcia Vieira. Tratava-se de ação popular movida contra sociedade de economia mista estadual que, embora tenha contestado o feito, optou por pleitear a procedência da ação, para fins de ressarcimento do Erário. No transcorrer da lide, houve mudança dos dirigentes e do governo estadual, fatos que não impediram o STJ de reconhecer a validade da mudança de pólo processual pela empresa estatal. Por isso MANCUSO⁸ conclui, após citar HUGO NIGRO MAZZILLI⁹:

Mutatis mutandis, considerando-se que a ação popular é – ao menos em princípio – movida em face e não propriamente contra a Fazenda Pública –, tomada em sentido largo, parece-nos que ao representante processual do ente público deva ser reconhecida análoga autonomia funcional, de sorte que, ao final da instrução, possa eventualmente rever, sendo o caso, a posição inicialmente adotada, até porque o alvitre processual originalmente assumido prendia-se ao estado dos autos em sua fase inicial, postulatória, onde as alegações das partes são recepcionadas *in statu assertionis* e sujeitas a ulterior demonstração: *secundum eventum probationis*.

Se a prova convence a representação judicial da Fazenda Pública que preferível a defender o ato atacado é juntar-se ao autor ou, uma vez tendo desde o início ingressado no pólo ativo, perceba (em razão da prova produzida) que não existem as iniquidades do ato apontado pelo autor popular, optando por voltar a defender o ato na fase recursal, a Fazenda pode alterar sua atuação processual.

É claro que essa análise deve ser motivada, sempre sob a ótica do interesse público. A alteração do pólo processual não pode se dar ao simples alvedrio do representante judicial, ou mesmo do Administrador, sob pena de a atuação da Advocacia Pública ficar jungida aos sabores políticos conjecturais.

5 O SILÊNCIO DA UNIÃO APÓS A CITAÇÃO NÃO IMPLICA A REVELIA

Duas observações de JOSÉ AFONSO DA SILVA merecem destaque: o renomado constitucionalista defende que não há revelia

8 MANCUSO, op. cit., p. 176.

9 Que defende a possibilidade de alteração do pólo de atuação do Ministério Público em sede de ação civil pública, conforme o desenrolar da fase probatória.

quando o ente público permanece inerte após a citação na ação popular e que o “*o interesse público é o fundamento legal para se dar à pessoa jurídica essa tríplice posição*”, cuja escolha “*depende do juízo exclusivo do respectivo representante ou dirigente*.”¹⁰

Sobre o juízo exclusivo do representante ou dirigente, desenvolver-se-á, no item seguinte, estudo de como ele pode, ao menos em tese, ocorrer no âmbito da União e de sua Advocacia-Geral.

No atinente à revelia, convém transcrever as observações de LUÍSA ELISABETH T. C. FURTADO¹¹, que bem explica sua impossibilidade, quando a pessoa jurídica deixa de contestar:

Compreende-se que a contra a pessoa jurídica de direito público ou privado não se aplica a revelia, vez que há uma autorização legal (art. 6º, § 6º, da LAP) facultando àquela abster-se de contestar o pedido e, ainda, em razão do art. 320 do CPC, dispondo que não se dará a revelia “se havendo pluralidade de réus algum deles contesta a ação...” e “se o litígio versar sobre direitos indisponíveis”, o que se entende ser o caso. O órgão público é o administrador do interesse público e não o titular, que é o povo¹².

A autora, entretanto, ressalva dessa não-incidência da revelia os demais co-réus da ação popular, que são as autoridades, funcionários, beneficiários e avaliadores, conforme previsão do mesmo art. 6º da LAP, contra os quais o efeito da revelia poderá se operar de forma normal, “*baseado na responsabilidade pessoal existente, não se podendo alegar direitos indisponíveis em relação àqueles*”.

Embora corretas as observações da autora, sua ressalva merece uma outra ressalva: haverá revelia contra os demais co-réus se isso não implicar revelia em detrimento da pessoa jurídica da qual emanou o ato atacado na ação popular. Afinal, a revelia nada mais é do que a presunção de veracidade dos fatos alegados na inicial. Os demais co-réus podem ser considerados revéis apenas e tão-somente quanto a sua responsabilidade pessoal, a eventuais alegações de que agiram em

10 **Ação Popular Constitucional**. 2. ed. rev. amp. e aum. Malheiros, 2007. p. 187.

11 A pessoa jurídica da qual emanou o ato administrativo atacado na ação popular.

12 **Ação Popular – mecanismo de controle dos atos da administração pública pelo cidadão**. LTR, 1997. p. 81.

13 *Ibidem*.

fraude em detrimento do Erário, mas sua revelia não pode implicar em presunção de ilegalidade ou de lesividade do ato atacado que, apesar das intenções dos agentes que o praticaram, nem sempre deverá levar à procedência da ação, ainda que a pessoa jurídica também não conteste.

Em outras palavras, se ninguém contestar a ação, não se pode concluir pela procedência total do feito. Pode haver procedência quanto aos demais co-réus pela aplicação do efeito da revelia, mas o silêncio do ente público não leva à anulação do ato, cuja higidez ainda assim deverá ser analisada pelo Judiciário: no campo fático, na fase instrutória; no terreno jurídico, quando da prolação de sentença, que deverá enfrentar os requisitos de validade do ato administrativo, para então, combinando-se com o que foi provado, determinar-se se houve ou não lesividade ou ilegalidade.

Também afasta a revelia das entidades prolatoras do ato impugnado ELIVAL DA SILVA RAMOS, para quem não se aplica o artigo 322, § 2º, do CPC, quando aquelas optarem pelo silêncio após a citação, havendo presunção *juris et de jure* “*de que se abstiveram de defender o ato impugnado, declinando da condição de partes no processo de conhecimento*”. Em sua opinião, a contestação é uma opção dos seus representantes judiciais, mas a citação é ato inafastável, porque previsto nos artigos 6º, *caput* e 7º, I, alínea “a”, da LAP¹⁴.

6 INGRESSO DA UNIÃO NO PÓLO ATIVO DA AÇÃO POPULAR: ALGUMAS HIPÓTESES

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, ao comentar o art. 6º, § 3º, da LAP, concorda que existem essas três possibilidades com relação à pessoa jurídica de direito público, quais sejam, contestar, abster-se de contestar, e de atuar ao lado do autor, destacando que, nessa última hipótese, no caso de utilidade ao interesse público, “*a juízo do respectivo representante legal ou dirigente*.” A professora revela certo ceticismo com esse procedimento, asseverando ainda que dificilmente o representante da pessoa jurídica, geralmente servidor de confiança do Chefe do Executivo, admitiria a atuação no pólo ativo da ação, adicionando que essa atuação da pessoa jurídica de direito público só seria mais provável quando o ato impugnado fosse de governo anterior¹⁵.

14 **Ação Popular como instrumento de participação política.** dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1985.

15 **Direito Administrativo**, 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 684.

A crítica é pertinente, mas discordamos que a assunção do pólo ativo seja tão rara assim, mormente quando se trata da Administração Federal, Estadual ou de grandes municípios. Nesses casos, em que a Administração Pública é maior e de funcionamento mais complexo e especializado, a Advocacia Pública detém certa autonomia (tímida, é verdade), outorgada pela lei, para realizar o controle de legalidade dos atos da administração; nada impede que, ao terem as procuradorias notícia de um ato lesivo ao Erário por meio de ação popular, provoquem os órgãos consultivos, os órgãos de direção ou mesmo suas respectivas chefias para análise da possibilidade de atuação no pólo ativo.

No caso da União, a Lei Complementar nº 73/93 permite às Consultorias Jurídicas dos Ministérios exercer auxílio no controle de legalidade dos atos administrativos praticados pelos órgãos da Administração Direta e pelos órgãos sob supervisão daqueles, nos termos do art. 11:

Art. 11 - Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente:

[...]

III - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União;

[...]

V - assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica;

Nada impede que uma Consultoria Jurídica ministerial proponha à autoridade a anulação de determinado ato administrativo questionado em sede de ação popular, situação na qual caberá à União, inequivocamente, atuar no pólo ativo da ação, uma vez determinada a anulação do ato. Nesse caso, entretanto, a própria ação perderia objeto

quanto ao pedido de anulação do ato administrativo, mas não quanto a eventual ressarcimento do Erário, mormente quando é uma autoridade hierarquicamente superior que anula o ato praticado por uma autoridade subordinada.

A Advocacia-Geral da União também deverá postular o ingresso no pólo ativo quando o ato administrativo praticado por autoridade federal, questionado em ação popular, contrariar parecer vinculante da própria Advocacia-Geral, na forma dos artigos 40 a 42 da Lei Complementar nº 73/93, *verbis*:

Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.

§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

§ 2º O parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência.

Art. 41. Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, para os efeitos do artigo anterior, aqueles que, emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República.

Art. 42. Os pareceres das Consultorias Jurídicas, aprovados pelo Ministro de Estado, pelo Secretário-Geral e pelos titulares das demais Secretarias da Presidência da República ou pelo Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, obrigam, também, os respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas.

Novamente, diante da complexidade e gigantismo da Administração Federal, pode ser que algum servidor federal desavisado, ou mesmo de má-fé, pratique ato contrário a parecer da Advocacia-Geral da União dotado de força vinculante nos termos dos artigos transcritos, fato que ensejaria a assunção, pelas Procuradorias da União, do pólo ativo de eventual ação popular que questione esse ato, formando-se o litisconsórcio ativo (na hipótese, necessário) entre autor popular e União. Nesta hipótese, não há escolha para o Advogado da União: ele

deve postular o ingresso da União no pólo ativo da ação popular.

Esse litisconsórcio também pode decorrer de determinação da Procuradoria-Geral da União (PGU), de ofício ou quando provocada pelas Procuradorias da União, Procuradorias Seccionais e Procuradorias Regionais. Não é preciso recorrer, na hipótese, à autoridade administrativa: se o dano ao Erário é evidente, se a ilegalidade é patente, é lícito à PGU determinar a formação do litisconsórcio ativo, ainda que dessa postura discorde o Administrador.

Do ponto de vista político, inegável que se trata de situação sensível, mas *juridicamente*, uma vez verificada a ilegalidade ou lesividade do ato, a Advocacia Pública deve ingressar no pólo ativo, se pretende ser Advocacia de Estado e não de governo.

Por outro lado, se o ato é atacado por questões ligadas ao mérito administrativo, a opinião do Administrador será mais relevante que a análise técnico-jurídica da representação judicial da Fazenda Pública. Se o autor popular questiona um ato administrativo, acoimando-o de danoso ao Erário porque o Administrador poderia, por razões de conveniência e oportunidade, realizá-lo de outra forma, as questões ligadas aos requisitos de validade do ato administrativo ficam em segundo plano diante das questões ligadas à discricionariedade administrativa.

Para que fique mais claro, suponha-se que a Administração decida fazer uma ponte sobre um rio que, além de ter a função de permitir a passagem de veículos e pedestres, seja um marco arquitetônico para fins de aformoseamento de uma cidade, com objetivos de incrementar o turismo. Em tese, pode-se mover uma ação popular questionando os gastos maiores que advirão do aformoseamento, ao invés de se realizar uma obra estritamente funcional.

Num exemplo desses, a princípio, a ação popular questiona o mérito do ato administrativo. Sem dúvida que há maiores gastos ao Erário, mas se trata de opção política do Administrador. Se o Administrador decide realizar uma obra pomposa em detrimento da aplicação de recursos em saúde ou educação, os benefícios e malefícios dessa opção deverão ser julgados pela população nas eleições. Não cabe à Advocacia Pública, numa hipótese como essa, aliar-se ao autor popular - nesse caso, deve-se respeitar a discricionariedade do Administrador, que é respeito, em última análise pelo mandato político.

7 EXECUÇÃO DA SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DA AÇÃO POPULAR PELO ENTE PÚBLICO LESADO

Por fim, passa-se a uma breve análise do cumprimento da sentença em sede de ação popular.

No caso de procedência da ação popular, além de eventual desconstituição do ato administrativo, haverá condenação dos responsáveis por eventuais prejuízos ao Erário. Daí a disposição do art. 17 da LAP:

Art. 17. É sempre permitida às pessoas ou entidades referidas no art. 1º, ainda que hajam contestado a ação, promover, em qualquer tempo, e no que as beneficiar a execução da sentença contra os demais réus.

O art. 16 determina ao Ministério Público a promoção da execução no caso de inércia do autor no prazo de 60 dias após a publicação da sentença.

A questão que se coloca, para a União e para os entes públicos em geral, é se a execução (ou em termos mais atuais, o cumprimento da sentença) é mais do que uma faculdade, mas sim um dever.

Responde afirmativamente ELIVAL DA SILVA RAMOS: “na execução de sentença, desaparece essa liberdade de escolha [de atuação que existe na fase de conhecimento], figurando a entidade beneficiada pelo veredicto condenatório, necessariamente, como litisconsorte do cidadão-autor”¹⁶.

JOSÉ AFONSO DA SILVA chama de curiosa e inusitada a situação prevista no art. 17 da LAP, tecendo as seguintes considerações¹⁷:

Ora, essas pessoas (União, Estados, Municípios etc.) ou entidades (autarquias, instituições, fundações etc.) foram também vencidas. É verdade que não podem elas ser condenadas, porque não teria

16 **Ação Popular como instrumento de participação política**, dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1985.

17 **Ação Popular Constitucional**. 2. ed. rev. amp. e aum. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 265

sentido serem condenadas a pagar a si próprias. O que causa espécie é exatamente essa outorga de legitimação para a ação executória de partes vencidas na ação de conhecimento.

Não havia necessidade alguma de subverter os princípios desse modo, pois o representante do Ministério Público poderia incumbir-se dessa tarefa, como a lei determina.

Pese a respeitabilidade das lições do professor JOSÉ AFONSO, ficamos, no entanto, com a opinião de ELIVAL DA SILVA RAMOS¹⁸, concordando que o artigo 17 deve mesmo ser lido como um dever das pessoas jurídicas lesadas de promover o cumprimento da sentença, e não uma mera faculdade de atuação, a exemplo do que ocorre na fase de conhecimento da ação popular. Se ali ocorre uma subversão dos ditames do processo civil tradicional, na fase executiva retorna-se aos seus cânones, pois se os entes públicos detêm um título executivo judicial em seu favor, eles são os primeiros interessados no cumprimento da sentença.

Além disso, uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro revela que a intenção do legislador, em matéria de ressarcimento do Erário, é de sempre aumentar o rol de legitimados para a promoção das ações e medidas judiciais cabíveis, conferindo sempre legitimidade ativa concorrente entre as Fazendas Públicas, o Ministério Público e associações (em sede de ação civil pública) para reparação de danos ao patrimônio público. Parece que há, aqui, em sede de ação popular, exemplo de legitimação ativa *concorrente e disjuntiva* a que se refere HUGO NIGRO MAZZILLI¹⁹ no atinente às ações civis públicas. Aliás, essa a interpretação da lei mais consentânea com a Constituição de 1988.

18 Ibidem.

19 **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 17. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 289. Afirma o autor: “É concorrente e disjuntiva a legitimação ativa para a propositura de ações civis públicas ou coletivas em defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, pois cada um dos co-legitimados pode ajuizar essas ações, quer litisconsorciando-se com outros, quer fazendo-o isoladamente. É concorrente, porque todos os co-legitimados do art. 5º da LACP ou do art. 82 do CDC podem agir em defesa de interesses transindividuais; é disjuntiva porque não precisam comparecer em litisconsórcio.”

8 CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, com respaldo nos doutrinadores citados e na jurisprudência do STJ, que os entes públicos, na fase de conhecimento da ação popular, devem ser citados, mas podem adotar três posturas diversas:

- 1) contestar;
- 2) não contestar, caso em que seu silêncio não *implica a revelia*;
- 3) atuar no pólo ativo. A escolha dessas posturas cabe ao representante judicial do ente público, podendo ou não consultar o Administrador, conforme haja ou não evidente ilegalidade ou lesividade no ou em decorrência do ato administrativo atacado na ação popular.

O representante judicial do ente do qual emanou o ato atacado pode ainda *optar por atuar simultaneamente como réu e litisconsorte ativo*, havendo possibilidade de cisão do objeto da ação popular, para fins de melhor defesa do ou dos interesses públicos envolvidos (REsp 791.042/PR).

A mudança do pólo de atuação do ente público também pode ser exercida após a fase probatória, se seu representante judicial convencer-se de que essa alteração melhor atenderá ao interesse público, à legalidade e à eventual reparação do dano (MANCUSO²⁰ e RESP nº 9.669/SP).

Deve-se, todavia, respeitar a discricionariedade administrativa se não houve ilegalidade ou lesividade manifesta ao Erário.

Em caso de procedência da ação, o representante legal do ente do qual emanou o ato atacado deve – com o perdão da redundância, por dever de ofício – diligenciar no sentido do cumprimento da sentença, concorrentemente ao Ministério Público e ao autor popular.

²⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*, 5. ed., vol. 1, rev. amp. e aum. Revista dos Tribunais, 2003.

9 REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

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

FURTADO, Luísa Elisabeth Timbó Corrêa. **Ação popular: mecanismo de controle dos atos da administração pública pelo cidadão**. São Paulo: LTr, 1997

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**. 5. ed. vol. 1, revista, ampliada e aumentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 17. ed. rev. amp. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004.

RAMOS, Elival da Silva. **Ação Popular como instrumento de participação política**. dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da USP, São Paulo: 1985 (Localização na Biblioteca da FDUSP: DES/DFD, 342.722 (043) R141a).

SILVA, José Afonso da. **Ação Popular Constitucional**. 2. ed. revista, amp. e aum. Malheiros, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo de Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

O INTERESSE DE AGIR NA POSTULAÇÃO JUDICIAL DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

Jone Fagner Rafael Maciel
Procurador Federal em exercício na
Procuradoria Federal Especializada do INSS em Diamantina/MG.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Princípio Constitucional da inafastabilidade do judiciário. Âmbito de proteção da citada garantia constitucional e sua conformação pelo legislador ordinário; 2.1 Resistência como elemento caracterizador da lide, requerimento administrativo e exaurimento da esfera administrativa; 3 Análise crítica de outras circunstâncias que poderiam resultar na desnecessidade de ser demonstrada resistência anterior por parte da Administração para o ingresso em Juízo; 3.1 Ato praticado no exercício de competência discricionária e a atuação jurisdicional; 3.2 A singularidade dos casos concretos, a formatação de decisões com cunho de generalidade e a atuação jurisdicional; 4 Conclusão; 5 Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade aclarar alguns conceitos respeitantes ao argumento suscitado pelo INSS em determinadas demandas quando não demonstrado, pelo autor processual, um comportamento comissivo ou omissivo anterior por parte da autarquia que, dessa forma, fizesse surgir o interesse (aqui visto sob o ângulo da necessidade) daquele em obter um provimento jurisdicional de mérito. Para tanto, verificaremos se a tese levantada pelo INSS vulnera os princípios da inafastabilidade da Jurisdição e da legalidade previstos no texto constitucional, bem como trataremos ao debate outras circunstâncias que poderiam conferir melhor consistência à discussão desse caso específico.

PALAVRAS-CHAVE: Processual civil. Interesse de agir. Pretensão resistida como condição para a apreciação do mérito da demanda.

1 INTRODUÇÃO

Ao observar as lides enfrentadas pelo INSS, constata-se haver certa confusão conceitual respeitante à tese suscitada pela autarquia referente à necessidade do pretense beneficiário da Previdência Social demonstrar o efetivo interesse processual em socorrer-se ao judiciário para ver atendida a sua pretensão de direito material, demonstração essa que, via de regra, faz-se mediante a formulação prévia do seu pleito em sede administrativa.

Com efeito, advogados têm argumentado e juízos deferido os pedidos de rejeição da preliminar de mérito suscitada em sede de contestação e apelação – falta de interesse de agir do postulante quando não demonstrada resistência anterior, por ação ou omissão, à sua pretensão –, sob a assertiva de que tal exigência equivaleria à necessidade de prévio exaurimento da esfera administrativa (o que acarretaria infringência ao princípio da legalidade, haja vista não existir lei que assim determine) e vulneração ao princípio da inafastabilidade da apreciação jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF/88), já que o prévio requerimento não pode ser alçado à circunstância impediante ao ingresso do cidadão em juízo.

Todavia, afiguram-se inconsistentes as teses suscitadas – ou pelo menos a forma como o são – para afastar a preliminar argüida, eis que as respostas dadas não se adéquam à questão formulada pela autarquia, conforme pretenderemos demonstrar.

2 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INAFASTABILIDADE DO JUDICIÁRIO. ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA CITADA GARANTIA CONSTITUCIONAL E SUA CONFORMAÇÃO PELO LEGISLADOR ORDINÁRIO

Como dito, afirma-se a existência de certa confusão conceitual por parte de grande parte dos operadores jurídicos quanto à assertiva levantada pelo INSS respeitante à falta de interesse de agir de determinado autor de uma ação judicial quando não demonstrada resistência anterior à sua pretensão, pois, em uma análise um pouco mais detida, observa-se que o acatamento à tese sustentada não colide, sob nenhum aspecto, com os princípios constitucionais da legalidade e da inafastabilidade, nem muito menos se está a falar da necessidade

de esgotamento prévio das vias administrativas para o acesso ao judiciário.

Todavia, antes de firmarmos posição quanto ao acerto ou desacerto da tese argüida pelo INSS concernente à possível negação ao princípio inserto no art. 5º, XXXV, CF/88, compete-nos delimitar o âmbito de proteção da citada garantia (o que é efetivamente protegido e contra que tipo de agressão ou restrição se outorga esta proteção), de modo a verificar se a exigência *legal* de prévia demonstração de lesão ou ameaça de lesão à determinada posição subjetiva (conforme consta do art. 3º do CPC) para que o judiciário venha a analisar o mérito de determinada demanda finda por afrontar o sobredito direito fundamental.

Gilmar Ferreira Mendes¹, ao dissertar sobre o âmbito de proteção dos direitos fundamentais e as suas possíveis limitações, aduz que:

Em relação ao âmbito de proteção de determinado direito individual, faz-se mister que se identifique não só o objeto de proteção (O que é efetivamente protegido?: Was ist (eventuell) geschützt?), mas também contra que tipo de agressão ou restrição se outorga essa proteção (Wogegen ist (eventuell) geschützt?). Não integra o âmbito de proteção qualquer assertiva relacionada com a possibilidade de limitação ou restrição a determinado direito.

Na dimensão dos direitos de defesa, âmbito de proteção dos direitos e restrições a esses direitos são conceitos correlatos. Quanto mais amplo for o âmbito de proteção de um direito fundamental, tanto mais se afigura possível qualificar qualquer ato do Estado como restrição. Ao revés, quanto mais restrito for o âmbito de proteção, menor possibilidade existe para a configuração de um conflito entre o Estado e o indivíduo.

De fato, a análise do mencionado dispositivo constitucional (CF, art. 5º, XXXV) parece evidenciar ter o legislador constituinte em mente mais a densificação ou concretização do acesso à jurisdição, com a proscrição de eventuais vedações, veiculadas por meio de leis, que pudessem nulificar esse importante instrumento de exercício da cidadania (acesso à ordem jurídica justa), do que eventual imposição de restrições ao seu alcance normativo.

1 MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Contudo, tal entendimento não permite afirmar estar vedado ao legislador a criação de procedimentos necessários ao exercício do direito em análise, até porque a concretização de muitos dos direitos fundamentais insertos no texto constitucional (o que inclui o do acesso ao Judiciário) necessitam da *interpositio legislatoris* para ganharem densificação suficiente de modo a tornarem-se efetivos²⁻³, pois sem a intervenção constitutiva da lei tais direitos não têm força prática.

Colhemos mais uma vez do magistério doutrinário de Gilmar Mendes⁴ a seguinte passagem:

Não raras vezes, destinam-se as normas legais a completar, densificar e concretizar direito fundamental. É o que se verifica, v. g., em regra, na disciplina ordinária do direito de propriedade material e intelectual, do direito de sucessões (CF, art. 5º, XXII – XXXI), no âmbito da proteção ao consumidor (CF, art. 5º, XXXII), e do direito à proteção judiciária (CF, art. 5º, XXXV, LXVII – LXXII).

Sem pressupor a existência das normas de direito privado relativas ao direito de propriedade, ao direito intelectual e ao direito de sucessões, não haveria que se cogitar de uma efetiva garantia constitucional desses direitos. *Da mesma forma, a falta de regras processuais adequadas poderia transformar o direito de proteção judiciária em simples reforço retórico. Nessa hipótese, o texto constitucional é explícito ao estabelecer que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV)’. Fica evidente, pois, que a intervenção legislativa não apenas se afigura inevitável, como também necessária. Veda-se, porém, aquela intervenção legislativa que possa afetar a proteção judicial efetiva.*

Dessarte, a simples supressão de normas integrantes da legislação ordinária sobre esses institutos pode lesar não apenas a garantia institucional objetiva, mas também direito subjetivo constitucionalmente tutelado.

2 - CANOTILHO. José Joaquim Gomes. Estudos Sobre Direitos Fundamentais. Coimbra, 2004.

3 - “Em regra, o mandato para proteção de direitos fundamentais é satisfeito pela ordem jurídica – e, em especial, através da salvaguarda de posições jurídicos fundamentais relevantes dos cidadãos contra ingerências por parte de terceiros – logo, por meio da ordem jurídica infra-constitucional – se for o caso disso, equilibrando as posições de ambas as partes” (LECHER, citado por CLAUS-WILHELM CANARIS, in Direitos Fundamentais e Direito Privado. Coimbra: Almedina, 2006)

4 - MENDES, op. cit.

A conformação dos direitos individuais assume relevância sobretudo no tocante aos chamados direitos de âmbito de proteção estrita ou marcadamente normativo (rechtsnormgeprägter Schutzbereich), uma vez que é a norma ordinária que acaba por conferir conteúdo e efetividade à garantia constitucional. (grifo nosso)

Assim, tem-se um direito fundamental que garante o acesso à jurisdição – e conseqüente direito a uma resposta do Estado, dada a assunção por parte deste do monopólio da jurisdição – sempre que se vislumbrar lesão ou ameaça de lesão a posições jurídicas subjetivas de quaisquer pessoas. Contudo, essa resposta do Estado variará de acordo com as prescrições normativas decorrentes das regras processuais que fixam determinados condicionamentos a serem observados pelas partes que ingressam em juízo.

Para o que interessa a presente discussão, o art. 3º do CPC, regramento de constitucionalidade até então não questionada, é peremptório ao afirmar que para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade, exigências essas que, ao lado da possibilidade jurídica do pedido, consubstanciam as chamadas condições da ação⁵, cuja não demonstração pela parte não resultará na negativa de resposta do Estado, mas, entretanto, *tal resposta será de inviabilidade da análise do mérito da pretensão deduzida*, circunstância essa que não deságua, sobremaneira, em negativa de prestação jurisdicional.

Em apóio o entendimento aqui propugnado, Ada Pellegrini, Antônio Cintra e Cândido Dinamarco⁶, ao discorrem sobre as condições da ação ensinam que:

Embora abstrato e ainda que até certo ponto genérico, o direito de ação pode ser submetido a condições por parte do legislador ordinário. São as denominadas condições da ação (possibilidade jurídica, interesse de agir e legitimidade ad causam), ou seja, as condições para que legitimamente se possa exigir, na espécie, o provimento jurisdicional. *Mas ainda que a resposta do juiz se exaura na*

5 O próprio Liebman ao depois terminou por afirmar que a possibilidade jurídica compõe o interesse de agir. “Mas a maior prova do aqodamento na adoção desta teoria deriva de inesperada deserção. Enrico Tullio Liebman, em que se buscou a inspiração, a quem se procurou homenagear, eliminou a possibilidade jurídica dessa categoria” (ASSIS, Araken. Cumulação de ações. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002).

6 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

pronúncia de carência de ação (porque não se configuraram as condições da ação), terá havido exercício da função jurisdicional. (grifo nosso)

O mesmo entendimento é professado por José Roberto dos Santos Bedaque⁷, que afirma, in verbis:

A legitimidade, como as demais condições da ação, não representa óbice ao exercício do poder constitucional, conferido a todos, de utilização dos mecanismos estatais de soluções de controvérsias. Constitui, na verdade, técnica processual destinada a possibilitar o exame sumário da relação material logo no início do processo, que será extinto caso não se mostre útil o seu desenvolvimento. São casos em que a tutela jurisdicional se mostra inviável desde logo, podendo o juiz, em atenção ao princípio da economia processual, colocar fim ao processo sem exame mais profundo da relação material, pois essa atividade se mostra desnecessária. Se essa extinção implica ou não julgamento do mérito, cabe ao legislador processual adotar a solução que entender tecnicamente mais correta, em função da profundidade da cognição realizada pelo juiz. *De qualquer modo, ainda que ausente qualquer das condições, a garantia constitucional de acesso ao modelo processual-constitucional não sofre restrição. (grifo nosso)*

Assevera, ainda, o mesmo autor que:

O direito processual é formado por um conjunto de regras destinadas a estabelecer meios de aplicação coercitiva das soluções previstas no plano substancial e não adotadas naturalmente pelos envolvidos no conflito de interesses;

[...]

Efetividade da tutela jurisdicional significa a maior identidade possível entre o resultado do processo e o cumprimento espontâneo das regras de direito material. *Ou seja, a parte somente necessita pedir a intervenção estatal se não houver satisfação voluntária do direito. Espera-se, pois, que essa atuação possa proporcionar ao titular do interesse juridicamente protegido resultado idêntico, ou, pelo menos semelhante,*

7 BEDAQUE, José Roberto dos S. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada**: tutelas sumárias e de urgência – tentativa de sistematização. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

*àquele previsto no ordenamento substancial e não obtido pela vontade do obrigado.*⁸ (grifo nosso)

Desse modo, para que tenha a parte uma resposta concernente ao mérito de sua pretensão deverá demonstrar ser detentora de legitimidade (ordinária ou extraordinária), ser seu pedido juridicamente possível, ou seja, não vedado pelo ordenamento jurídico, bem como ter interesse na prestação jurisdicional, regras processuais essas constitucionalmente fixadas pelo legislador ordinário de modo a dar concreção ao direito de ação, pois o cerne da irresignação versada em juízo será apreciado somente se estas se afigurarem presentes, circunstância que não permite afirmar está sendo vulnerado o comando constitucional da inafastabilidade da apreciação jurisdicional.

O citado interesse de agir se consubstancia no trinômio utilidade/necessidade/adequação. Utilidade no sentido de que há de se vislumbrar algum resultado útil no acionamento do aparato judiciário; adequação respeitante a “*relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado*”, eis que o “*provimento, evidentemente, deve ser apto a corrigir o mal de que o autor se queixa, sob pena de não ter razão de ser*”; e necessidade, a qual repousa na “*impossibilidade de obter satisfação do direito sem a intercessão do Estado – ou porque a parte contrária se nega a satisfazê-lo, sendo vedado ao ator o uso da autotutela, ou porque a própria lei exige que determinados direitos só possam ser exercidos mediante prévia declaração judicial*”⁹.

Fixadas essas premissas, voltemos ao art. 5º, XXXV, da CF, pois dele resulta o sentido de que a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário *lesão* ou *ameaça de lesão a direito*, dispositivo cujo mandamento se dirige precipuamente ao legislador, que, no exercício do seu poder de conformação, não poderá veicular proibições ou empecilhos de tal ordem que terminem por inviabilizar o efetivo exercício deste direito fundamental – direito de acesso à ordem jurídica justa, mediante a prestação de uma tutela jurisdicional rápida e eficaz. Mas, como visto, observa-se que a necessidade da apreciação jurisdicional pressupõe *um direito já lesado* (cuja providência requerida será a concessão de uma

8 BEDAQUE, op. cit.

9 CINTRA, op. cit.

tutela ressarcitória; de remoção do ilícito;..., ou seja, aquela que melhor confira à parte que tem razão o exercício efetivo do direito que lhe assiste) *ou em vias de sê-lo* (v. g. tutela inibitória).

Ou seja, o âmbito de proteção da garantia de inafastabilidade de apreciação pelo Poder Jurisdicional abarca aquelas situações de *lesão* ou *ameaça séria de lesão* a direitos, sem as quais restará desnecessária a intervenção jurisdicional por inexistência de situação de conflituosidade a debelar. Assim, para se aventar uma possível inconstitucionalidade nessa regulação feita pelo legislador ordinário quanto à necessidade de demonstração de interesse processual (lesão ou ameaça de lesão) para que o mérito da pretensão deduzida seja apreciada, teria que se demonstrar a inexistência de motivos plausíveis para se fazer tal restrição, se é que se pode considerar tal regulação como sendo uma restrição, eis que o legislador apenas está a dar a conformação à forma como se exercitará essa garantia.

Em apóio à tese aqui sustentada, basta ver as conceituações doutrinárias quanto ao acesso ao judiciário as quais sempre mencionam uma situação de *litigiosidade* a ser solucionada pelo órgão estatal incumbido de prestar jurisdição. Vejamos:

Seja nos casos de controle jurisdicional indispensável, *seja quando uma pretensão deixou de ser satisfeita por quem podia satisfazê-la*, a pretensão trazida pela parte ao processo clama por uma solução que faça justiça a ambos os participantes do conflito e do processo.

[...]

O direito de ação, tradicionalmente reconhecido no Brasil como direito à justiça para defesa de *direitos* individuais *violados*, foi ampliado, pela Constituição de 1988, à via preventiva, para englobar ameaça, tendo o novo texto suprimido a referência a direitos individuais.¹⁰ (grifo nosso)

A necessária eliminação dos conflitos. Como é necessária a existência de regras jurídicas para a harmônica convivência social, e como pode existir dúvida em torno de sua interpretação, ou mesmo da intenção de desrespeitá-las, podem eclodir no seio da sociedade *conflitos de interesses*.

10 - CINTRA, op. cit.

Como a insatisfação de um interesse – *principalmente quando essa insatisfação decorre da resistência de alguém* – pode gerar tensão aos contendores e até mesmo tensão social, é importante que os *conflitos* sejam eliminados e seja encontrada a paz social, escopo do Estado¹¹.
(grifo nosso)

As várias espécies de tutela de conhecimento (declaratória, condenatória e constitutiva) destinam-se a resolver tipos diversos de *crises no plano material*.

[...]

A *necessidade* de recorrer à atividade jurisdicional do Estado, para obtenção de tutela, significa existência de *fenômeno patológico no plano das relações substanciais*. A busca da proteção jurisdicional revela que algo não vai bem em determinada relação jurídica material.¹²
(grifo nosso)

De modo ainda a exemplificar essa liberdade de conformação conferida ao legislador para dar concretude aos direitos descritos pela Constituição, convém trazer à colação a disposição contida no art. 5º, I, da Lei nº. 1.533/51, que normatiza o modo de exercício do mandado de segurança (garantia fundamental descrita no art. 5º, LXIX, da CF/88), dispositivo que aduz ser incabível a impetração do *writ* quando se tratar de *ato que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução*. Ou seja, embora deva ser interpretado tal dispositivo *cum granus salis* (de modo a conferir-lhe uma interpretação constitucional), se a estrutura administrativa conferir ao administrado a possibilidade efetiva de reverter a decisão do ato supostamente malferidor de direito seu, mediante a interposição de recurso dotado de efeito suspensivo, *e se este fizer uso de tal mecanismo*, restará inviabilizada, ao menos de início, a impetração do mandado de segurança. Nesse sentido são as lições de Cassio Scarpinella Bueno¹³:

A interpretação do inciso I do artigo em comento que mais se afina com a Constituição é a do não-cabimento ‘temporário’ do

11 MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 6. ed. São Paulo: RT, 2007.

12 BEDAQUE, op. cit.

13 BUENO, Cássio Scarpinella. Mandado de Segurança – Comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

mandado de segurança quando o impetrante ainda não tem, em sede administrativa, os contornos definitivos do ato que reputa ilegal ou abusivo. Desde que possa recorrer administrativamente impugnando eficazmente o ato ou o fato que entende ilegal ou abusivo, não há interesse jurídico na impetração do mandado de segurança.

De acordo com a melhor doutrina processual, o interesse de agir compõe-se de um trinômio: a utilidade, a necessidade e a adequação. Relevante para a adequada compreensão do inciso I do art. 5º da Lei n. 1.533/51, é o requisito da necessidade, isto é, ser o ingresso no Judiciário o único mecanismo apto a afastar a lesão ou a ameaça à afirmação do direito do impetrante, e, nessas condições, única forma de persecução eficaz do bem da vida que ele vê lesionado ou ameaçado.

Desde que o impetrante possa recorrer administrativamente sem qualquer espécie de ônus ou gravame e desde que o seu recurso administrativo seja recebido com efeito suspensivo, a necessidade da impetração fica sistematicamente afastada, porque não existe, mercê daquele efeito recursal, qualquer eficácia no ato impugnado e, conseqüentemente, qualquer possibilidade de lesão ou ameaça a direito. Nessas condições, não há interesse jurídico na impetração.¹⁴

No caso, observe-se que a administração já emitiu um ato – portanto, externalizou um comportamento – que entende o administrado ser contrário aos seus interesses, mas caso os efeitos do ato considerado malferidor de determinado direito possam ser suspensos mediante a apresentação de um recurso administrativo dotado de efeito suspensivo e ao exercer aquela essa faculdade, o ingresso em juízo mediante o uso da garantia constitucional do mandado de segurança restará inviabilizada inicialmente, haja vista a inexistência de interesse processual. Assim, e com mais força ainda, é flagrante a inexistência de interesse processual quando a administração sequer produziu algum tipo de comportamento prévio (inação não ilícita).

Assim, parece-nos um pouco mais do que evidente a insustentabilidade da simplória alegação de que a extinção de processos

14 Veja-se para tanto: **STF** - MS 24511/DF. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 30/10/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno; **STJ** - REsp N° 198.560 – RJ, Relator Min. Milton Luiz Pereira. DJ 01.07.2002; **STJ** - MS 3824/DF. Relator: Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO. PRIMEIRA SEÇÃO.

nos casos em que resta indemonstrada a necessidade de prestação jurisdicional, em virtude da inexistência de lesão ou ameaça de lesão ao direito que a parte diz assistir-lhe, resulte em afronta direta ao princípio constitucional da inafastabilidade de apreciação pelo Judiciário, pois o âmbito de proteção da norma parece não abarcar as situações em que a parte não se desincumbiu do ônus de demonstrar, segundo exigido pelas normas processuais ordinárias, a necessidade da prestação jurisdicional por ela invocada.

Ora, muitos são os casos de extinção de processos, seja em seu nascedouro ou durante o seu trâmite, em decorrência da constatação do não preenchimento pelo autor das condições necessárias à apreciação do mérito da insurgência veiculada, e até hoje não se deduziu o desacerto de tais decisões. Para tanto, basta ver que tanto nossa Corte Suprema, guardiã da Constituição, como o STJ, têm julgados nesse sentido:

1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Execução fiscal. Débito exequendo. Valor insignificante. *Interesse de agir. Ausência. Extinção do processo. Ofensa ao artigo 5º, caput e inciso XXXV, da Constituição. Inexistência. Agravo regimental não provido. Precedentes. Não ofende o princípio da igualdade nem o postulado do livre acesso ao Poder Judiciário, decisão que, em execução fiscal, extingue o processo por falta de interesse de agir*, quando se trate de débito de valor insignificante. 2. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Execução fiscal. Débito exequendo. Valor insignificante. Interesse de agir. Ausência. Extinção do processo. Ofensa aos artigos 2º, 5º, inciso II, e 150, § 6º, da Constituição. Ofensa indireta. Agravo regimental não provido. Precedentes. Não cabe recurso extraordinário, em que se alegue ofensa aos artigos 2º, 5º, II, e 150, § 6º, da Constituição, de decisão que, em execução fiscal, extingue o processo por falta de interesse de agir, por configurar ofensa meramente reflexa à Constituição. 3. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Argumentação velha. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado.¹⁵; (grifo nosso)

15 AI-AgR 464957/DF. AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator(a): Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 28/09/2004. Órgão Julgador: Primeira Turma.

MANDADO DE SEGURANÇA REQUERIDO CONTRA A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. PEDIDO QUE, NA VERDADE, ATACA A EC N. 26/85 QUE CONVOCOU A ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE E DISPOS SOBRE O RITO PARA APROVAÇÃO DA NOVA CARTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA AUTORIDADE APONTADA COATORA. *FALTA DE INTERESSE DE AGIR DO IMPETRANTE QUE NÃO APONTA QUALQUER OFENSA A DIREITO SUBJETIVO RESULTANTE DA CONSTITUIÇÃO EM CUJA FEITURA ENXERGA ILEGALIDADE. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. ART. 267, VI, CPC.*¹⁶. (grifo nosso)

PROCESSUAL CIVIL. CARENZIA DE AÇÃO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. FALTA DE PEDIDO ADMINISTRATIVO. DISSÍDIO COM A SUM. 89/STJ NÃO OCORRENTE.

1 - SE A INTERESSADA, SEM NENHUM PEDIDO ADMINISTRATIVO, PLEITEIA DIRETAMENTE EM JUÍZO BENEFÍCIO NÃO ACIDENTÁRIO (PENSÃO POR MORTE), INEXISTE DISSÍDIO COM A SUM. 89/STJ ANTE A DESSEMELHANÇA ENTRE AS SITUAÇÕES EM COTEJO, SENDO, POIS, CORRETO O JULGADO RECORRIDO AO FIXAR A AUSÊNCIA DE UMA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO - INTERESSE DE AGIR - PORQUANTO, A MINGUA DE QUALQUER OBSTÁCULO IMPOSTO PELA AUTARQUIA FEDERAL (INSS), NÃO SE APERFEIÇA A LIDE, DOUTRINARIAMENTE CONCEITUADA COMO UM CONFLITO DE INTERESSES CARACTERIZADOS POR UMA PRETENSÃO RESISTIDA.

2 - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO¹⁷.

Por conseguinte, partindo-se deste pressuposto, e sabendo-se que o direito não pode ser compreendido/interpretado/aplicado de

16 MS 20902/DF. MANDADO DE SEGURANÇA. Relator(a): Min. CELIO BORJA. Julgamento: 31/05/1989. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

17 REsp 147408/MG. RECURSO ESPECIAL. 1997/0063112-5. Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES. SEXTA TURMA. 11/12/1997.

forma diversa em situações que apresentam idêntica similitude fática, se a extinção de inúmeras ações por ausência de condição necessária à análise do mérito da demanda não resulta em negativa de prestação jurisdicional, a mesma razão jurídica deve ser aplicada, *em regra*, nas causas em que o postulante de determinado benefício previdenciário não demonstre ter havido resistência, por ação ou omissão, do Estado à sua pretensão.

Assim, constatada a inexistência de condição da ação e extinto o processo sem a resolução do mérito, o exercício do direito fundamental à tutela jurisdicional – na sua vertente de acesso ao judiciário – está sendo exercido pela parte, que terá do órgão Jurisdicional do Estado uma resposta à pretensão formulada, *mas, contudo, na forma disciplinada pelo ordenamento jurídico, essa resposta será de inviabilidade da análise do mérito. Nessa perspectiva, pois, não se afigura presente a precitada vulneração ao princípio da inafastabilidade de apreciação jurisdicional.*

Saliente-se, ainda, que a exigência de demonstração pela parte de que se faz necessária à prestação jurisdicional em virtude de resistência, por ação ou omissão, ao suposto direito que diz assistir-lhe também não se apresenta como vulnerador do princípio da legalidade (*art. 5º, II, CF/88 – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*), mas, ao contrário, em vista da redação expressa dos arts. 3º e 267, VI, ambos do CPC, tal providência afigura-se consentânea com o sobredito comando constitucional.

2.1 RESISTÊNCIA COMO ELEMENTO CARACTERIZADOR DA LIDE, REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E EXAURIMENTO DA ESFERA ADMINISTRATIVA

Outra confusão que se faz respeitante à tese formulada pela autarquia diz com a alegação de desnecessidade de esgotamento prévio da esfera administrativa para o ingresso em Juízo. Ou seja, ao se questionar a existência de interesse processual dada a não demonstração pela parte de resistência, comissiva ou omissiva, ao direito vindicado e sabendo-se que, via de regra, essa prova faz-se mediante a formulação do pleito em sede administrativa, aduzem advogados e juízes que o art. 5º, XXXV, da CF/88, não faz qualquer exigência para o ingresso em Juízo.

Com efeito, embora acertado o fundamento caso seja este analisado de forma abstrata, pois a formulação de determinado pleito

em sede judicial (ou seja, o ato de ajuizar uma demanda) não necessita do preenchimento das condicionantes legais previstas pela normativa processual, é o mesmo inaplicável às situações aqui analisadas, pois o que se está a discutir não é o ingresso em juízo, mas a análise do mérito da insurgência veiculada. Ou seja, mesmo que não preencha todas as condições e pressupostos processuais previstos em nossa legislação processual, não se poderá negar a determinada pessoa que formule sua pretensão em sede jurisdicional, mas, do mesmo modo, não se pode afirmar que o mérito dessa pretensão será julgado.

Já quanto à assertiva de que não temos, em regra, uma instância administrativa de cunho forçado (a exceção somente seria aquela descrita no art. 217, § 1º, CF – *O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina desportiva após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei*), o argumento também não convence. Primeiro porque, da mesma forma do que acima descrito, é inaplicável aos casos em análise, pois o que se requer é a demonstração de resistência, demonstração essa que poderá ser feita não somente, mas na maioria das vezes, pelo requerimento formulado em sede administrativa. Ou seja, embora este seja o meio mais fácil, pode haver outros meios de comprovação da necessidade da tutela jurisdicional mesmo sem o prévio ingresso na esfera administrativa – *v. g.* a administração edita um ato normativo em que afirma somente admitir um único tipo de documento para a concessão de determinado benefício previdenciário, sem o qual negará todos os pedidos que lhe forem direcionados.

Segundo porque ainda que se exigisse o prévio requerimento administrativo, tal fato não equivale a exaurimento da via administrativa. Ora, demonstração de resistência por meio de uma formulação administrativa significa apenas e tão somente a existência de um comportamento estatal, seja negando a postulação que lhe foi feita, seja omitindo-se em emitir uma decisão em um tempo razoável, o que, a evidência, não se similariza com a necessidade de exaurimento, que pressupõe esgotamento de todos os trâmites procedimentais previstos pela organização administrativa para que, nessa sede (a administrativa), a decisão não tenha mais como ser revista.

Assim, ao que nos parece, essa linha argumentativa também não prospera.

3 ANÁLISE CRÍTICA DE OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS QUE PODERIAM RESULTAR NA DESNECESSIDADE DE SER DEMONSTRADA RESISTÊNCIA ANTERIOR POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PARA O INGRESSO EM JUÍZO

A crítica que se pode fazer ao entendimento de que a não demonstração de resistência à pretensão de direito material da parte resultará, **invariavelmente**, na extinção do feito sem a resolução do mérito, apresentaria mais consistência caso abordasse os seguintes aspectos:

1. A própria natureza do direito postulado em juízo, quando este decorrer de ato administrativo expedido no exercício de competência vinculada – aqui entendido como incidente o grau máximo de vinculação –, em que é retirado do agente público quase que por completo qualquer margem de atuação, torna a demonstração de prévia manifestação negativa da Administração (ou omissão desta na emissão de resposta) prescindível;
2. Situações fáticas específicas poderiam ter o condão de, excepcionalmente, afastar a norma processual (arts. 3º e 267, VI, ambos do CPC) e, assim, permitir que o mérito da pretensão de direito processual pudesse vir a ser analisada (julgada).

Cuidemos, pois, de analisar o primeiro tópico acima descrito.

3.1 ATO PRATICADO NO EXERCÍCIO DE COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA E A ATUAÇÃO JURISDICIONAL

Tratando-se a concessão ou denegação de determinado benefício previdenciário de um ato administrativo, convém, precipuamente, estabelecer a conceituação do que se entende como tal, bem como analisar as hipóteses respeitantes ao grau de liberdade quando da sua expedição para, dessa forma, podermos verificar se naqueles praticados quando do exercício de competência vinculada afigurar-se-ia prescindível a prévia demonstração de uma suposta ilicitude por parte do Estado, seja por vício de ação ou de omissão, para que se postulasse a emissão de um comando jurisdicional de mérito.

Entende-se por o ato administrativo a,

declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional¹⁸.

Assim, com base na conceituação doutrinária acima especificada, parte-se do pressuposto de que somente se qualifica como ato administrativo a *declaração de vontade* expedida pelo Estado, ou por quem aja no exercício de prerrogativas públicas conferidas por lei, que termine por criar, modificar ou extinguir relações jurídicas, declaração esta cuja juridicidade é, a depender da situação fática específica, controlável pelo Poder Jurisdicional, variando, todavia, a intensidade de tal sindicabilidade.

Recobre-se que esse controle jurisdicional da atividade administrativa não pode/deve se limitar àquelas situações em que a administração emite determinado ato, pois a necessidade da apreciação jurisdicional pode afigurar-se mais premente nas situações em que se vislumbra a omissão ilícita da administração em agir, dada a dificuldade na delimitação da inércia violadora de determinado direito.

No que diz respeito à margem de liberdade do agente público quando da expedição dos atos administrativos, a doutrina administrativista costuma classificá-lo em duas espécies, ato vinculado e ato discricionário¹⁹, sendo o primeiro “aqueles de mais intenso

18 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

19 Tem sido criticada tal forma de classificação, sob o argumento de que não há diferenciação qualitativa entre ato praticado no exercício de competência vinculada e no de discricionária, sendo a diferenciação, portanto, de ordem apenas quantitativa, respeitante ao grau de liberdade conferida ao Administrador incidente na hipótese prevista em lei. É o que afirma JUAREZ DE FREITAS (in *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007), ao aduzir que “*A distinção sutil entre atos vinculados e discricionários cinge-se à intensidade da vinculação à determinada normativa prévia, não tanto ao grau de liberdade na apreciação, muito menos às exigências de justificação. No caso dos atos discricionários, o bom administrador público emite juízos decisórios de valor (no campo da escolha de consequências e na determinação dos conceitos normativos, presentes na hipótese de incidência), no encaixe presumível de conferir a máxima concretização à coexistência exitosa dos valores projetados pelo sistema. Já na prática dos atos vinculados (impossível a vinculação inteira e maciça) o bom administrador emite o mínimo de juízo necessário à determinação do conteúdo do comando legal e à subordinação principiológica completa, para além do princípio da legalidade. Ou seja, não foge, impunemente, para o pseudo-mundo das regras*”. Sobre o tema, ANDREAS J. KRELL (in *Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental. O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.) percorre idêntico caminho ao afirmar que “*Ainda prevalece em muitos manuais do Direito Administrativo*

condicionamento aos requisitos previamente estabelecidos pelo ordenamento, com escassa e residual liberdade de determinação do conteúdo das disposições normativas”, e este “aqueles que o agente público deve (não se trata de mera faculdade) praticar, mediante juízos de conveniência ou de oportunidade, na busca da melhor alternativa (não “a” única), sem que se revele indiferente a escolha das conseqüências, no plano concreto”²⁰.

Fixadas essas premissas, resta-nos analisar se os direitos subjetivos que, em regra, deveriam ser concedidos pelo Poder Público, resultantes de normas de alta densidade mandamental, podem ser requeridos diretamente ao Judiciário, sem a necessidade da existência de prévia manifestação negativa por parte da Administração Pública (ou omissão ilícita), já que os gizamentos legais são de tal ordem que já prefixam a ação a ser desenvolvida caso verificada a hipótese prevista, ou se é necessária, mesmo nesses casos, para o ingresso em juízo, a demonstração da ação ou omissão ilícita da Administração.

Ao responder a indagação acima suscitada, parece-nos que a circunstância da emissão do ato administrativo viabilizador de determinado direito decorrer de norma de alta densidade regulativa (o que termina por retirar quase que por completo qualquer margem de apreciação subjetiva pelo administrador) não é causa bastante só por si para se permitir ao pretense titular de determinado direito à possibilidade de postulá-lo diretamente em Juízo. Ou seja, a alta vinculação do administrador aos preceitos estritos fixados em lei não consubstancia causa autorizativa à substituição da Administração pelo Judiciário.

brasileiro a distinção rígida entre ato administrativo vinculados, definidos como aqueles atos para os quais a 'lei estabelece os requisitos e condições de sua realização, deixando os preceitos legais para o órgão nenhuma liberdade de decisão', e atos administrativos discricionários, que 'a Administração pode praticar com liberdade de escolha do seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização'. (...) Entretanto, vale frisar, já nesse ponto, que a vinculação dos agentes administrativos aos termos empregados pela lei apresenta uma variação meramente gradual. Por isso, o ato administrativo 'vinculado' não possui uma natureza diferente do ato 'discricionário', sendo a diferença no grau de liberdade de decisão concedida pelo legislador quantitativa, mas não qualitativa. A decisão administrativa oscila entre os pólos da plena vinculação e da plena discricionariedade. Esses extremos, no entanto, quase não existem na prática; a intensidade vinculatória depende da densidade mandamental dos diferentes tipos de termos lingüísticos utilizados pela respectiva lei".

20 FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

Assim, ao fixar o legislador ordinário que determinado direito tem sua fruição condicionada a emissão prévia de um pronunciamento pela Administração Pública – a quem é conferida a estrutura necessária tanto à análise das circunstâncias viabilizadoras do preenchimento dos requisitos legais, como pela emissão de diretrizes normativas concretas por meio de seu corpo técnico a serem observadas (condicionamentos) –, não se pode alterar essa normatização ao se pleitear a emissão deste ato, que deveria ter natureza administrativa, por órgão diverso (que, em regra, age apenas como administrador negativo), no caso, o Jurisdicional, com base na simplória e cansativa alegação de que a imposição de tal vedação equivaleria a negar vigência ao princípio da inafastabilidade.

Convém, todavia, esclarecer que não se está a sustentar a impossibilidade do judiciário, quando provocado, emitir um provimento jurisdicional em substituição a um *ato administrativo* (vício por ação), por entendê-lo contrário à ordem constitucional e infraconstitucional (sob o prisma, portanto, da juridicidade), ou mesmo emití-lo de forma primeira, ante a *inércia desarrazoada* do Poder Público (vício por omissão)²¹. Todavia, recobre-se que tanto em um como no outro caso é inegável a existência de um comportamento (comissivo ou omissivo) prévio da Administração a fundamentar uma atuação posterior do Judiciário²².

21 Ao se abandonar a dicotomia ato vinculado versus ato discricionário, passando-se a verificar a partir de então o grau de vinculação do administrador à juridicidade (regras e princípios de ordem constitucional) quando da expedição do ato administrativo, reforça-se o entendimento quanto à possibilidade de sindicabilidade judicial dos diversos atos expedidos no exercício de competência pública (vinculada ou discricionária), variando, apenas, a intensidade desse controle, circunstância reforçada no Brasil, pois a nossa realidade termina por justificar “um efetivo controle da Administração Pública, cuja estrutura é extremamente viciada, inclusive pela excessiva penetração do elemento político no funcionamento da administração, assolada por males como o ‘spoil system’ na designação dos titulares de ‘cargos em comissão’, cujo excessivo número, sem dívida, macula qualquer sentido de profissionalismo dos Órgãos de direção, por serem alçados a esses postos da Administração Pública pessoas que efetivamente têm bem mais vinculação com as estruturas do poder político responsáveis pelas indicações que com o efetivo interesse público (CAVALCANTE, Francisco de Queiroz B. Trecho citado por Andréas J. Krell, in *Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental – O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004).

22 Nesse sentido, aduz Vladimir da Rocha França (in *Estrutura e Motivação do Ato Administrativo – Coleção Temas de Direito Administrativo*, n. 18, São Paulo: Malheiros, 2007): *“Malgrado a ausência de caráter prescritivo na omissão, nada impede que a lei associe à omissão administrativa o efeito jurídico de indeferimento do pedido do interessado. Nesse caso, o interessado tem o direito de recorrer ao Poder Judiciário para solicitar um provimento jurisdicional que determine à Administração o dever de motivar a omissão, caso haja espaço para discricionariedade administrativa. (...) Se o ato administrativo é vinculado, o interessado preenche os requisitos estabelecidos em lei e esta é expressa quanto ao efeito denegatório, o Poder Judiciário deve suprir a omissão administrativa e assegurar o direito do interessado”*.

Dessa forma, não havendo diferença qualitativa entre “ato vinculado” e “ato discricionário”, a existência de parâmetros mais rígidos fixados pelo legislador respeitantes à atuação concreta do administrador não evidenciam estar autorizada a emissão de um provimento jurisdicional em substituição à Administração Pública, sem que tenha havido *prévio motivo* para tanto (ação ou omissão ilícita desta).

3.2 A SINGULARIDADE DOS CASOS CONCRETOS, A FORMATAÇÃO DE DECISÕES COM CUNHO DE GENERALIDADE E A ATUAÇÃO JURISDICIONAL

Passemos agora a analisar a segunda indagação deduzida: situações fáticas específicas poderiam ter o condão de, excepcionalmente, afastar a norma processual (arts. 3º e 267, VI, ambos do CPC) e, assim, permitir que o mérito da pretensão de direito processual pudesse vir a ser analisada (julgada) mesmo quando não demonstrada resistência anterior ao exercício de determinado direito.

Parte o judiciário de soluções adrede concebidas quando se depara com situações fáticas evidenciadoras da inexistência de requerimento administrativo do postulante de determinado benefício previdenciário.

Alegada a preliminar de mérito, os Juízos a rechaçam de plano, sob a alegação de que ao se aceitar tal argumentação estar-se-ia negando vigência ao princípio da inafastabilidade da apreciação pelo Judiciário. Assim, não analisam as circunstâncias e nuances específicas dos casos com os quais se deparam, partindo do pressuposto de que todos os casos são iguais e, portanto, não merecem ser analisados em profundidade, repetindo acriticamente decisões anteriores proferidas por outros juízos ou pelas Cortes Jurisdicionais.

Todavia, é de se perguntar se essa prática jurisdicional de repetir ementas de julgados que, em algumas circunstâncias, não são sequer aplicáveis ao caso em que estão sendo usadas, não termina também por ser uma negativa de prestação jurisdicional, pois retira desta função o nobre mister que lhe é conferido e cuja legitimação pressupõe a apreciação e regulação daquela específica situação concreta – a qual pode possuir peculiaridades que a tornam única – mediante a emissão de um comando jurisdicional que demonstre, de forma fundamentada, os pressupostos de fato e de direito que desaguaram num e não em

outro tipo de decisão.

Com efeito, as decisões pretéritas retiram sua força e aceitabilidade da correta aplicação das regras e princípios que lhe servem de fundamento e que, portanto, têm serventia à plena regulação de dada situação concreta. Ou seja, aquele precedente jurisprudencial vai servir como parâmetro para outra causa apenas e tão somente se se afigurar presente a mesma razão de decidir, dado que as situações fáticas postas à apreciação demandam a aplicação das mesmas regras e princípios, com a mesma ou análoga intensidade²³. Sobre o tema aduz Lênio Luiz Streck²⁴:

Dito de outro modo, no “verbetes jurisprudencial” não está contida a essencialidade (ou o holding) relativa ao que seja uma insignificância jurídica, para falar diretamente do objeto do presente recurso. Como diz Heidegger, tomar aquilo que “é” por uma presença constante e consistente, considerado em sua generalidade, é resvalar em direção à metafísica. Por isso, o saber representativo (metafísico), ao invés de mostrar o ente como ele é, acaba por escondê-lo e anulá-lo, ficando o “crime como o crime” afastado, anulado (Cf. Heidegger, in *Vorträge und Aufsätze*).

Com efeito, não há, nos verbetes jurisprudenciais, uma essência, acompanhada de um sentido, *que seja comum e que se adapte a todos casos jurídicos*. Aplicados descontextualizadamente, levam ao obscurecimento da singularidade do caso. E, sempre dizemos, direito é uma questão de “caso concreto”. Paradoxalmente, não podemos esconder o caso concreto debaixo de um verbebo que trata de matéria absolutamente diversa! E é nesse contexto que se enquadra o presente feito.

[...]

23 É o que afirma Pietro Perlingieri ao falar da jurisprudência e do papel do precedente judiciário, (*in* *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Renovar, 3 ed.): “*Na verdade, a eficácia normativa do precedente reside na eficácia normativa das regras e dos princípios de direito positivo interpretados e aplicados pela jurisprudência. Por conseguinte, no sistema jurisprudencial os precedentes têm um papel relevante; o seu fundamento está na aplicação e na interpretação de normas e princípios que não são próprios, mas que, ao contrário, pertencem ao sistema como das fontes normativas primárias, sem as quais seriam flores sem caule*”.

24 STRECK, Lênio Luiz. Veja quando um caso concreto não é um caso concreto: caso prático. Disponível em: <[HTTP://www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br)>. Acesso em: 02.08.2008.

A fundamentação deve – sempre –, conforme já exposto, estar relacionada às circunstâncias do caso concreto: não pode seguir modelos de argumentação pré-fabricados, sem que encerrem perfeita harmonia e correspondência. Para embasar-se caso presente em precedente pretérito, mister que sejam idênticas as circunstâncias e, para a constatação dessa identidade entre os casos, é imprescindível que se faça a devida análise; deve haver a devida contextualização.

Dessa forma, parece-nos inviável formatar-se padrões decisórios de modo a torná-los aplicáveis a todos os tipos de causas, sem que se verifiquem as especificidades de cada caso, pois a redução de tudo a um simples raciocínio silogístico termina por negar a própria prestação jurisdicional, eis que a solução “pronta para ser usada”²⁵ não se presta, no mais das vezes, para solucionar a divergência exclusiva de dada situação. Sobre o tema, vale trazer à colação CHAÏM PERELMAN²⁶, que ao discursar sobre o raciocínio argumentativo que leva a uma decisão aduz:

Com efeito, a estrutura da argumentação que motiva uma decisão parece muito diferente da de um silogismo pelo qual passamos das premissas a uma conclusão. Enquanto no silogismo a passagem das premissas à conclusão é obrigatória, o mesmo não acontece quando se trata de passar dos argumentos à decisão: tal passagem não é de modo algum obrigatória, pois se o fosse não estaríamos diante de uma decisão, que supõe sempre a possibilidade quer de decidir de outro modo, quer de não decidir de modo algum.

Conforme expusemos acima, no mais das vezes afigura-se acertado o argumento pertinente à inexistência de interesse de agir quando não demonstrada resistência, seja por ação ou omissão, à pretensão de direito material do postulante de determinado benefício previdenciário, sem que com isso se possa afirmar, de forma imediata, vulneração ao princípio da inafastabilidade. Contudo, não se pode afirmar, da mesma forma, que todas as vezes que se nos depararmos com um processo judicial em que se verifique a inexistência de prova da resistência oferecida ao direito da parte pelo Estado restará inviabilizada (proibida) a análise do mérito da sua pretensão, pois se assim o fosse incorreríamos no mesmo erro aqui contestado (formatar padrões com a pretensão de ter aplicabilidade na generalidade dos casos).

25 - A referência entre aspas é expressão de Lênio Streck.

26 - PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

Assim, situações fáticas específicas poderão evidenciar a prescindibilidade em se exigir da parte a demonstração de oferecimento prévio de resistência por parte do Estado à fruição do bem da vida por ela pretendido, pois não obstante a inexistência de interesse de agir na forma como exigido pela técnica processual, não menos verdadeiro afigura-se a existência de interesse real na fruição de determinado direito conferido pela ordem jurídica, circunstância reforçada pela própria condição pessoal de algumas partes que, dada a pouca ou nenhum instrução que possuem, direito que lhes é negado pelo próprio Estado, não podem ter contra si mais um fator de exclusão social, negando-se-lhes o acesso à justiça.

Como exemplo, podemos citar alguns postulantes rurícolas que laboram sob o regime de economia familiar, os quais ingressam diretamente em juízo por meio dos Juizados Especiais Federais, sem que estejam auxiliados por qualquer tipo de assistência jurídica, sendo certo que, nesses casos, seria demasiado exigir-se de tais pessoas que conheçam a fundo a técnica processual, de modo que só viessem ao Estado-Juiz pedir a emissão de um provimento quando demonstrassem a existência de um comportamento ilícito prévio do Estado-Administração respeitante ao direito que entendem assistir-lhes.

Desse modo, as peculiaridades inerentes às circunstâncias de determinada demanda poderão, tal como citado acima (ou seja, sempre se cuidará de exceções à regra), retirar força da normativa processual respeitante à exigência de prévia demonstração de lesão ou ameaça de lesão a determinada posição subjetiva *para que se possa ver julgado o mérito da pretensão exercitada em Juízo*, pois, do contrário, valerá a disposição do art. 3º do CPC, que exige a presença da sobredita condição da ação, o que, como já afirmado, guarda perfeita sintonia com a interpretação exurgente do comando Constitucional, o qual afirma que a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário *lesão ou ameaça de lesão a direito*.

4 CONCLUSÃO

Feitas as considerações acima, e de modo a não nos tornamos repetitivos no presente momento, a conclusão que se pode extrair – se é que ela pôde ser visualizada nas linhas acima escritas – é que até o presente momento não obtivemos do Judiciário resposta consistente quanto à questão suscitada, pois sempre as decisões tangenciam os

argumentos levantados.

Com efeito, poderá afigurar-se totalmente desacertado o entendimento adotado em juízo pelo INSS, seja por qual motivo for (fins do Estado, natureza social das dos benefícios previdenciários, etc.), mas se erro há, compete ao judiciário evidenciá-lo, assumindo, como não poderia deixar de ser, o ônus argumentativo de expor os motivos reais pelos quais afasta a questão que lhe é posta a apreciação, de modo a conferir consistência, aceitação e, conseqüentemente, legitimidade ao exercício da sua função.

5 REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken. **Cumulação de ações**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos S. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência – tentativa de sistematização**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Mandado de Segurança – Comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CANARIS, CLAUS-WILHELM. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos Sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra, 2004.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e Motivação do Ato Administrativo – Coleção Temas de Direito Administrativo**, n. 18, São Paulo: Malheiros, 2007.

FREITAS, JUAREZ. **Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

KRELL, ANDREAS J. **Discrecionariade Administrativa e Proteção Ambiental. O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento.** 6. ed. São Paulo: RT, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____, COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2008.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional.** 3. ed. Renovar.

STRECK, Lênio Luiz. **Veja quando um caso concreto não é um caso concreto:** caso prático. Disponível em: <[HTTP://www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br)>. Acesso em: 02 ago. 2008.

DO PRAZO PRESCRICIONAL PARA O AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Lucio Picanço Facci
Procurador Federal lotado na Procuradoria Seccional
Federal de Petrópolis/RJ
Pós-graduando em Direito Público pela
Universidade de Brasília (UnB)
Bacharel em Direito pela Universidade Federal
do Rio de Janeiro (UFRJ)

SUMÁRIO: 1 Intróito; 2 Gênese e objeto da tutela da ação civil pública; 3 Prescrição: fundamentos e regime jurídico; 4 Prescrição, Administração Pública e ação civil pública; 5 Prescrição, ação popular e ação civil pública; 6 Conclusão; 7 Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por objeto analisar se as pretensões deduzidas por meio de ação civil pública estariam sujeitas à incidência de prescrição e, em caso afirmativo, qual seria o prazo prescricional a ser observado. O tema possui relevância e, portanto, merece atento exame, considerando que a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) não dispôs expressamente sobre a existência de prazos prescicionais para a propositura de ações civis públicas. Por tal razão, procuramos, a partir de uma interpretação sistemática e, sobretudo, teleológica do ordenamento jurídico pátrio, alcançar uma conclusão condizente com a ordem jurídica vigorante. Para tanto, examinamos o instituto da ação civil pública sob o ponto de vista dos seus objetos de tutela, analisamos os fundamentos e o regime jurídico do instituto da prescrição, elaboramos considerações sobre as regras de aplicação da analogia, bem como fazemos anotações da jurisprudência mais recente sobre o assunto para, ao final, formularmos resposta conclusiva à aparente dúvida que a lacuna verificada na Lei 7.347/85 suscita.

PALAVRAS-CHAVE: Ação civil pública. Prescrição. Lacuna legal. Lei nº 7.347/85. Analogia. Integração. Administração Pública. Ação popular.

“Até o silêncio se interpreta; até ele traduz alguma coisa, constitui um índice do Direito, um modo de dar a entender o que constitui, ou não, o conteúdo da norma” (Carlos Maximiliano)

1 INTRÓITO

Matéria que não tem sido enfrentada com freqüência², a indicação adequada do prazo prescricional para o ajuizamento de ações civis públicas constitui assunto de extrema importância, tendo-se em vista, no plano jurídico-dogmático, os relevantes fundamentos que justificam o instituto da prescrição e, no plano prático, os nocivos efeitos que a sua incompreensão pode ensejar.

A controvérsia decorre da ausência de previsão na Lei nº 7.347/85 de prazo prescricional para a propositura da ação civil pública. É em razão dessa lacuna legal que se propõe o presente estudo, cujo objetivo é o de fixar algumas premissas e sugerir solução conclusiva à aparente obscuridade decorrente da referida lacuna legal.

2 GÊNESE E OBJETO DA TUTELA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O Direito, enquanto disciplina da convivência humana, é ciência em continuado estado de transformação, posto que seu escopo se vincula ao efetivo atendimento às necessidades do corpo social. Como a própria sociedade se modifica, através das conquistas decorrentes do avanço científico ou mesmo dos problemas que a sua incessante multiplicação enseja, despertando no plano social, em profusão, outras necessidades, também assim a ordem jurídica deve alterar-se, com vistas a adequadamente tutelar os novos interesses reclamados³.

1 **Hermenêutica e aplicação do Direito.** 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941. p. 253.

2 Como reconheceu a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial de nº 406545/SP.

3 Na linha de tais considerações, já observou, com maestria, Luiz Guilherme Marinoni: “Se os procedimentos jurisdicionais nada mais são do que tecnologias que devem estar (espera-se!) a serviço da sociedade, seria sinal de inadmissível ingenuidade supor que tais procedimentos não precisam adequar-se aos direitos que vão surgindo na medida em que a vida social evolui. É preciso enxergar a verdadeira razão de ser dos procedimentos, dos provimentos e dos seus meios de execução, para que se deixe de lado o apego despropositado às classificações feitas a partir de conceitos baseados em realidades processuais que serviam a direitos de épocas passadas. Pensar que as classificações não devem ser alteradas é o mesmo que supor que os direitos de hoje são os mesmos do que os direitos de cem anos atrás e que, por esta razão, a realidade processual, e assim as classificações que nela se baseiam, podem ser congeladas no tempo. Ora, é evidente que instituições que têm íntima relação com o modo de ser da vida não podem ser eternizadas no tempo, a menos que pretenda-se um direito processual distanciado da sociedade”. **O custo e o tempo do processo civil brasileiro.** Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 20 de junho de 2005.

Como, à evidência, as transformações no plano jurídico não se operam imediatamente e em idêntica proporção às múltiplas modificações sociais, resulta ser o Direito uma ciência em permanente estado de aperfeiçoamento.

É neste contexto que se compreende a criação da ação civil pública: esse instrumento surgiu a partir das novas necessidades da sociedade moderna, globalizada, padronizada, consumista e de massa, que alteraram o perfil dos direitos até então identificados e promoveram uma substancial ampliação do elenco dos interesses desde sempre conhecidos.

Em decorrência dessas modificações, percebeu-se que o processo civil clássico, tendente à solução dos litígios relacionados a direitos meramente individuais, era insuficiente para tutelar esses ‘novos direitos’, que estavam a necessitar, portanto, de uma técnica de tutela jurisdicional mais adequada⁴. Por essa razão que se concebeu em nosso ordenamento, com inspiração nas *class actions* oriundas do direito medieval inglês e desenvolvidas pelo direito norte-americano do século XIX⁵, as chamadas *ações coletivas*⁶.

O primeiro diploma desenvolvido no Direito pátrio com vistas a viabilizar a nova técnica processual das ações coletivas foi a Lei n° 4.717 de 29 de junho de 1965, recepcionada pela vigente Constituição Federal (art. 5º, LXXIII), que instituiu em nosso sistema a ação popular, tendente à proteção do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente, e cuja legitimação ativa é conferida

4 Consoante lição de Mauro Cappelletti, “não é necessário ser sociólogo de profissão para reconhecer que a sociedade (poderemos usar a ambiciosa palavra: civilização?) na qual vivemos é uma sociedade ou civilização de produção em massa, de troca e de consumo de massa, bem como de conflitos ou conflitualidades de massa (em matéria de trabalho, de relações entre classes sociais, entre raças, entre religiões, etc.). Daí deriva que também as situações de vida, que o Direito deve regular, são tornadas sempre mais complexas, enquanto, por sua vez, a tutela jurisdicional – a ‘Justiça’ – será invocada não mais somente contra violações de caráter individual, mas sempre mais freqüente contra violações de caráter essencialmente coletivo, enquanto envolvem grupos, classes e coletividades. Trata-se, em outras palavras, de ‘violações de massa’”. **Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil**. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2, n° 5, p. 130 jan./mar. 1977.

5 Excepcionando, portanto, a origem romano-germânica do Direito brasileiro.

6 No Direito Comparado, há de se registrar que Portugal passou a regulamentar a matéria em 1995, através da Lei n° 83, de 23 de agosto daquele ano. Também naquele país, o sistema sofre influência das *class actions* dos Estados Unidos, principalmente no tocante à coisa julgada, ocupando-se a lei lusitana da tutela dos interesses ligados à saúde pública, ao ambiente, à qualidade de vida, à proteção do consumo de bens e serviços, ao patrimônio cultural e ao domínio público (artigos 1º e 2º).

a qualquer cidadão (art. 1º)⁷. Sem embargo das críticas que lhe desferem respeitável doutrina processual contemporânea, que imputa o seu mau uso à ausência de condições técnicas do cidadão para, em juízo, promover a efetiva proteção do direito violado em face da Administração Pública ou de grandes sociedades empresárias⁸, a nosso juízo, a ação popular consubstancia instrumental de inegável importância para a realização plena do Estado Democrático de Direito, ao conferir efetividade à democracia participativa enquanto exercício da soberania popular (artigos 1º e 14 da Constituição da República).

Decorridos quase vinte anos após a edição da Lei da ação popular, veio a lume a Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985, disciplinadora da ação civil pública, constituindo tal diploma, hodiernamente, um dos principais mecanismos de proteção aos chamados direitos transindividuais e individuais homogêneos, viabilizando o seu art. 1º, V, a propositura da ação civil pública para a tutela de qualquer interesse difuso ou coletivo, em consonância com o art. 129, III, da Constituição Federal⁹.

A introdução em nosso ordenamento da ação civil pública foi promovida, portanto, em virtude da constatação de que os mecanismos até então existentes para tutelar o indivíduo considerado isoladamente não eram bastantes para ampará-lo enquanto inserido no contexto social e integrado à sociedade moderna. A importância da ação civil pública, dessa forma, tal como a ação popular, reside justamente na superação do individualismo, ao representar “um largo espectro social de atuação,

-
- 7 A doutrina diverge quanto à espécie da legitimidade conferida ao cidadão para o ajuizamento da ação popular, entendendo a maioria dos autores que se trata de hipótese de substituição processual. Os que neste sentido se posicionam, ora afirmam caber à coletividade a titularidade do direito material a que se pretende proteger (por todos, José Celso Mello Filho. **Constituição federal anotada**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 48; José Frederico Marques. *As ações populares no direito brasileiro*. RT 266/11) e ora que o interesse do bem tutelado pertence à Administração Pública (é o que assinalam, por exemplo, Ada Grinover, Antônio Carlos Cintra e Cândido Dinamarco. **Teoria geral do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 258). Há os que entendem, de um outro lado, que a legitimação ativa do cidadão para a propositura de ação popular se trata de legitimidade ordinária (neste sentido, confira-se Celso Bastos e Ives Gandra da Silva Martins. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2. p. 369; José Afonso da Silva, **Ação Popular Constitucional**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1968, p. 19; e Alexandre de Moraes. **Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas. 2002, p. 194). Pensamos que a razão está com essa última corrente, não havendo que se cogitar de substituição processual quando, inegavelmente, qualquer cidadão é titular do direito de participar na vida política do Estado e na fiscalização da gerência do patrimônio público. Agindo em nome próprio e em defesa de seu próprio direito, portanto, não merece acolhida a tese da legitimidade extraordinária.
- 8 De que é exemplo a advertência feita por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart. **Manual do processo de conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 786.
- 9 Este dispositivo erige a ação civil pública ao patamar constitucional, ao conferir legitimidade ao Ministério Público para “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, e de outros interesses difusos e coletivos”

permitindo o acesso à justiça de certos interesses metaindividuais que, de outra forma, permaneceriam num certo ‘limbo jurídico’¹⁰. A Lei nº 7.347/85 viabilizou, assim, no plano infraconstitucional, o que o constituinte originário elegeu como garantia constitucional imodificável aos jurisdicionados: o amplo acesso à justiça (art. 5º, XXXV c/c art. 60, §4º, IV, CR/88)¹¹, expressão cujo significado encerra muito mais que a mera obtenção de uma resposta judicial, correspondendo, na verdade, ao direito subjetivo a um provimento jurisdicional efetivo, tempestivo e adequado para a tutela específica do direito violado¹².

Os legitimados para a propositura da ação civil pública são os elencados no art. 5º da Lei 7.347/85¹³. Diversamente do que pensamos a respeito da natureza jurídica da legitimação para a propositura de ação popular que, a nosso, sentir, trata-se de legitimidade ordinária¹⁴,

10 Rodolfo de Camargo Mancuso. **Ação civil pública**. 9. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 23. O autor registra que a expressão é de Anna de Vita, encontrada em sua obra **La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato**, Milão: Giuffrè, 1976. p. 383.

11 Afirma Uadi Lammêgo Bulos ser o acesso à justiça “a expressão máxima de reivindicação do cidadão pelos seus direitos, resolvendo seus litígios, numa ordem jurídica democrática de direito, cujo lema é a justiça social, onde todos têm o privilégio de reconhecer suas prerrogativas, podendo defendê-las adequadamente de possíveis lesões ou ameaças de lesões”. **Constituição federal anotada**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 221.

12 Essa é a interpretação conferida pela ciência processual civil moderna ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CR/88). É o que registra Luiz Fux, ao aduzir que “o acesso ao Judiciário consagrado através do princípio da inafastabilidade tem sido interpretado como a necessidade de conferir-se ao cidadão uma acessibilidade a uma ordem jurídica “efetiva”, “justa” e “tempestiva”. **Curso de Direito Processual Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 15. Registre-se que, em relação à tempestividade, a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, inseriu no rol dos direitos e deveres coletivos constantes do artigo 5º da Constituição Federal, o inciso LXXVIII, que assegura, a todos, a “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação”. Sem embargo do legítimo escopo da norma, que procurou afirmar em sede constitucional a tempestividade do processo como garantia fundamental, o “novo” dispositivo consagra um princípio constitucional que antes encontrava-se implícito no sistema, a partir da leitura reiteradamente empreendida pela processualística contemporânea do inciso XXXV, art. 5º, da Constituição Federal,

13 A saber: o Ministério Público (a jurisprudência, pacificamente, tem admitido a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos, desde que de relevante interesse social compatível com a finalidade da instituição, consoante os seguintes precedentes, todos do C. Superior Tribunal de Justiça: STJ – AGREsp nº 280505/MG, 3ª Turma, rel. a Min. Nancy Andrighi, DJ 18/02/2002; REsp nº 182556/RJ, 4ª Turma, rel. o Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 20/05/2002; EREsp nº 114908/SP, Corte Especial, rel. a Min. Eliana Calmon, DJ 20/05/2002), a União, os Estados e Municípios. Poderão ajuizá-la, também, autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista e associação. Quanto às associações, é necessário, todavia, que estejam constituídas há pelo menos um ano e incluam entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. O Superior Tribunal de Justiça, por maioria, entendeu que tais requisitos somente se aplicam às associações, não se exigindo em relação aos demais legitimados (STJ – 1ª Turma, REsp 236.499-PB, rel. p/ o acórdão o Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 13.04.00, DJU 05.06.00, p. 125).

14 Vide nota 7.

entendemos que nenhuma das classificações classicamente conhecidas (ordinária ou extraordinária) se adequa à natureza da legitimação para a propositura das demandas coletivas¹⁵. Trata-se, na expressão de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, de “legitimação autônoma para a condução do processo”¹⁶.

Com o escopo de estender efetiva proteção aos direitos transindividuais, a Lei nº 7.347/85 indica o meio ambiente; o consumidor; os bens e direitos de valor artístico estético, histórico, turístico e paisagístico; a ordem econômica e a economia popular; a ordem urbanística como os objetos da tutela da ação civil pública (art. 1º). Preceitua, ainda, para evidenciar que o rol dos bens protegidos é meramente exemplificativo, que a ação civil pública se destina a tutelar os demais interesses difusos ou coletivos (art. 1º, V, acrescentado pelo art. 110 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor)).

A definição do meio ambiente é delineada pela Lei 6.938/81, que, em seu artigo 3º, I, o define como o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. A definição legal deve ser interpretada extensivamente, a viabilizar a ilimitada possibilidade de defesa do meio ambiente em todos os seus campos¹⁷: *natural* ou *físico*, formado

15 Obviamente que para tutelar direitos individuais homogêneos a legitimidade para o ajuizamento da ação civil pública será extraordinária, tendo em conta que os titulares do direito material deduzido em juízo são determináveis, podendo, inclusive, tutelá-los diretamente, através da via cabível. Daí se afirmar que nessas hipóteses a legitimação ativa será extraordinária *concorrente* ou *disjuntiva*, não havendo litispendência entre a ação civil pública e as ações individuais (STJ – 1ª Turma, REsp 192.322-SP, relator Ministro Garcia Vieira, julgado em 04.02.1999, unânime, DJU 29.03.1999, p. 104; STJ – 5ª Turma, REsp 246.242-PE, relator Ministro Edson Vidigal, julgado em 28.03.2000, unânime, DJU 02.05.2000, p. 176). Acentue-se que o art. 104 da Lei nº 8.078/90 dispõe que “as ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81 [que tratam da defesa dos interesses dos consumidores a título coletivo em juízo], não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva”.

16 **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 1.885. Estamos, portanto, com Hugo Filardi, ao concluir, em estudo sobre a ação civil pública, que a legitimidade para a sua propositura “não pode ser considerada ordinária, pois os legitimados não são titulares da relação jurídica de direito material, e muito menos extraordinária, pelo simples fato de ser impossível a identificação dos titulares dos interesses tutelados”. Ação civil pública e acesso à justiça. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 18, p. 53, set. 2004.

17 Como acentua Fábio Nusdeo, a expressão *meio ambiente*, de maneira mais específica, “está vinculada aos elementos que dizem respeito ao homem, uma vez que estes não apenas o rodeiam, mas exercem profunda influência no seu desenvolvimento e nas condições mesmas que definem a sua qualidade de vida. Com efeito, entre o homem e os vários elementos componentes do ambiente que o cerca, estabeleceram-se desde sempre relações de intercâmbio, cujo brusco rompimento ou alteração exercem as mais fundas influências, tanto em termos meramente físicos, como mentais. Acrescente-se, por outro lado, que, ao se

pela flora, fauna, águas, solo, ar atmosférico; *cultural*, que compreende o patrimônio histórico, artístico, estético, paisagístico, arqueológico e turístico¹⁸; *artificial*, englobando o espaço urbano construído; e o *laboral*, composto pelo meio ambiente do trabalho, contrário à periculosidade e à desarmonia da pessoa humana no desenvolvimento de sua atividade laborativa. A proteção ambiental é, hodiernamente, uma preocupação constitucional, havendo a Lei Maior dedicado um capítulo inteiro ao tema¹⁹. Em virtude de sua previsão constitucional (especialmente, o art. 225, CR/88), assim também como nas Leis 6.938/81 e 7.347/85, pode-se afirmar ser vastíssima a possibilidade de conferir proteção jurisdicional ao meio ambiente²⁰.

A Lei nº 7.347/85 confere proteção também ao consumidor, definido no art. 2º da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, a ele equiparando a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (art. 2º, parágrafo único)²¹. O aludido diploma legal, em

falar em ambiente, tem-se dado quase sempre destaque ao meio natural. É preciso, porém, ter presentes, que a este meio natural ascendem outros elementos produzidos pela própria ação humana, tais como as construções, os parques, os monumentos, os próprios veículos. E todos eles agem sobre as condições psíquico-emocionais do ser humano, pois são – pelo menos em parte – responsáveis pela sua identidade ou identificação sócio-cultural”. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. Verbetes “Ambiente”. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 6, p. 300.

- 18 Pode-se concluir, portanto, que houve uma desnecessária referência a esses bens no inciso III do art. 1º da Lei nº 7.347/85, posto que o inciso I, ao aludir à proteção do meio ambiente, já assegurou tutela ao seu campo cultural. Neste sentido, confira-se, por todos, Hugo Nigro Mazzilli. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 43.
- 19 Capítulo VI do Título VIII, apontado pela doutrina publicista como um dos mais avançados e modernos do constitucionalismo mundial. Por todos, vide Uadi Lammêgo Bulos, op. cit., p. 1.351.
- 20 Confira-se, por todos, os seguintes arestos: “Cabe ação civil pública para obrigar o Estado a promover obras com a finalidade de eliminar danos causados ao meio ambiente pela própria administração pública” (STJ – 2ª Turma – REsp 88.776-GO, Relator: Ministro Ari Pargendler, julgado em 19.05.1997, unânime, DJU 09.06.97, p. 25.501). “Ação Civil Pública - Responsabilidade Civil - Dano Ambiental - Ressarcimento dos Danos - Preservação do Meio Ambiente. Ação Civil Pública. Lei nº 7.347, de 24.07.85. Ação de Responsabilidade Civil por Danos Patrimoniais Causados ao Meio Ambiente. Derrubada de Mata Nativa e de Árvores Adultas. Condenação do Causador do Dano a Custear o Reflorestamento da Área Injuridicamente Desmatada. Deve custear o reflorestamento de área injuridicamente desmatada o proprietário de fazenda que, com agressão ao meio ambiente, promove, com o concurso de empregados, a derrubada de mata nativa e de árvores adultas utilizando, para perpetrar o atentado contra a ecologia, moto-serras, queimadas e agrotóxicos” (TJRJ – 4ª Câmara Cível, Relator: Desembargador Wilson Marques – Apelação Cível nº 1996.001.05499, Rio Claro, julgado em 02.12.97, unânime).
- 21 Como assevera Rogério Lauria Tucci, a definição de consumidor constante da Lei nº 8.078/90 é ampla, “abrangente de toda pessoa (física, jurídica, até mesmo “ente despersonalizado”), que tenha adquirido produto ou utilizado serviço em caráter final, abarca quaisquer membros da comunidade, sem nenhum vínculo jurídico entre si, de sorte a revelar que a proteção do consumidor em geral diz, por igual, com a de *interesses difusos*”. Ação Civil Pública: abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Poder

obediência à norma de conteúdo programático contida no art. 5º, XXXII da Constituição Federal, que impõe ao Estado a tarefa de promover da defesa do consumidor, veio suprir um vácuo existente no sistema legal pátrio, ao instituir novos e adequados meios de tutela à parte tecnicamente mais fraca das relações jurídicas de consumo, cada vez mais preponderantes nos dias atuais. Assim, além de consagrar, nas hipóteses nele descritas, a responsabilidade objetiva do fabricante, produtor, construtor, importador (art. 12) e do fornecedor de serviços (art. 14) nas relações de consumo; de possibilitar a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, em virtude de sua comprovada hipossuficiência técnica ou quando as alegações autorais se afigurarem verossímeis (art. 6º, VIII), dentre outras inovações, o Código de Defesa do Consumidor, por intermédio de seus artigos 90²² e 117²³, agregou-se à Lei nº 7.347/85, promovendo perfeita interação entre esses dois estatutos legais e formando um sistema integrado de tutela ao consumidor, em efetiva atenção à determinação constitucional.

Pela sua índole de instrumental destinado à preservação de interesses jurídicos metaindividuais, à evidência que a ação civil pública não será idônea a tutelar todo e qualquer direito subjetivo individual dos consumidores, mas tão apenas os transindividuais ou, ainda, os individuais homogêneos²⁴, referidos na regra enunciativa do parágrafo

Judiciário. In: WALD, Arnaldo (coord.) **Aspectos polêmicos da ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 365.

22 Art. 90. “Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições. civil, naquilo que não contrariar suas disposições”.

23 Art. 117. Acrescente-se à Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, o seguinte dispositivo, renumerando-se os seguintes: “Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

24 O Supremo Tribunal Federal já assentou: “[...] 3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. 4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. 4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas. 5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal.” (STF – Pleno, RE 163231/SP, relator Ministro Maurício Corrêa, julgado em

único do art. 81 da Lei 8.078/90, sem embargo das digressões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do cabimento da ação civil pública para tutelar esses últimos.²⁵⁻²⁶

O artigo 1º da Lei nº 7.347/85 elege, ainda, a ordem econômica como objeto da tutela da ação civil pública (inciso VI, primeira parte), cujos fundamentos, finalidade e princípios constam encartados no art. 170 do texto constitucional. A Constituição traça, ainda, os contornos para a caracterização da infração à ordem econômica, dispondo em norma programática que a lei deve reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, §4º). A Lei nº 8.884/94 (Lei Antitruste), em obediência ao referido preceito constitucional, elenca as hipóteses em que restará configurada a infração à ordem econômica, praticamente reproduzindo, em seu artigo 20, a direção imposta pela Constituição²⁷. Acentue-se, ainda, que o rol de condutas identificadas no

26/02/1997, Fonte: DJ 29-06-2001 p. 55, grifamos). O Superior Tribunal de Justiça também assinala: "1. O Ministério Público está legitimado a promover ação civil pública ou coletiva, não apenas em defesa de direitos difusos ou coletivos de consumidores, mas também de seus direitos individuais homogêneos, nomeadamente de serviços públicos, quando a lesão deles, visualizada em sua dimensão coletiva, pode comprometer interesses sociais relevantes. Aplicação dos arts. 127 e 129, III, da Constituição Federal, e 81 e 82, I, do Código de Defesa do Consumidor". (STJ – 1ª Turma, REsp 417804/PR, relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 19/04/2005, Fonte: DJ 16/05/2005, p. 230, grifamos).

25 José dos Santos Carvalho Filho anota: "Muitas controvérsias têm sido suscitadas a respeito da possibilidade, ou não, de tutela dos interesses individuais homogêneos através da ação civil pública. Na verdade, a confusão reinante na doutrina e jurisprudência é justificável, já que o quadro normativo regulador não mereceu a precisão que seria necessária para evitar e dirimir tantas dúvidas". O eminente administrativista registra-se posicionando favoravelmente pelo cabimento da ação civil pública para amparar direitos individuais homogêneos: "Consideramos que, apesar da falta de exatidão desejável ao intérprete e observadas as condições que acima foram ressaltadas, a ação civil pública se direciona também à tutela de interesses individuais homogêneos". **Ação civil pública. Comentários por artigo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 29-33. Anote-se que a Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), dispõe, em seu artigo 25 que "além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: [...] IV – promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei: a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos."

26 Assinale-se que, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, a circunstância de existir ação coletiva com a finalidade de amparar direito individual homogêneo não impede a propositura de ação individual (vide STJ – 5ª Turma – REsp 240.128-PE-AgRg, rel. Min. Felix Fischer, julgado em 04.04.2000, unânime, DJU 02.05.2000, p. 169). Em hipóteses com essa, com vistas a evitar os males que pode ensejar a incongruência de decisões jurisdicionais proferidas sobre casos que reclamam a mesma solução da ordem jurídica, é de evidente conveniência determinar-se a reunião de tais processos (a ação civil pública e a demanda proposta individualmente), em observância às regras da conexão e continência previstas nos artigos 102 *usque* 107 do Código de Processo Civil.

27 A única distinção do comando contido no art. 21 da Lei nº 8.884/94 para as hipóteses previstas pela norma do art. 173, §4º da Constituição Federal para a caracterização da infração da ordem econômica diz

art. 21 do referido diploma é meramente exemplificativo, posto que não exaure as hipóteses de práticas empresárias lesivas ao livre mercado.

O mesmo inciso VI da Lei nº 7.347/85, em sua segunda parte, alude, ainda, à proteção à economia popular pela via da ação civil pública. Este dispositivo busca tutelar diretamente o interesse do cidadão, procurando evitar ou reparar prejuízos que possam ser ocasionados a pessoas em razão de alguma situação de ordem econômica²⁸. Por essa razão, pode-se afirmar que, enquanto o interessado direto na preservação da ordem econômica é o Estado, são os indivíduos prejudicados os interessados próximos no equilíbrio da economia popular.

Além dos bens especificamente indicados pela Lei nº 7.347/85 como objetos da tutela da ação civil pública, o inciso V do artigo 1º desse diploma legal, inserido pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 110 da Lei 8.078/90), mediante cláusula aberta, consagra, no plano infraconstitucional, na esteira do comando constitucional contido no art. 129, III, da Constituição Federal, a possibilidade de se amparar “qualquer outro interesse difuso ou coletivo” por intermédio da ação civil pública. Tal regra possui a significação sistemática de indicar que o elenco dos bens sujeitos ao alcance da tutela instrumentalizada pela ação civil pública é meramente exemplificativo.

respeito ao *exercício abusivo de posição dominante* (art. 20, IV). No entanto, tal dispositivo, como aliás já registrou Fábio Ulhoa Coelho, enseja mera redundância, porquanto “não há como incorrer em conduta capaz de gerar os efeitos referidos no art. 173, §4º, da Constituição, e, reproduzidos nos incisos I a III do art. 20 da Lei Antitruste, senão através do exercício abusivo de posição dominante”. **Curso de Direito comercial**. v. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 218.

28 Merece transcrição julgado do E. Superior Tribunal de Justiça, que acaba por fornecer exemplos de hipóteses de cabimento da ação civil pública para a tutela da economia popular: “1. Este Tribunal, em diversos julgamentos, tem admitido a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos, de relevante interesse social, como acontece com os contratos de administração de consórcios, de administração e locação de imóveis, contratos bancários de adesão, parcelamento do solo, financiamento bancário para aquisição de casa própria, contratos de promessa de compra e venda de imóveis etc. [...] 3. No caso dos autos, a ação civil pública e a medida cautelar foram propostas pelo Ministério Público com o objetivo de revisão de cláusulas de contratos celebrados para a aquisição de imóveis pelo sistema financeiro da habitação, com as conseqüências que daí decorrem, relativamente a habitações destinadas a pessoas de baixa renda, atingindo um grande número de interessados, pois o r. acórdão refere mais de dez conjuntos habitacionais, o que evidencia a presença do interesse público na preservação da economia popular contra eventuais abusos ou desvios de finalidade. Em tais circunstâncias, nos termos da legislação infraconstitucional, irrecusável o reconhecimento da legitimidade do Ministério Público para a propositura das ações. (STJ – AGREsp nº 280505/MG, 3ª Turma, rel. a Min. Nancy Andrighi, DJ 18/02/2002; REsp nº 182556/RJ, 4ª Turma, rel. o Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 20/05/2002; EREsp nº 114908/SP, Corte Especial, rel. a Min. Eliana Calmon, DJ 20/05/2002, grifamos).

Dessa forma, desde que o direito violado ou ameaçado de lesão caracterize-se pela sua transindividualidade (ou quando tratar-se de direito individual homogêneo), será, em tese, admitida a via da ação civil pública para ampará-lo²⁹. Essa, aliás, a leitura da norma contida no art. 129, III, da Constituição, fonte primária da ação civil pública, que não apenas trata da legitimidade do Ministério Público para a sua propositura como, ainda, expressamente alude a “*outros interesses difusos e coletivos*” como seu objeto de amparo.

Ante essas breves considerações, podemos definir, em linhas gerais, ação civil pública como o instrumental idôneo para promover a tutela de direitos metaindividuais e individuais homogêneos, cuja legitimidade ativa é conferida às pessoas e entes taxativamente indicados no art. 5º da Lei nº 7.347/85.

Para encerrar esse tópico, cumpre registrar que a ação civil pública é mecanismo processual integrante de um sistema de proteção aos interesses transindividuais que é completado por diversos outros diplomas esparsos, aplicáveis a hipóteses específicas, de que são exemplos a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente)³⁰, a Lei nº 8.884/94 (Lei de Abuso do Poder Econômico)³¹ etc.

3 PRESCRIÇÃO: FUNDAMENTOS E REGIME JURÍDICO

Derivada da locução latina *praescriptio*³², a prescrição é instituto de ordem pública³³ que corresponde à extinção de uma pretensão em

29 A respeito da distinção de tais espécies de direitos sujeitos à tutela da ação civil pública, já assentou a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça: “III - Direitos (ou interesses) difusos e coletivos se caracterizam como direitos transindividuais, de natureza indivisível. Os primeiros dizem respeito a pessoas indeterminadas que se encontram ligadas por circunstâncias de fato; os segundos, a um grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária através de uma única relação jurídica. IV - Direitos individuais homogêneos são aqueles que têm a mesma origem no tocante aos fatos geradores de tais direitos, origem idêntica essa que recomenda a defesa de todos a um só tempo.” (STJ – ERESP 141491 / SC, CORTE ESPECIAL, rel. o Min. Waldemar Zveiter; data do julgamento: 17/11/1999; Fontes: DJ 01.08.2000 p. 182, RDR vol. 18 p. 174, RSTJ vol. 135 p. 22)

30 Cujo Capítulo VII versa exatamente sobre a “Proteção Judicial dos Interesses Individuais, Difusos e Coletivos”, obviamente que vinculados aos direitos assegurados, pelo aludido estatuto, à criança e ao adolescente.

31 O artigo 29 deste diploma preceitua que “Os prejudicados, por si ou pelos legitimados do art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 [CDC], poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação”.

32 Que encerra o significado de ‘escrever antes ou no começo’.

virtude da inércia de seu titular durante determinado lapso de tempo, fixado pela norma. Tem por fundamento a segurança jurídica, erigida a princípio e valor constitucional pela vigente Constituição da República, que consagra a inviolabilidade à segurança no *caput* do seu art. 5º (compreendendo, como espécie, indubitavelmente, a segurança nas relações jurídicas), e assevera em seu preâmbulo que a instituição de um Estado Democrático se destina também a assegurar-la³⁴.

Tal como a preclusão, a coisa julgada, a decadência, o respeito ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito etc., a prescrição igualmente visa atender a uma exigência comum de estabilidade das relações jurídicas, porquanto a idéia de sua perpetuidade contraria o anseio coletivo pela paz social e frustra o próprio escopo do Direito, que é o de promovê-la.

Muito embora seja instituto de ordem pública, a prescrição, após consumada, pode ser afastada pelas partes, em respeito à autonomia da vontade que, todavia, não é ilimitada, sendo imodificável pelos particulares seu regime jurídico³⁵. Por essa razão, à parte não se concede a faculdade de declarar a imprescritibilidade de qualquer pretensão, cabendo tão-somente à lei ou à própria natureza do direito assim determinar. Da mesma forma, não se afigura possível renunciar à prescrição antes de sua consumação. Após decorrido o lapso prescricional, porém, a manifestação da vontade (que não deverá ser necessariamente expressa, admitindo-se a renúncia tácita³⁶) pode afastar a incidência

33 É o que afirma, também, Orlando Gomes: “Uma vez que a prescrição se funda no interesse social da segurança do comércio jurídico, é incontestável sua natureza de *instituto de ordem pública*”. **Introdução ao Direito Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 498.

34 Não é destituída de importância a inclusão da segurança no preâmbulo da Constituição, posto que este revela os valores que inspiraram o constituinte originário na elaboração da Lei Maior. Nesta pauta, vale registrar lição de Paulino Jacques, ao lecionar que “o preâmbulo, como vimos, não contém normas, regras objetivas de direito, mas, tão-somente, princípios, enunciados teóricos, de caráter político, filosófico ou religioso, que integram a Constituição. Se as normas contidas nos artigos do estatuto supremo constituem, por assim dizer, o corpo da Constituição, é bem de ver que os princípios que se enunciam no preâmbulo, são o seu espírito. *‘Não é uma peça inútil ou de mero ornato na construção dela – sustentava João Barbalho – as simples palavras que o constituem, resumem e proclamam o pensamento primordial e os intuídos dos que a arquitetaram (Comentário à Constituição Federal, p. 2)’*”. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1958. p. 97-98.

35 Aqui, a autonomia da vontade e a liberdade de contratar encontram óbice no princípio maior da segurança jurídica. J.M. Leoni Lopes de Oliveira assinala que “as normas sobre prescrição não podem ser afastadas pela autonomia privada, por se tratar de normas de *ordem pública*”. **Teoria geral do Direito civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 1.023.

36 vide art. 191, NCC. Tácita, como é de cediço conhecimento, é a renúncia inferida a partir de fatos praticados pelo interessado, incompatíveis com a prescrição.

dos seus efeitos. Por fim, saliente-se que é vedado às partes prorrogar os prazos prescricionais, vez que tal possibilidade vulneraria a própria natureza da prescrição, cujas raízes são fincadas no interesse público pela segurança jurídica.

O instituto tem previsão em leis variadas, sendo seu regime jurídico disciplinado atualmente pela Lei nº 10.406/2002 (Código Civil), em seus artigos 189 e segs. O novel diploma, registre-se, teve a oportunidade de desfazer algumas impropriedades constantes do Código revogado, que identificava como de prescrição hipóteses que se afiguravam, na verdade, como de decadência. Aliás, atendendo-se à circunstância de que a prescrição é instituto de direito material, passou-se a usar o termo “pretensão” (art. 189), figura jurídica própria do campo do direito material³⁷, indicando-se que a prescrição se inicia no momento em que há a violação ao direito, isto é, a partir do instante em que nasce a pretensão para o seu titular³⁸. Outra alteração promovida pelo novo Código foi a redução do prazo ordinário da prescrição de 20 para 10 anos (art. 205), desfazendo, ainda, a distinção constante do Código revogado quanto aos ausentes e presentes, “consoante às facilidades de comunicação hoje existentes”⁴⁰.

Importante registrar que, em decorrência de alteração promovida pela Lei 11.280/06, o Código de Processo Civil expressamente consagra a possibilidade do magistrado pronunciar de ofício a prescrição (art. 219, §5º, CPC), estando revogada a antiga regra constante do art. 194

37 Como adverte Cristiano Chaves de Farias, “tratando-se de ato de disposição de direito, somente poderá renunciar à prescrição quem tiver capacidade para alienar seus bens”. **Direito civil**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 549.

38 A respeito do tema, antes mesmo da vigência do novo diploma civil, o eminente Ministro José Carlos Moreira Alves, civilista responsável pela elaboração da parte geral do então projeto de novo Código Civil, já afirmava, no Supremo Tribunal Federal, que: “a prescrição se situa no âmbito do direito material e não no direito processual. O que prescreve não é o direito subjetivo público de ação, mas a pretensão que decorre da violação do direito subjetivo”. (AI 139.004-3 – 1ª Turma, Relator Ministro Moreira Alves, unânime, DJ 02.02.1996, p. 853, grifo nosso).

39 Na lição sempre segura de Caio Mário da Silva Pereira; “Geralmente, confunde-se o termo inicial da prescrição com uma lesão ao direito. Mais corretamente dir-se-á que ela tem início quando se erige uma situação de fato contrária ao direito”. **Instituições de Direito Civil**, v. I. 19. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2001. p. 444. No mesmo sentido, afirma José dos Santos Carvalho Filho que a prescrição inicia-se “em relação aos atos, no momento em que se tornam eficazes, ou seja, no exato momento em que passam a ter idoneidade de proporcionar situação jurídica contrária àquela defendida pelo titular do direito”. A prescrição judicial das ações contra o Estado no que concerne a condutas comissivas e omissivas. In: **Revista do Ministério Público**, nº 6, p. 117, jul./dez. 1997.

40 Gustavo Kloh Muller Neves. **Prescrição e decadência no Código Civil**. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.) **A parte geral do novo código civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 437

do vigente Código Civil, que exigia a alegação da parte interessada e limitava a possibilidade de apreciação da prescrição de ofício apenas aos incapazes. Por expressa dicção legal (e como decorrência lógica da autorização de acolhimento da prescrição de ofício pelo magistrado), a prescrição pode ser suscitada em qualquer grau de jurisdição⁴¹.

Em virtude da relevância dos fundamentos que a justificam – todos relacionados ao *megaprincípio* da segurança jurídica⁴², a prescrição constitui a regra em nosso ordenamento, sendo a imprescritibilidade a exceção. Assim, conforme já anotou Luís Roberto Barroso, “se o princípio é a prescritibilidade, é a imprescritibilidade que depende de norma expressa, e não o inverso”⁴³. Neste sentido, a Constituição Federal expressamente especifica quais pretensões são imprescritíveis⁴⁴,

41 Dispõe o artigo 303 do Código de Processo Civil: “Depois da contestação, só é lícito deduzir novas alegações quando: [...] III – por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo”. Autoriza em seu art. 193 o vigente Código Civil: “A prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita. O revogado Código Civil (Lei 3.071/1916) também continha dispositivo no mesmo sentido: “art. 162. A prescrição pode ser alegada, em qualquer instância, pela parte a quem aproveita”. A respeito, recentemente assentou o C. Superior Tribunal de Justiça, *litteris*: “1. A prescrição, quer da ação, quer da execução, pode ser argüida a qualquer tempo, em qualquer grau de jurisdição. Não há impedimento à sua veiculação em sede de agravo de instrumento, mormente em hipóteses como a vertente, em que o objeto do inconformismo é ausência de regular intimação, porquanto sobressai como a primeira oportunidade em que coube à parte falar nos autos. 2. O Agravo de Instrumento, conquanto recurso incidental, constitui-se em desdobramento da mesma demanda da qual ele se origina, constituindo via adequada ao reconhecimento da prescrição. 3. Recurso Especial provido, determinando-se a remessa dos autos à instância a quo a fim de que delibere acerca da prescrição argüida.” (STJ – 1ª Turma, REsp 554132 / MG, rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 18/03/2004, DJU 10.05.2004, p. 185).

42 A expressão é de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, quando aduz: “Trata-se, portanto, a *segurança jurídica*, de um *megaprincípio do Direito*, o cimento das civilizações, que, entre outras importantes derivações relevantes para o Direito Administrativo, informa o *princípio da confiança legítima*, o *princípio da boa-fé objetiva*, o instituto de *presunção de validade* dos atos do Poder Público e a *teoria da evidência*”. **Curso de Direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 79.

43 A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da Lei nº 9.873/99. In: **Temas de Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 501.

44 O texto constitucional consagra a imprescritibilidade nas hipóteses de crime de racismo (art. 5º, XLII), de ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático (art. 5º, XLV), e as pretensões de ressarcimento ao Erário em razão de prática ilícita cometida por agente, servidor ou não (art. 37, §5º). Em relação a esta última hipótese, é preciso registrar que imprescritível é somente a pretensão ressarcitória em razão da conduta ilícita. Por outro lado, permanece a regra geral da prescrição das pretensões anulatórias de atos que gerarem prejuízo ao Erário. Neste sentido é a lição de Uadi Lammêgo Bulos, que anota: “Esse dispositivo [art. 37, §5º, CF/88] prevê duas situações distintas: uma relativa à sanção pelo ato ilícito, outra relacionada à reparação do prejuízo. No primeiro aspecto, fica a lei ordinária encarregada de fixar os prazos prescricionais; no segundo, garantiu-se a *imprescritibilidade das ações* – medida considerada imprópria, mas que veio consagrada na Constituição de 1988”, op., cit., p. 665. Por essa razão, é falso afirmar a imprescritibilidade de toda e qualquer pretensão de ressarcimento ao Erário sob o fundamento da previsão do art. 37, §5º, da Constituição Federal. Isto porque a pretensão que visa a recomposição do patrimônio público será imprescritível somente se e quando a ilicitude da conduta que ensejou o alegado prejuízo à Fazenda já tenha sido declarada pelo Poder Judiciário, antes de consumada a prescrição.

preservando, como regra geral, a sua extinção em razão do decurso do tempo e em prol da estabilidade das situações jurídicas. Dessa forma, nas hipóteses de ausência de fixação de prazo prescricional, competirá ao aplicador da lei integrar a lacuna existente através dos elementos que lhe são conferidos pelo ordenamento jurídico, aplicáveis na espécie – os princípios gerais de direito e a analogia⁴⁵.

Registre-se, valendo-nos, ainda uma vez, de lição de Luís Roberto Barroso, que a analogia só é inaplicável nas hipóteses de disposições excepcionais⁴⁶. Como a imprescritibilidade configura a exceção, não se admite a criação de novas pretensões imprescritíveis pelo caminho da analogia, mas “a prescritebilidade, ao contrário, sendo a regra, admite a integração”⁴⁷.

Fixadas essas premissas, analisaremos, a seguir, as hipóteses de integração da Lei nº 7.347/85, no que pertine à ausência de previsão de prazo prescricional para a propositura da ação civil pública.

4 PRESCRIÇÃO, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Em nosso sistema jurídico, é preciso atentar para a singularidade de que, no âmbito da Administração Pública, há normas específicas relativas à prescrição, restando, portanto e a princípio, inoponíveis ao Estado os prazos prescricionais previstos no Código Civil, face à regra da especialidade⁴⁸. Cumpre registrar, porém, que, no tocante às ações reais contra a Administração, o prazo prescricional tem sido considerado pelos Tribunais, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, como sendo o comum de 10 anos, sob o fundamento de que não se pode estabelecer um prazo menor de usucapião em favor dos entes públicos, posto que tal medida importaria na criação de um novo meio de adquirir, não admitido por lei⁴⁹.

45 Art. 4º, Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil) e art. 126, CPC.

46 O aludido autor se apóia na doutrina de Carlos Maximiliano, Francesco Ferrara e Amílcar Falcão, op. cit., p. 501, nota 9.

47 Ibid., p. 501.

48 Art. 2º, §2º, LICC.

49 É o que atestam os seguintes julgados do Pretório Excelso: *RF* 91/401, 99/338; *RT* 116/792; *AJ* 52/155. Nessa direção também se posiciona o Superior Tribunal de Justiça, merecendo transcrição recente aresto, *verbis*: Serra do Mar. Área de Proteção Ambiental. Desapropriação Indireta. Indenização. Ação de Natureza Real. Prescrição Vintenária. Súmula nº 119/STJ. 1. Os proprietários de imóveis com restrição ao direito de uso por imposição legal, têm direito à indenização pelo desfalque sofrido em seu patrimônio, ocupado pelo Poder Público. A ação de desapropriação indireta é de natureza real, não se expõe à prescrição quinquenal. (RESP 94152, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 23/11/1998). 2. As restrições

A prescrição atinente aos interesses da Administração Pública é disciplinada pelo antigo Decreto nº 20.910, de 6.1.1932, recepcionado com força de lei pela Constituição Federal⁵⁰, cujo art. 1º dispõe que “*As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem*”. O aludido diploma foi complementado pelo Decreto-lei nº 4.597, de 19.8.1942, que estendeu a sua aplicação às dívidas passivas das autarquias e, ainda, às entidades de direito privado vinculadas ao Estado, componentes da Administração Indireta. Importante assinalar que, na verdade, o prazo de cinco anos previsto em tais regras não será necessariamente de prescrição, podendo também consubstanciar prazo decadencial⁵¹.

O art. 10 do citado Decreto 20.910/32 contém regra importantíssima ao asseverar que a regra da prescrição quinquenal referente às pretensões deduzidas em face da Administração Pública “não altera as prescrições de menor prazo, constantes das leis e regulamentos, as quais ficam subordinadas às mesmas regras”. Extraímos desse comando normativo a interpretação de que a prescrição das pretensões ajuizadas em face da Fazenda Pública será, em

de uso de propriedade particular impostas pela Administração Pública, para fins de proteção ambiental, constituem desapropriação indireta, devendo a indenização ser pleiteada mediante ação de natureza real, cujo prazo prescricional é vintenário (Precedentes nos REsps: 443.852 e 94.152) [...]’2. Não se aplica o teor do art. 1º, do Decreto nº 20.910/32, às ações desapropriatórias indiretas. O prazo, antes da vigência do Novo Código Civil, para efeitos prescricionais, é de 20 anos’. (STJ - RESP 591948 / SP – Relator: Ministro Luiz Fux – Órgão Julgador: Primeira Turma – data do julgamento: 07/10/2004 - DJ 29.11.2004, p. 237, grifamos).

50 A respeito das razões justificadoras da recepção do aludido Decreto ditatorial com força de lei pela vigente Constituição, confira-se aresto prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: “Responsabilidade Civil do Estado. Reintegração de Posse. Danos Causados por Ato Judicial. Prescrição Quinquenal. Extinção do Processo. Recurso Prejudicado. [...] Tendo o fato que originou a lide acontecido em julho de 1993, quando o mandado reintegratório do Juízo Cível foi cumprido pelo Meirinho, e tendo sido a Inicial da demanda vertente protocolada em outubro de 1999, verificou-se deveras a prescrição quinquenal gizada no Decreto 20.910/32 e no Decreto-lei nº 4.597/42. Ausentes fatores de suspensão e interrupção. Plena recepção do normado à época pelo Governo Provisório após a Revolução de 1930 pela Constituição Federal vigente, como também pelas Cartas pretéritas. Decreto que teve força de lei dado o exercício cumulativo da função legislativa pelo Executivo Nacional. Abrangência, como de cediço reputar, para toda e qualquer ação, de qualquer natureza, a ser intentada em desfavor da Fazenda Pública como um todo. Apelação que se conhece. Prescrição quinquenal que se reconhece, por suscitação ministerial. Extinção do Processo que se procede, com julgamento do mérito”. (TJRJ - Apelação Cível nº 2001.001.15874. Data de Registro: 23/05/2002; Órgão Julgador: Terceira Câmara Cível; Relator: Desembargador Luiz Felipe Haddad. Julgado em 12/03/2002, grifos nossos).

51 Cf. CUNHA, Leonardo José Carneiro da Cunha. Inovações sobre a Prescrição e suas Repercussões nos Processos que envolvem a Fazenda Pública. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 31, p.72-75, out. 2005.

regra, quinquenal, ressalvados os casos em que a lei estabeleça prazos menores⁵². Exemplo recente pode-se extrair do contido no art. 206, §3º, V, do vigente Código Civil, que estabelece a prescrição trienal no que se refere às pretensões de reparação civil. Nessas hipóteses, as pretensões indenizatórias formuladas em face da Administração Pública prescreverão em três anos, excepcionando-se a regra da prescrição quinquenal, em face do que expressamente dispõe o art. 10 do Decreto 20.910/32. Ademais, os prazos especiais relativos à prescrição em favor da Administração Pública buscam, logicamente, beneficiá-la e, não, o que seria absurdo, prejudicá-la. Todavia, o C. Superior Tribunal de Justiça tem entendido que “[i]ncide em todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Pública, seja ela federal, estadual ou municipal, a prescrição quinquenal prevista no art. 1º do Decreto nº 20.910/32. Inaplicável o art. 206, § 3º, IV, do Código Civil”⁵³

O referido Decreto nº 4.597/42 impôs, ainda, ao regime da prescrição das pretensões relativas à Administração Pública a regra segundo a qual os prazos prescricionais referentes às dívidas, direitos, ações a que se refere o Decreto nº 20.910/32 só podem ser interrompidos uma única vez⁵⁴, recomeçando a correr pela metade do prazo, da data do ato que a interrompeu, ou do último processo que visava à interrupção (art. 3º). Este dispositivo foi corroborado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que ressaltou, contudo, não ficar reduzido o prazo prescricional em favor da Fazenda Pública aquém de cinco anos, ainda que o titular do direito tenha o interrompido durante a primeira metade do prazo (Súmula nº 383, STF).

Além desses importantíssimos comandos normativos, que consagram a prescrição referente às pretensões deduzidas contra a Administração Pública, outros diplomas legais, igualmente ligados ao interesse público, prevêm prazos prescricionais de 5 (cinco) anos, seja em favor, seja contra a Administração Pública, de que são exemplos a Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), em seu art. 23; a Lei 9.636/98, no inciso II do seu artigo 47; o art. 54 da Lei 9.784/99,

52 Igual conclusão alcança Leonardo Cunha, op. cit., p.74.

53 AgRg no REsp 1006937/AC, Quinta Turma, Relator o Ministro Felix Fischer, DJe 30/06/2008.

54 Cumpre registrar que a Lei nº 10.406/2002 (novo Código Civil) passa a estabelecer em seu art. 202 que a interrupção da fluência dos prazos prescricionais somente poderá ocorrer uma única vez, ao contrário do antigo estatuto civil, que não continha dispositivo semelhante e permitia, portanto, a interrupção sucessiva da prescrição.

reguladora do processo administrativo na esfera federal; a Lei 9.873/99, em seu art. 1º etc.⁵⁵⁻⁵⁶

A prescrição incide também sobre os atos administrativos inválidos, porquanto, conforme já anotou José dos Santos Carvalho Filho, o interesse público que decorre do princípio da estabilidade das relações jurídicas é tão relevante quanto a necessidade de restabelecimento da legalidade dos atos administrativos, de forma que deve o ato permanecer seja qual for o vício de que esteja inquinado⁵⁷.

Dessa forma, na hipótese de ausência legal de prazo prescricional para a propositura de demanda contra ou em favor da Administração Pública, deve ser aplicado, como regra, o prazo quinquenal e o regime

55 A respeito da homogeneidade concernente à fixação do prazo prescricional quinquenal quando estão em jogo interesses públicos, já observou Celso Antônio Bandeira Mello: “Vê-se, pois, que este prazo de cinco anos é uma constante nas disposições gerais estatuídas em regras de Direito Público, quer quando reportadas ao prazo para o administrado agir, quer quando reportadas ao prazo para a Administração fulminar seus próprios atos. Ademais, salvo disposição legal explícita, não haveria razão prestante para distinguir entre Administração e administrados no que concerne ao prazo ao cabo do qual faleceria o direito de reciprocamente se proporem ações”. **Curso de Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 211.

56 Neste sentido, já assinalou Luís Roberto Barroso que “o direito administrativo adotou como regra, desde sempre, o prazo máximo de prescrição de 5 (cinco) anos, tanto em favor da Administração, como contra ela. É a constatação inevitável que se extrai do exame: (i) da legislação administrativa, (ii) da doutrina, (iii) da jurisprudência, (iv) do comportamento da própria Administração”. O eminente autor arrola diversos exemplos legislativos (como, v.g., artigos 168, 173 e 174 do Código Tributário Nacional; art. 28 da Lei nº 8.884/94 (Lei do CADE); art. 1º da Lei nº 6.838/80, dentre outros), assim como posições da jurisprudência e da doutrina administrativista para comprovar seu argumento. *Op. cit.*, pp. 506-510.

57 *Manual de Direito Administrativo*, 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 134. A posição jurisprudencial, registre-se, é tranqüila quanto ao ponto, como atesta acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, na Apelação Cível 290351, relatada pelo Juiz Antônio Cruz Netto, *litteris*: “Administrativo. Ação Visando Anulação de Ato Administrativo. Prescrição Quinquenal. Decreto nº 20.910/32. Recurso Adesivo Prejudicado. Litigância de Má-Fé. Inocorrência. 1-) Segundo a jurisprudência do STF e STJ o ato administrativo, quer seja nulo, quer seja anulável, sujeita-se à prescrição quinquenal prevista no Decreto nº 20.910/32 (STF-RE 107.503-MG, Rel. Min. Otávio Galloti, STJ-MS 7.226/DF, Rel. Min. Jorge Scartezzini) (Segunda Turma – Processo: 200202010251009 / RJ, DJU data: 17.02.2003 p. 131). E ainda: Processual Civil e Administrativo. Ação Civil Pública Visando Anulação de Nomeação de Servidor. Legitimidade Ativa. Prescrição Quinquenal. Decreto nº 20.910/32. Ocorrência. 1. O Ministério Público tem legitimidade para propor ações civis públicas com o fito de proteger o patrimônio público e a moralidade administrativa, inclusive quando o provimento jurisdicional almejado consista na anulação de atos lesivos ao erário. Precedentes do STF. 2. A jurisprudência dos Tribunais Superiores é unânime do sentido de que o ato administrativo, quer seja nulo, quer seja anulável, sujeita-se à prescrição quinquenal prevista no Decreto nº 20.910/32. Ressalvado o entendimento do Relator. 3. As Portarias atacadas foram formalizadas em 22.12.1988 e a ação civil pública só veio a ser ajuizada em 10.05.1996, quando já decorrido o lustro prescricional. 4. Apelações providas para promulgar a prescrição quinquenal da pretensão anulatória do Ministério Público Federal. (TRF - Quinta Região - Apelação Cível nº 303863 Processo: 200205000238131/PB. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Desembargador Federal Francisco Wildo. Fonte. Data da decisão: 01/04/2004 Documento: TRF500083459. DJ - Data: 19/05/2004 p. 1083 nº 95. unânime. Data da publicação: 19/05/2004).

jurídico de prescrição previstos nos diversos diplomas administrativos (acima indicados), tendo em vista que a regra é a prescritibilidade.

Esse tem sido o entendimento esposado pela nossa melhor doutrina publicista, merecendo registro o escólio de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que, em sua afamada obra, assevera:

Ficamos com a posição dos que, como Hely Lopes Meirelles, entendem que, no silêncio da lei, a prescrição administrativa ocorre em cinco anos, nos termos do Decreto n. 20.910/32. Quando se trata de direito oponível à Administração, não se aplicam os prazos do direito comum, mas esse prazo específico aplicável à Fazenda Pública; apenas em se tratando de direitos de natureza real é que prevalecem os prazos previstos no Código Civil, conforme entendimento da jurisprudência.⁵⁸

Com efeito, em se tratando de interesses administrativos, são inaplicáveis os prazos previstos no Código Civil, sob pena de violação à regra da especialidade, posto que há normas próprias, de Direito Administrativo, que regem as relações travadas com a Administração Pública⁵⁹. Aliás, como acentua Celso Antônio Bandeira de Mello, sendo tão profundamente distintas as razões que informam o Direito Civil das que inspiram o Direito Público, “nem mesmo em tema de prescrição caberia buscar inspiração em tal fonte”, mas, ao contrário, impõe-se indagar qual o tratamento atribuído ao tema prescricional ou decadencial em regras genéricas de Direito Público⁶⁰.

Podemos fixar uma primeira conclusão, portanto: quando os fatos e fundamentos jurídicos da ação civil pública forem referentes a

58 **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 634. Assim também, dentre vários outros autores, se posiciona Celso Antônio Bandeira de Mello, que acentua: “Isto posto, estamos em que, *faltando regra específica que disponha de modo diverso*, o prazo para a Administração proceder judicialmente contra os administrados é, como regra, de cinco anos, quer se trate de atos nulos, quer se trate anuláveis”. op. cit., p. 211.

59 Para nós, ressalvados os casos enquadrados na regra constante do art. 10 do citado Decreto 20.910/32, que expressamente indica que os prazos menores ao referido nesse diploma (5 anos) são oponíveis à Administração Pública. Já consignamos, contudo, que não é esse o posicionamento prevalente na jurisprudência.

60 Ibid. p. 210. Luís Roberto Barroso acentua que “quando se afirma a autonomia do direito administrativo, isto significa que ele não é direito excepcional ou estrito relativamente a qualquer outro ramo do direito, mas apresenta institutos e instrumentos próprios, bem como princípios e regras que lhe são peculiares. Daí por que a interpretação de suas disposições será orientada por seus próprios princípios e a integração de suas lacunas deverá efetivar-se por normas que pertençam ao seu domínio, salvo se inexistentes.” op. cit., p. 505.

uma relação de Direito Administrativo, independentemente do pólo em que figurar a Administração Pública na relação processual, aplica-se a regra da prescrição quinquenal prevista no art. 1º do Decreto nº 20.910/32 e em diversos outros diplomas legais que regem relações jurídico-administrativas.

5 PRESCRIÇÃO, AÇÃO POPULAR E AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A partir dessa primeira conclusão, resta examinar qual a solução aplicável às hipóteses em que os fatos e fundamentos deduzidos na ação civil públicas não encerrem relações jurídicas de Direito administrativo. Obviamente que, nestes casos, não será legítima a aplicação do prazo prescricional apontado no Decreto 20.910/32, oponível à Administração Pública, posto que ausente o ponto de semelhança essencial que autorizaria a integração. Há que se perquirir, portanto, se há no ordenamento outros preceitos que, contendo a mesma razão fundamental inspiradora da criação da ação civil pública, permitam a aplicação analógica, decorrendo daí a importância da análise – ainda que sintética – que realizamos a respeito do objeto da tutela da ação civil pública.

Como já examinamos, a Lei nº 7.347/85 arrola como objeto da tutela instrumentalizada pela ação civil pública o meio ambiente, o consumidor, os bens e direitos de valor artístico estético, histórico, turístico e paisagístico, a ordem econômica e a economia popular, a ordem urbanística. Evidenciando que esse rol não é taxativo, o aludido diploma, em seu art. 1º, V, indica que a ação civil pública se destina, ainda, a tutelar “*qualquer outro interesse difuso ou coletivo*”.

Indubitavelmente que a ação popular, prevista em nossa ordem jurídica antes mesmo do surgimento da ação civil pública, é instrumental que se destina a amparar, assim como a ação civil pública, direitos de índole transindividual. É, aliás, a própria Constituição Federal que afirma a natureza metaindividual dos interesses que a ação popular se destina a tutelar: patrimônio público, moralidade administrativa e meio ambiente (art. 5º, LXXIII). O intuito do legislador foi conferir maior proteção a esses bens, ao permitir ao cidadão postular em juízo pela sua proteção, mesmo diante de eventual inação do Ministério Público, dos Tribunais de Contas e até mesmo dos próprios entes e entidades componentes da Administração Pública.

Revela-se evidente, portanto, a similitude dos objetos da tutela da ação civil pública e da ação popular, havendo perfeita identidade de razões que ensejaram a criação de tais mecanismos, ambos indispensáveis para a efetivação do sistema de tutela coletiva previsto na ordem jurídica. Tal assertiva se infere, inclusive, a partir do exame das principais diferenças existentes entre a ação civil pública e a ação popular, quase todas de natureza processual e, dessa forma, inidôneas a afastar os pontos substanciais comuns entre os bens que ambas se destinam a amparar⁶¹.

A própria Lei n° 7.347/85 trata de acentuar a similitude existente entre os interesses tuteláveis por esses dois importantíssimos instrumentos de realização da tutela coletiva⁶², preceituando esse diploma que as ações de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao patrimônio público e a outros interesses coletivos ou difusos serão por ele regidas, “*sem prejuízo da ação popular*” (art. 1º, *caput*).

Dessa forma, não é possível destacar inteiramente a ação popular do amplo campo de incidência da tutela instrumentalizada pela ação civil pública, nem tampouco traçar uma escala hierárquica, que confira graus de importância distintos a esses mecanismos, porquanto suas funções na ordem jurídica e assim também as razões que motivaram o legislador a construir tais instrumentais, ambos essenciais para a realização plena do Estado Democrático de Direito, identificam-se na pretensão de amparar os interesses difusos e coletivos, em seus diversos

61 Podem ser apontadas como principais distinções entre a ação civil pública e a ação popular: (i) a legitimidade ativa – somente o cidadão pode figurar como autor da ação popular (atuando o Ministério Público como *custos legis*), enquanto que a legitimação ativa na ação civil pública é conferida ao Ministério Público e aos entes e entidades mencionados no art. 5º da Lei n° 7.347/85; (ii) a competência – na ação civil pública, a competência do foro do local do dano é absoluta (art. 2º da Lei n° 7.347/85), diversamente do que ocorre na ação popular, que segue a regra geral do Código de Processo Civil (art. 5º da Lei n° 4.717/65); (iii) o pedido – em caso de procedência da ação popular, os responsáveis e beneficiários serão condenados no pagamento de perdas e danos (art. 11 da Lei n° 7.717/85), enquanto que a ação civil pública poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 3º da Lei n° 7.347/85). Sobre o tema, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, verbis: “Ação civil pública. Condenação cumulativa. Impossibilidade. A ação civil pública não pode ter por objeto a condenação cumulativa em dinheiro e cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.” (STJ – Primeira Turma, REsp 94.298-RS, relator o Ministro Garcia Vieira, julgado em 06.05.1999, unânime, DJU 21.06.1999, p. 76). A respeito de tais distinções, vide Guilherme Magalhães Martins e Humberto Dalla Bernardina de Pinho em Algumas considerações sobre a Lei de Ação Popular. In: **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 6, p. 79, jul./dez, 1997.

62 Como já registramos em obra de nossa autoria, “à institucionalização do Estado Moderno, no plano político, com o conseqüente fortalecimento dos direitos individuais, sociais e, mais hodiernamente, dos direitos difusos, corresponde, no plano jurídico-dogmático, ao surgimento e ulterior fortalecimento do Direito Público, em atenção à efetiva proteção destes direitos.” **Mandado de segurança contra atos jurisdicionais**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 5.

aspectos. Ambas possuem, à evidência, um núcleo comum. Não é por outra razão que em alguns casos será possível até mesmo a utilização da ação popular e da ação civil pública para postular a tutela da mesma espécie de bens jurídicos.

Ante tais considerações, pode-se concluir pela aplicabilidade, pela via da analogia *legis*⁶³, do prazo prescricional quinquenal para a propositura de ação popular, previsto na norma contida no art. 21 da Lei 4.717/65, à ação civil pública.

Neste sentido já se manifestou a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, em recurso especial relatado pelo Ministro Luiz Fux, à unanimidade, assentou que, *litteris*:

a ação civil pública não veicula bem jurídico mais relevante para a coletividade do que a ação popular. Aliás, a bem da verdade, hodiernamente ambas as ações fazem parte de um microsistema de tutela dos direitos difusos onde se encartam a moralidade administrativa sob seus vários ângulos e facetas. Assim, à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, inafastável a incidência da analogia *legis*, recomendando o prazo quinquenal para a prescrição das Ações Cíveis Públicas, tal como ocorre com a prescritibilidade da Ação Popular, porquanto *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*.⁶⁴

E, mais recentemente, em sede de recurso especial da relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, voltou a registrar, unanimemente, tal entendimento, *verbis*:

[...] o prazo prescricional, ante a omissão da Lei 7.347/85, deve ser, por analogia, o previsto no art. 21 da Lei 4.717/65, tendo em

63 Na conhecida lição de Carlos Maximiliano, a analogia *legis* escora-se em uma regra já existente, aplicável a hipótese semelhante em sua essência; a analogia *juris*, por outro lado, apóia-se no conjunto de normas disciplinadoras de um instituto que tenha pontos comuns com aquele que os textos jurídicos deixaram de contemplar. Como sintetiza o eminente autor, “a primeira encontra reservas de soluções nos próprios repositórios de preceitos legais; a segunda, nos princípios gerais de Direito”. Op. cit., p. 255.

64 REsp 406545 / SP, data da decisão: 21.11.2002. DJ 09/12/2002 p. 292. No mesmo aresto, assentou-se que “A carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas” (grifos nossos).

vista que a pretensão poderia perfeitamente ser exercida por meio de ação popular, igualmente adequada à defesa de interesses de natureza impessoal, pertencentes à coletividade, nos termos do art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.⁶⁵

6 CONCLUSÃO

Muito embora a Lei nº 7.347/85 silencie quanto ao prazo prescricional para a propositura de ação civil pública, as pretensões por sua via deduzidas submetem-se à regra da prescrição quinquenal.

Em primeiro lugar, porque a imprescritibilidade é excepcional, devendo, portanto, vir sempre expressa na lei, como assim o fez o constituinte originário, ao apontar as hipóteses de pretensões imprescritíveis. Ademais, a imprescritibilidade atenta contra o princípio constitucional da segurança jurídica, à medida em que autoriza a nociva perpetuidade das relações jurídicas constituídas e já consolidadas pelos efeitos do tempo, frustrando, assim, uma das funções precípuas do Direito, que é a de atribuir certeza às relações sociais e impedir, dessa forma, eventual atuação arbitrária por parte do Estado e dos particulares.

Como a prescrição é a regra na ordem jurídica, admite a analogia sempre que a lei for omissa no tocante à previsão de prazo prescricional.

Nas hipóteses em que a relação jurídica deduzida for de natureza jurídico-administrativa, aplica-se à ação civil pública a regra da prescrição quinquenal prevista no Decreto nº 20.910/32, recepcionado com força de lei pela Constituição Federal. Nos demais casos, incide, pela via analógica, o prazo prescricional, também de 05 (cinco) anos, previsto para a propositura de ação popular, ante a identidade dos bens que tais ações constitucionais se destinam a amparar.

Como se pode constatar, o assunto está a merecer a devida atenção do Judiciário, eis que a prescrição é instituto informado por princípios que se vinculam ao interesse público e à segurança jurídica.

65 REsp 912612 /DF, data da decisão: 12.08.2008. DJe 15/09/2008. Vide, ainda, no mesmo sentido: REsp 764278 / SP, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 28/05/2008.

Em assim sendo, o seu afastamento ou a sua aplicação inadequada, por essas razões, gera temerária instabilidade social e vulnera princípios constitucionais.

7 REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1986.

BARROSO, Luís Roberto. **A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da Lei nº 9.873/99**. Temas de Direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do Direito civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 2, nº 5, janeiro-março/1977.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito administrativo**, 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Ação civil pública. Comentário por artigo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. A prescrição judicial das ações contra o Estado no que concerne a condutas comissivas e omissivas. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 6, jul./dez. 1997.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito comercial**. v. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da Cunha. Inovações sobre a Prescrição e suas Repercussões nos Processos que envolvem a Fazenda Pública. **Revista**

Dialética de Direito Processual, n. 31, p.72-75, out. 2005.

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

FACCI, Lucio Picanço. **Mandado de segurança contra atos jurisdicionais**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito civil**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FILARDI, Hugo. Ação civil pública e acesso à justiça. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 18, p. 46-61, set. 2004.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

JACQUES, Paulino. **Curso de Direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1958.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O custo e o tempo do processo civil brasileiro**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 20 jun. 2005.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, José Frederico. **As ações populares no direito brasileiro**. RT 266/11.

MARTINS, Guilherme Magalhães; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Algumas considerações sobre a Lei de Ação Popular. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 6, jul./dez. 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO FILHO, José Celso de. **Constituição federal anotada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NEVES, Gustavo Kloh Muller. Prescrição e decadência no código civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.) **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NUSDEO, Fábio. Verbete "Ambiente". **Enciclopédia Saraiva do Direito**. v. 6. São Paulo: Saraiva, 1977.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Teoria geral do Direito civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito civil**. v. I. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

TUCCI, Rogério Lauria. Ação civil pública: abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Poder Judiciário. In: WALD, Arnoldo (coord.) **Aspectos polêmicos da ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2003.

O EFEITO “CARONA” NO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

*Luiz Antonio Miranda Amorim Silva
Procurador Federal
na PFE-INSS de São José dos Campos
Graduado pela Faculdade de Direito do Recife/UFPE*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 1 Fundamentos da Licitação; 2 O registro de preços; 3 O efeito “carona”; 4 Da constitucionalidade e legalidade do efeito “carona; 5 Conclusão; 6 Referências.

RESUMO: Análise jurídica sobre o efeito “carona” no sistema de registro de preços. Em primeiro plano, apresenta-se a problematização do tema eleito destacando-se a sua relevância dentro do estudo de licitação. Passa-se, então, ao desenvolvimento, buscando as raízes da questão no próprio fundamento constitucional e legal da obrigatoriedade de licitar. Explica-se o sistema de registro de preço e se parte, deste ponto, para uma análise específica do que a legislação federal estabelece sobre o efeito “carona”, com a determinação do que significa a aceitação deste efeito. Examina-se, em seguida, a constitucionalidade e legalidade de tal efeito. Prosseguindo em dita análise, estuda-se os limites para a aplicação da “carona” valorando sua suficiência na preservação dos fundamentos constitucionais destacados. Revela-se, nesse contexto, o aparente posicionamento do Tribunal de Contas da União e a posição de especialistas em licitação. Finalmente, propõe-se a solução para a questão que melhor se harmoniza, na opinião do autor, ao Direito brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Carona. Registro. Preços. Licitação.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil apresenta, como uma das principais normas que envolvem a Administração Pública, o inciso XXI, de seu Art. 37, que aponta pela obrigatoriedade da licitação. Examine-se:

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratadas mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o que somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Em comentário ao referido dispositivo, o jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes assevera que “Todas as unidades da Federação e todos os Poderes dessas unidades, assim como obviamente da própria União, assujeitam-se à obrigatoriedade de licitar¹.”

Assim, a Constituição Federal é expressa no que diz respeito à necessidade, excepcionado os casos previstos em lei, de adoção de certame que, atendendo ao princípio da isonomia e da competitividade, assegure a contratação mais vantajosa para a Administração Pública.

Ocorre que, como forma de assegurar a própria eficiência da Administração Pública, princípio constitucional a nortear sua atuação (Art. 37, caput), a lei contempla algumas formas de procedimento que minimizam o rigor, na contratação, de forma a tornar mais ágil a Administração.

Dentre esses instrumentos de simplificação, tem-se a possibilidade do registro de preços. Este provém de verdadeiro procedimento licitatório, contudo, conta com a vantagem de munir o administrador da possibilidade de contratação imediata assim que a necessidade da administração venha a surgir. Isso porque, com o registro de preços, já se sabe com quem e a que preço a Administração irá contratar.

1 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. p. 36.

O Registro de preços, por derivar de licitação, por observar o princípio da isonomia, da competitividade e por garantir, ainda, a melhor contratação, não avilta, em primeira análise, qualquer princípio constitucional, sendo assim, compatível com o ordenamento jurídico nacional.

No entanto, o objeto do presente estudo lida, exatamente, sobre forma de utilização corriqueira do sistema de registro de preços, a aceitação do efeito “carona”. Pois este parece, em determinadas situações, ferir a lei de licitações, princípios constitucionais e o próprio sentimento de moralidade média.

Explica-se, o uso ilimitado do comumente chamado efeito “carona”, objeto da análise proposta, como se apontará, além de gerar a possibilidade de conferir tratamento privilegiado a alguns particulares, também apresenta o risco de afastar a Administração da contratação mais vantajosa.

Logo, o tema eleito versa, essencialmente, sobre a legalidade ou ilegalidade e sobre constitucionalidade ou inconstitucionalidade da utilização do efeito “carona”, caracterizado por ser simplificação, dentro do sistema de registro de preços, do processo aquisitivo de bens e serviços pela Administração Pública.

Por isso, o presente exame é iniciado por uma reflexão quanto aos fundamentos constitucionais e legais da licitação, analisando-se os princípios norteadores da Administração Pública que tenham pertinência para o enfrentamento da questão eleita como tema.

Passa-se, em seguida, a capítulo segundo, no qual se estuda o próprio sistema de registro de preços, sua conceituação, características e fundamentos constantes de lei e da Constituição.

Em capítulo posterior, estuda-se a possibilidade de adesão de outros órgãos ao registro de preços feito por determinado órgão, apresentando dispositivos da legislação federal vigente quanto a tal prática comumente denominada de efeito “carona”. Analisa-se, inclusive, a adesão de órgão de ente federado distinto ao do realizador do registro de preços. Desse modo, examina-se a possibilidade do efeito “carona” entre entes do mesmo âmbito federativo e, também, deste efeito entre entes de âmbitos distintos da federação.

Avalia-se, então, no quarto capítulo, a suficiência ou insuficiência dos limites ora existentes para a aplicação do efeito “carona”, revelando a posição aparente do Tribunal de Contas da União (TCU) e referindo a opinião de alguns juristas que, em seus estudos, já enfrentaram o tema em exame.

Como arremate, em conclusão, propõe-se solução que, no sentir do autor do presente artigo, aparenta-se como a mais harmônica ao ordenamento jurídico nacional.

2 FUNDAMENTOS DA LICITAÇÃO

Como se antecipou, em apresentação do tema destacado, a obrigatoriedade da licitação, para a contratação de bens e serviços pela Administração Pública, encontra previsão constitucional no inciso XXI do Art. 37 da Constituição.

Tal dispositivo é explícito na consagração do princípio da igualdade como base para que a Administração possa eleger com quem irá contratar.

Ao apontar o princípio da igualdade como princípio da licitação, Celso Antônio Bandeira de Mello doutrina:

O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia².

Ainda em relação princípio da igualdade, cabe a lição de Ivan Barbosa Rigolin e Marco Tullio Bottino. Observe-se:

Aplicando-se o princípio à licitação, significa que, em tese, em princípio, abstratamente, antes de se iniciar alguma legítima diferenciação entre possíveis licitantes, todos eles disfrutam do mesmo, idêntico, direito de concorrer a contratante com a Administração. A igualdade nesse caso é a de expectativa: todos, em

² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 512.

princípio, têm iguais expectativas de contratar com a Administração – vencerá a competição o que mais vantagem lhe propiciar³.

Decorre, pois, logicamente, do princípio da igualdade e da busca do contrato mais vantajoso para a Administração o princípio da competição ou competitividade no âmbito das licitações.

Nesse contexto, observe-se o princípio da impessoalidade integrar, também, a própria fundamentação da licitação, pois este, como leciona Marçal Justen Filho, “Exclui o subjetivismo do agente administrativo. A decisão será impessoal quando derivar racionalmente de fatores aheios à vontade psicológica do julgador. A impessoalidade conduz a que a decisão independa da identidade do julgador”⁴.

Contudo, não se pode olvidar do fato de a própria necessidade de instauração da licitação, procedimento em competição, impessoal e garantista da igualdade de condições aos particulares, derivar do ideal de moralidade administrativa.

Analisando a importância da moralidade como fundamento para a imperatividade do processo licitatório, o administrativista José dos Santos Carvalho Filho pontua:

Erigida atualmente à categoria de princípio constitucional pelo Art. 37, caput, da CF, a moralidade administrativa deve guiar toda a conduta dos administradores. A estes incumbe agir com lealdade e boa-fé no trato com os particulares, procedendo com sinceridade e descartando qualquer conduta astuciosa ou eivada de malícia⁵.

Logo, a necessidade de licitar equivale à de concretizar o respeito ao princípio da moralidade administrativa no processo de seleção das possibilidades de contratação disponíveis para a Administração Pública.

3 BOTTINO, Marco Tulio; RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Manual Prático das licitações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 105.

4 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 52.

5 FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2005. p. 200.

O citado Jurista, nesse sentido, assevera:

A licitação veio prevenir eventuais condutas de improbidade por parte do administrador, algumas vezes curvados a acenos ilegítimos por parte de particulares, outras levados por sua própria deslealdade para com a Administração e a coletividade que representa⁶.

Logo, apesar de a licitação se mostrar, em muitos casos, como um processo moroso e exigir uma séria de formalidades, não pode ser afastada sob pena de lesar a igualdade de oportunidade, a impessoalidade, a moralidade administrativa e o próprio interesse público primário.

Faz-se imprescindível destacar, nesse contexto, o Art. 3º da Lei 8.666/93, a Lei de licitações, a demonstrar, com clareza, o escopo da licitação e aquilo que deve ser observado na realização desse procedimento. Observe-se:

Art. 3. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Portanto, ainda que apresente deficiências, a licitação é necessária por ser o meio, apontado pela Constituição e regulamentado por lei, de materializar tais princípios na atuação da Administração para selecionar seus contratantes.

Contudo, é preciso lembrando fato de também ser a eficiência princípio constitucional do Direito Administrativo, o que gera uma certa legitimação das tentativas legais e, até um certo limite, de intentos infralegais de tornar a Administração Pública mais leve, isto é, mais célere em sua atuação.

Quanto à abrangência do princípio constitucional da eficiência, uma vez mais, José dos Santos Carvalho Filho esclarece:

6 Loc. cit.

Vale a pena observar, entretanto, que o princípio da eficiência não alcança apenas os serviços públicos prestados diretamente à coletividade. Ao contrário, deve ser observado também em relação aos serviços administrativos internos das pessoas federativas e das pessoas a ela vinculadas. Significa que a Administração deve recorrer à moderna tecnologia e aos métodos hoje adotados para obter a qualidade total da execução das atividades a seu cargo, criando, inclusive, novo organograma em que se destaquem as funções gerenciais e a competência dos agentes que devem exercê-las⁷.

Nessa perspectiva, observa-se uma otimização considerável do processo de licitação com a criação do pregão e sua utilização constante, com a realização sistemática de pregão eletrônico, com o uso reiterado do Registro de preços e com o próprio efeito “carona” nesse sistema.

Ocorre que, em busca da eficiência, da desburocratização e de uma maior celeridade na atuação da Administração Pública, não se pode passar a supressão dos valores fundantes da licitação.

Outra não é a lição da jurista Dora Maria de Machado. Atente-se:

Não obstante, a pretendida efetividade da atuação estatal, voltada para a satisfação das necessidades dos administrados, não prescinde da observância de todos os cânones regedores da atuação da Administração Pública, sob pena de restar a coletividade presa ao subjetivismo da atuação do administrador público. A eficiência norteia-a-se por parâmetros objetivos, calcados em outros princípios condutores da Administração Pública, como os princípios da legalidade, moralidade, economicidade e impessoalidade. De outra forma estar-se-ia atribuindo ao princípio da eficiência força de atuação que se sobreporia aos demais princípios – o que, levado ao extremo, configuraria risco ao Estado de Direito⁸.

Assim, é preciso perquirir se, e até que ponto, a utilização do efeito “carona”, no registro de preços, encontra guarida no ordenamento jurídico nacional.

7 CARVALHO FILHO. *op. cit.*, p. 22.

8 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RAMOS, Dora M. O.; SANTOS, Marcia Walquíria Batista dos.; D’AVILA, Vera Lúcia Machado. **Temas Polêmicos sobre licitações e contratos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 47.

Para tanto, urge um aprofundamento do estudo do registro de preços.

2 O REGISTRO DE PREÇOS

O Sistema de Registro de Preços (SRP) é caracterizado por ser uma ferramenta de grande utilidade para Administração Pública, como aponta o especialista em licitação Marçal Justen Filho:

O Sistema de Registro de Preços (SRP) é uma das mais úteis e interessantes alternativas de gestão de contratações colocada à disposição da Administração Pública. As vantagens propiciadas pelo SRP até autorizam a interpretação de que sua instituição é obrigatória por todos os entes administrativos, não se tratando de uma mera escolha discricionária⁹.

Celso Antonio Bandeira de Melo, de forma bastante didática, apresenta a seguinte lição quanto ao registro de preços:

O “registro de preços” é um procedimento que a Administração pode adotar perante compras rotineiras de bens padronizados ou mesmo na obtenção de serviços. Neste caso, como presume que irá adquirir os bens ou recorrer a estes serviços não uma, mas múltiplas vezes, abre um certame licitatório em que o vencedor, isto é, o que ofereceu a cotação mais baixa, terá seus preços “registrados”. Quando a promotora do certame necessitar destes bens ou serviços irá obtê-los, sucessivas vezes se for o caso, pelo preço cotado e registrado¹⁰.

É preciso, destacar, para evitar qualquer incompreensão, que o registro de preços não é uma modalidade de licitação. Observe-se, nesse ponto, a ponderação da professora Flávia Cristina Moura de Andrade ao destacar que “Registro de preços não é modalidade de licitação, mas de procedimento para situações de fornecimento contínuo. Ressalte-se que o registro de preços é precedido de concorrência”¹¹.

9 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 144.

10 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. Malheiros: São Paulo, 2006. p. 547.

11 ANDRADE, Flávia Cristina Moura de. **Elementos do Direito Administrativo**. 2. ed. Premier: São Paulo, 2008. p. 183.

Não se pode, tampouco, confundir o registro de preços com os registros cadastrais, pois estes têm finalidade diversa, conforme se observa do exame feito por Hely Lopes Meirelles:

Registros cadastrais são assentamentos que se fazem nas repartições administrativas que realizam licitações, para fins de qualificação dos interessados em contratar com a Administração, no ramo de suas atividades (art. 34 a 37 e 51).

A função precípua do certificado de registro cadastral (CRC) era a de substituir os documentos exigidos para a habilitação, como ocorria na vigência do Estatuto anterior (art. 25, §8), dispensando as empresas e profissionais da apresentação daquela volumosa e custosa papelada em cada licitação. A lei 9.648, de 27.5.98, veio dar nova redação ao §2 do art 32 da Lei 8.666/93, de forma a permitir uma interpretação mais consentânea com os seus objetivos: agora, o CRC substitui todos os documentos enumerados nos arts. 28 a 31, desde que tais informações estejam disponibilizadas em sistema informativo de consulta direta indicado no edital, obrigando-se a parte a declarar, sob as penas da lei, a superveniência de fato impeditivo da habilitação¹².

O fundamento legal do registro de preços encontra-se no inciso II, do Art. 15, da lei 8.666/93:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas;

II - ser processado através do sistema de registro de preços;

[...]

Embora tal dispositivo trate apenas de compras, como se vê das palavras supratranscritas de Celso Antonio Bandeira de Melo, é

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26. ed. Malheiros: São Paulo, 2001. p 302.

tranquilo o entendimento de que o registro de preços pode ser utilizado na aquisição de serviços para a Administração Pública.

A lei de licitações, entre outras disposições, determina a regulamentação por decreto do sistema de registro de preços e a validade do registro limitada a um ano. Examine-se, pois, os seguintes dispositivos, também, constantes do Art. 15 da lei 8.666/93:

§3 O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais, observadas as seguintes condições:

I – seleção feita mediante concorrência;

II – estipulação prévia do sistema de controle e atualização dos preços registrados;

III – validade do registro não superior a 1 (um) ano.

Na lição da jurista Odete Medauar, “o sistema de registro de preços deve ser regulamentado por decreto para cada âmbito administrativo (federal, estadual, municipal)”¹³.

No âmbito da União, tem-se, atualmente, o Decreto 3.931/2001, este apresenta, no inciso I, do Art. 1, definição de registro de preços, “I-Sistema de Registro de Preços - SRP - conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras”

Em tal definição, tem-se clara a vantagem da utilização desse sistema, a preparação para contratação futura. O registro de preços favorece o planejamento na medida em que o procedimento licitatório é realizado antes mesmo de surgir a necessidade efetiva da contratação pela Administração.

Enfatize-se que a Administração poderá exigir a prestação, no momento em que a necessidade desta surgir, pois o beneficiário do registro vincula-se à prestação licitada. Assim, explica Diógenes

13 MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 189.

Gasparini ao ressaltar que “Uma vez registrados os preços, estes valerão para todas as compras futuras que forem do interesse da entidade promotora do registro, restando seu fornecedor obrigado à provisão do bem quando e como solicitado”¹⁴.

O fato de haver certa probabilidade de que será necessária a aquisição de determinado bem ou serviço, de forma freqüente, é suficiente para que a licitação com a finalidade de registrar preços seja realizada.

Note-se o fato de o §4, do Art. 15, da Lei 8.666/93, esclarecer que a Administração não se vincula ao Registro de Preços, mas este apenas gera a o direito de preferência ao seu beneficiário:

§4. A existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir, ficando-lhe facultada a utilização de outros meios, respeitada a legislação relativa às licitações, sendo assegurado ao beneficiário do registro preferência em igualdade de condições.

O Art. 7 do Decreto regulamentador da União especifica o exame da questão clareando tal sistemática. Observe-se:

Art. 7. A existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir, facultando-se a realização de licitação específica para a aquisição pretendida, sendo assegurado ao beneficiário do registro a preferência de fornecimento em igualdade de condições.

Desse modo, é possível que haja nova licitação mesmo com a existência do registro de preços, mas, sendo a proposta idêntica ou inferior a registrada, há preferência do beneficiário do registro de preços.

Da disciplina legal do Registro de preços, merece, ainda, ênfase a disposição do §6, do Art. 15, da lei 8666/96, “Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar preço constante do quadro geral em razão de incompatibilidade desse com o preço vigente no mercado”, que estabelece a fiscalização do sistema de registro de preços por toda

14 GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 450.

sociedade, apontando, como se pode observar que qualquer particular pode questionar eventual incompatibilidade do preço registrado com o praticado no mercado.

Portanto, observa-se, conforme se adiantou em análise introdutória, que o registro de preços, embora seja uma ferramenta de aceleração da atuação da Administração Pública e de redução da burocracia, não apresenta incompatibilidade com o sistema de licitatório estabelecido por lei e pela Constituição.

Exatamente porque, no registro de preços, permanece a observância do princípio da competitividade, da igualdade de condições entre os licitantes entre outros princípios licitatórios. Enfatize-se, a licitação, no registro de preços, ainda continua a existir, o que muda é apenas a sua finalidade, pois visa registrar o preço para futura contratação.

Desse modo, os valores que balizam a licitação continuam preservados no registro de preços que recebe disciplina legal enxuta, porém de clareza razoável, com limites estabelecidos para evitar seu uso de forma perversa.

Todavia, ao menos em um aspecto de sua utilização, parece inexistir uma delimitação suficiente, trata-se, exatamente, da possibilidade do efeito “carona” que passa a ser analisada, a partir desse momento, de forma específica.

3 O EFEITO “CARONA”

O que se convencionou, na rotina da Administração, a se chamar de efeito “carona” é a possibilidade, segundo o Art.8 do Decreto 3.931/2001, de um órgão distinto do que realizou o registro de preços se utilizar desse registro.

A denominação de efeito “carona” ocorre, exatamente, pelo fato de um ente administrativo tomar “carona” no registro realizado por outro ente. Pois, enquanto determinado setor da administração teve que percorrer todas as etapas da licitação para obter o registro de preços, um outro ente administrativo, simplesmente, contrata, diretamente, beneficiando-se do registro de preços que já estava pronto.

Cabe, pois, a leitura atenciosa do dispositivo infralegal destacado:

Art. 8. A Ata de Registro de Preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da Administração que não tenha participado do certame licitatório, mediante prévia consulta ao órgão gerenciador, desde que devidamente comprovada a vantagem.

Logo, a regulamentação entendeu que a Lei de licitações possibilitou a permissão, no âmbito de cada ente federado, da utilização do registro de preços realizado por diferentes órgãos ou entidade da Administração Pública.

O raciocínio que transparece do regulamento é de fácil compreensão. Se já houve a cotação de preços através da realização de procedimento licitatório pela Administração Pública, não é porque se trata de um outro órgão, ou entidade desta, que o registro não pode ser utilizado.

A intenção parece ser evitar a repetição de procedimento licitatório quando já houve, no âmbito da Administração, a licitação para contratação futura do mesmo bem ou serviço.

De forma que, em acordo com o Art. 8 do decreto da União, já havendo registro de preços, basta a demonstração de vantagem por parte de outro ente Administrativo para este aderir ao registro.

Destarte, o Executivo parece ter entendido que, observado procedimento licitatório e demonstrada a vantagem, não há incompatibilidade do efeito “carona”, no registro de preços, com a sistemática jurídica nacional de licitação.

Torna-se relevante esclarecer inexistir obrigação do beneficiário do Registro de preços, isto é do particular vencedor da licitação, a contratar com o órgão aderente do registro, como estabelece o §2, do Art. 8 do Decreto 3.931/2001, leia-se:

§2. Caberá ao fornecedor beneficiário da Ata de Registro de Preços, observadas as condições nela estabelecidas, optar pela aceitação ou não do fornecimento, independentemente dos quantitativos

registrados em Ata, desde que este fornecimento não prejudique as obrigações anteriormente assumidas.

Vê-se, pois, não haver prejuízo qualquer ao particular vencedor da licitação destinada ao registro de preços, pois esse pode optar se, sem prejudicar o compromisso já assumido ao vencer o certame, irá, ou não, fornecer ao ente aderente o objeto do registro de preços.

Por conseguinte, em princípio, pode parecer razoável o pensamento materializado no Decreto, porque, como houve a licitação do primeiro órgão ou ente administrativo para a obtenção do registro de preços, como há necessidade de o ente aderente ao registro comprovar a vantagem na utilização desse registro e como não há prejuízo ao particular vencedor do certame, haveria respeito ao princípio da impessoalidade, da isonomia e até se preservaria a seleção da melhor proposta pela Administração Pública.

Assim, embora não se tenha expresso dispositivo legal a permitir o efeito “carona”, este decorreria da própria sistemática legal do registro de preços.

Em relação à adesão ao registro feito por órgãos de entes federados diversos, cabe apontar que esta possibilidade dependerá das regulamentações feitas pelos diversos entes federais, por decreto, especialmente no que diz respeito à imposição de limites a esta prática. Sendo razoável que tal possibilidade somente prevaleça quando o efeito for “admitido” tanto pelo ente federado que realizou o registro de preços, como pelo ente federado aderente.

Todavia, o supracitado Decreto da União, deve-se admitir, foi extremamente raso ao disciplinar a aplicação prática do efeito “carona”, o que parece estar permitindo distorções ao sistema legal das licitações e a própria desconsideração de alguns princípios constitucionais.

Isso, porque, em limitação à aderência de outros entes administrativos ao Registro de preços já realizado, o decreto apenas apontou, no §3, de seu Art 8, que “As aquisições ou contratações adicionais a que se refere este artigo não poderão exceder, por órgão ou entidade, a cem por cento dos quantitativos registrados na Ata de Registro de Preços”.

Desse modo, como forma de evitar uma utilização exacerbada do efeito “carona” no Registro de preços, o decreto regulamentador somente estabeleceu um limite por entidade administrativa aderente.

Em decorrência disso, se o registro de preços tratou de uma importância “x”, a adesão se restringe a valor igual ou menor que “x”.

No entanto, observando a disciplina legal e infralegal, no âmbito da união, não se verifica um limite em relação à quantidade de aderentes.

Esta omissão tem gerado um debate quando a própria viabilidade jurídica do efeito “carona”.

4 DA CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DO EFEITO “CARONA”

Não parece desprovida de razoabilidade a previsão do efeito “carona” na legislação infralegal federal, pois, havendo a autorização legal para o registro de preços, é prestigiar o próprio princípio constitucional da eficiência evitar a repetição de licitação quando já existe o registro de preços por licitação anterior.

Além disso, como o registro em que se “toma carona” decorre de licitação, a aceitação, em tese, da “carona” não implica, necessariamente, em contrariedade ao princípio da isonomia, da competitividade, entre outros pertinentes, mas apenas implica numa mitigação desses em nome da necessidade de se prestigiar a eficiência.

Portanto, aparenta-se razoável o entendimento de que a autorização da adesão a registro de preços já existente não é, de pronto, ilegal, nem inconstitucional.

A autorização do efeito “carona”, pelo menos em tese, não atenta contra os princípios constitucionais que envolvem a licitação, inclusive, dentro de uma utilização razoável desse efeito, não há violação ao princípio da moralidade administrativa.

O princípio da legalidade tampouco é violado, porque, como aponta o professor Marçal Justen Filho:

Muitas vezes, inexistente autorização explícita, mas se pode extrair que o sistema normativo a outorga implicitamente. Assim, por exemplo, a Lei n. 8.666 não previu a possibilidade de pactuação de contratos administrativos atípicos ou inominados, mas tal se admite por força de interpretação sistemática¹⁵.

O problema surge, como se antecipou, pela ausência de uma limitação expressa do efeito “carona”, tanto legal, quanto infralegal no âmbito da União.

É preciso atentar à observação do Procurador da República Sergio Ricardo Costa Caribé, cujo parecer se encontra às fls. 38/42 dos autos em que o Tribunal de Contas da União – TCU, proferiu o acórdão 1487/2007. Transcreve-se:

Nesse contexto, o fato de um órgão ou entidade poder aderir à ata de registro de preços, ou seja, poder pegar ‘carona’, é um dos fatores que concorrem para que o SRP confira celeridade e economia aos processos de aquisição e contratação. Ocorre que, nem a Lei de Licitações e Contratos, nem o Decreto n. 3.931/2001, estabeleceram limites para o número de ‘caronas’, mas tão-somente, o quantitativo máximo que cada órgão/entidade que aderir à ata de registro de preços pode contratar. Na verdade, considerando o disposto no § 3º do art. 15 da Lei n. 8.666/1993, caberia ao Decreto estabelecer limites às contratações dos ‘caronas’¹⁶.

Assim, sem uma limitação adequada, o efeito “carona” pode, sim, vir a se tornar uma prática extremamente preocupante do ponto de vista jurídico.

Como se apontou, o primeiro problema se encontra na falta de limitação quanto ao número de entidades que podem aderir ao registro de preços, pois cada uma poderá dobrar a importância inicialmente pensada para o registro de preços inicial.

Portanto, enquanto a mera previsão do efeito “carona”, em princípio não se mostra problemática, a sua utilização, na prática, sem

15 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed., São Paulo: Dialética, 2005. p. 148.

16 Tribunal de Contas da União. AC-1487-32/07-P. Relator Ministro Valmir Campelo, 03.08.2007.

limitação expressa, pode se voltar contra o próprio interesse público além de levar a supressão de princípios legais e constitucionais da licitação.

Parece ser este o posicionamento no Tribunal de Contas da União quanto ao tema.

Este Tribunal se deparou com um caso prático de utilização exacerbada do efeito “carona”, como se pode examinar da leitura exatamente do já referido acórdão 1487/2007.

O caso levado ao referido Tribunal tratava de um registro de preços realizado pelo Ministério da Saúde para a contratação de eventos no valor inicial de 32 milhões de reais.

Ocorre que tal registro de preços recebeu adesão por mais de 60 entidades da Administração Pública, transformando uma licitação inicialmente voltada à contratação no valor de 32 milhões em uma autorização para a contratação de eventos de importância superior a um bilhão de reais, beirando o valor de dois bilhões.

Este caso serve de paradigma para a compreensão do fato de que, sem limitação, o efeito “carona” pode se transformar em prática ilegal e até inconstitucional.

Isso porque, como no ocorrido caso em comento, pode haver um extremo privilégio ao vencedor de apenas um certame, o que se mostra contrário ao princípio da competitividade a ponto de configurar algo equiparável a um enriquecimento ilícito, além de afastar a possibilidade da seleção mais vantajosa para a Administração Pública.

A proposta mais vantajosa é afastada quando se deixa de realizar uma licitação com previsão de valor infinitamente maior, em que, certamente, a Administração Pública teria alta probabilidade de lograr uma contratação a preço mais baixo pelo serviço ou produto.

Nesse sentido, importante trecho do voto do Ministro Relator Valmir Campelo do TCU, no acórdão 1487/2007:

Para além da temática principiológica que, por si só já reclamaria a adoção de providências corretivas, também não pode deixar de

ser considerada que, num cenário desses, a Administração perde na economia de escala, na medida em que, se a licitação fosse destinada inicialmente à contratação de serviços em montante bem superior ao demandado pelo órgão inicial, certamente os licitantes teriam condições de oferecer maiores vantagens de preço em suas propostas¹⁷.

Há ainda o problema de criação de “reserva de mercado” explicado por Marçal Justen Filho da seguinte forma:

Outro risco a ser enfrentado reside na impossibilidade de competição por parte de terceiros. Ao se realizar a licitação, as indicações dos órgãos participantes podem influenciar o interesse dos potenciais participantes. Examinando o perfil das contratações antes realizadas, os particulares poderão reputar pouco plausível a realização de contratações, inclusive em virtude de dificuldades orçamentárias. Não se pode conceber que a autorização contida no Art. 8 seja um expediente de redução da participação, por meio do qual o órgão verdadeiramente interessado em participar do certame mascara seu interesse para direcionar a disputa em favor de um determinado fornecedor¹⁸.

Portanto resta indubitável ser a regulamentação do efeito “carona” insuficiente, pois esta, como se percebe, carece do estabelecimento de limites, para obstar a utilização pervertida da “carona”.

Não é por outra razão, o TCU, através do acórdão a que se fez múltiplas referências, determinou ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que:

9.2.2. adote providências com vistas à reavaliação das regras atualmente estabelecidas para o registro de preços no Decreto n.º 3.931/2001, de forma a estabelecer limites para a adesão a registros de preços realizados por outros órgãos e entidades, visando preservar os princípios da competição, da igualdade de condições entre os licitantes e da busca da maior vantagem para a Administração Pública, tendo em vista que as regras atuais

17 Tribunal de Contas da União. AC-1487-32/07-P. Relator Ministro Valmir Campelo, 03.08.2007.

18 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed., São Paulo: Dialética, 2005. p. 158.

permitem a indesejável situação de adesão ilimitada a atas em vigor, desvirtuando as finalidades buscadas por essa sistemática, tal como a hipótese mencionada no Relatório e Voto que fundamentam este Acórdão¹⁹.

Desse modo, transparece ser a posição do TCU no sentido da necessidade de regulamentação dos limites do efeito “carona” para evitar a repetição de situações de flagrante abuso como a ocorrida na adesão em massa do convênio realizado pelo Ministério da Saúde a que se referiu no citado acórdão.

Portanto, logicamente, não há posicionamento desse tribunal pela inconstitucionalidade ou ilegalidade do efeito “carona”, mas a noção de que, sem uma limitação rigorosa, a “carona” pode gerar situações incompatíveis com a lei e com a própria Constituição.

No entanto, encontra-se na Doutrina especializada, posicionamento contrário à própria legalidade e constitucionalidade do efeito “carona”. Nesse sentido, observe-se a opinião de Joel de Menezes Niebuhr em artigo específico quanto ao tema em análise:

Nada obstante a comodidade do carona, especialmente em ser o carona, isto é, em aderir à ata de registro de preços dos outros, salta aos olhos que o instrumento em si, insista-se, preceituado no artigo 8º e seus parágrafos, do Decreto Federal nº 3.931/01, avilta de modo desinibido e flagrante uma plêiade de princípios de Direito Administrativo, por efeito do que é antijurídico. Pode-se afirmar que o carona, na mais tênue hipótese, impõe agravos veementes aos princípios da legalidade, isonomia, vinculação ao edital, moralidade administrativa e impessoalidade²⁰.

Ainda, em posição contrária ao efeito “carona” cabe destacar as seguintes palavras do eminente jurista Marçal Justen Filho:

A prática da “carona” é inválida. Frustra o princípio da obrigatoriedade da licitação, configurando dispensa de licitação sem

19 Tribunal de Contas da União. AC-1487-32/07-P. Relator Ministro Valmir Campelo, 03.08.2007.

20 NIEBUHR, Joel de Menezes. **“Carona” em ata de registro de preços: atentado veemente aos princípios de direito administrativo**. 2005. Disponível em: < http://www.ctcursos.com.br/artigos/artigo_carona.doc >. Acesso em :25 jul. 2008.

previsão legislativa. Não cabe invocar a existência de uma licitação anterior, eis que tal licitação tinha finalidade e limite definidos no edital. O Direito brasileiro não autoriza que uma contratação seja realizada com base em licitação promovida para outros fins – nem mesmo mediante a invocação da vantajosidade das condições originais. Portanto, a instituição da figura do carona dependeria de uma previsão legislativa, a qual não existe²¹.

Dessa forma, os referidos administrativistas vão além do próprio posicionamento examinado do Tribunal de Contas União e do que ora é entendido como razoável. No entanto, é preciso se admitir que a prática atual do efeito “carona” sem uma limitação rigorosa por parte de lei ou regulamento vem conferindo razão ao posicionamento dos citados juristas, na medida em que se reiteram no âmbito da Administração Pública adesões que frustram a sistemática legal e constitucional da licitação.

5 CONCLUSÃO

Diante do estudo realizado, percebe-se ser extremamente polêmica a própria aceitação do efeito carona, mas parece tranquilo o fato de que, mesmo se entendendo pela legalidade e constitucionalidade do efeito “carona” este, da forma como ora se encontra disciplinado, pode gerar, como já o fez, situação totalmente incompatível com o ordenamento jurídico nacional.

Por isso, não parece que a legislação, ao menos no âmbito da União Federal, encontra-se preparada para a transformação do efeito “carona” em prática, isto é, para a efetiva utilização do efeito “carona”.

Dessa forma, pela ausência de uma disciplina infralegal rígida que compatibilize essa prática de adesão do registro de preços por diferentes entes com a lei e a Constituição, esta não pode, no momento, ser utilizada.

Assim, a solução ora proposta para a questão em debate se aproxima do entendimento do eminente Ministro do TCU Valmir Campelo, que, ainda no acórdão Acórdão 1487/2007, afirma:

21 JUSTEN FILHO. Marçal. **TCU restringe a utilização de “carona” no registro de preços**. 2007. Disponível em < <http://www.justenfilho.com.br/midia/15.pdf> >. Acesso em 23 jul. 2008.

Diferente é a situação da adesão ilimitada a atas por parte de outros órgãos. Quanto a essa possibilidade não regulamentada pelo Decreto nº 3.931/2001, comungo o entendimento da unidade técnica e do Ministério Público que essa fragilidade do sistema afronta os princípios da competição e da igualdade de condições entre os licitantes²².

Exatamente porque a impressão do Autor do presente artigo é pela possibilidade do estabelecimento por norma infralegal do efeito “carona”. No entanto, entende que, da forma como esse se encontra disciplinado, ou melhor, pela ausência de limites para a sua adoção, o efeito “carona” não se encontra ora em harmonia com a lei e com o diploma constitucional brasileiro.

Conclui-se, pois, com base em toda a exposição acima, ser constitucional e legal a previsão do efeito “carona”, no entanto, para a sua aplicação pela Administração, faz-se imprescindível o estabelecimento de uma regulamentação conciliatória desse efeito com os princípios que orientam a licitação e toda a atuação da Administração Pública.

6 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávia Cristina Moura de. **Elementos do Direito Administrativo**. 2. ed. Premier: São Paulo, 2008.

BOTTINO, Marco Tulio; RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Manual Prático das licitações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Licitações e Contratos do Estado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RAMOS, Dora M. O.; SANTOS, Marcia Walquíria Batista dos.; D’AVILA, Vera Lúcia Machado. **Temas Polêmicos sobre licitações e contratos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

²² Tribunal de Contas da União. AC-1487-32/07-P. Relator Ministro Valmir Campelo, 03.08.2007.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2005.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO. Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. **TCU restringe a utilização de “carona” no registro de preços**. 2007. Disponível em: < <http://www.justenfilho.com.br/midia/15.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2008.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **“Carona” em ata de registro de preços: atentado veemente aos princípios de direito administrativo**. 2005. Disponível em: <http://www.ctcursos.com.br/artigos/artigo_carona.doc>. Acesso em: 25 jul. 2008.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES. Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26. ed. Malheiros: São Paulo, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. Malheiros: São Paulo, 2006.

UMA REFLEXÃO SOBRE O PAGAMENTO INTEMPESTIVO

Marcelo Jatobá Lôbo
Advogado da União
Mestre em Direito do Estado pela
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)

SUMÁRIO: 1 Considerações introdutórias; 2 Como surgem e se extinguem as obrigações; 3. O pagamento como forma de extinção das obrigações; 4 Dois deveres distintos: adimplir e fazê-lo tempestivamente; 5 Conceitos lógico-jurídicos: impossibilidade de examiná-los à luz do código civil; 6 Crítica à noção de “inadimplemento relativo”; 7 Referências.

RESUMO: Este artigo examina o pagamento intempestivo, sob um enfoque marcadamente lógico-jurídico. Não pretendemos, no entanto, nos perder em divagações teóricas estranhas às possibilidades pragmáticas. Inspira-nos o, já tantas vezes citado, magistério de Lourival Vilanova, que propugna a intersecção entre teoria e prática, entre ciência e experiência. O objetivo perseguido é o de responder à seguinte indagação: há um só dever (de pagar no prazo x) ou dois imperativos distintos (de promover o pagamento e de efetuarlo tempestivamente)? O trabalho optará pela segunda alternativa, motivado pela necessidade de afastar uma contradição insuperável. Com efeito, se houvesse um único dever, o pagar após o prazo estabelecido importaria um paradoxo evidente, pois se teria de reconhecer que tal imperativo foi, a um só tempo, cumprido e descumprido. Cumprido, porque houve pagamento, extinguindo-se a obrigação; descumprido, porque o pagamento ocorreu fora do prazo prescrito. Admitindo-se que a letra “p” simbolize o cumprimento do citado dever, ter-se-ia p .-p, evidenciando-se o paradoxo. Ver-se-á que, longe de se traduzir numa questão puramente teórica, a temática proposta tem reflexos diretos em questões práticas de fundamental importância, a exemplo da discussão sobre a possibilidade de fixar prazo de pagamento de tributo por meio de instrumentos normativos secundários.

PALAVRAS-CHAVE: Pagamento intempestivo. Mora. Dever de pagar. Dever de efetuar o pagamento tempestivamente

1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A doutrina sempre cuidou do prazo para adimplir como um apêndice natural do próprio dever de efetuar o adimplemento. Ter-se-ia uma unidade constitutiva: pagar no prazo x, na forma e local estipulados. O prazo para pagar (quando existente¹) constituiria um elemento da obrigação. Semelhante raciocínio nunca deixou de ser concebido como um verdadeiro truismo. Nenhum questionamento mais sério se lhe opunha.

Uma controvérsia doutrinária e jurisprudencial suscitou-nos, porém, algumas reflexões sobre essa idéia. A controvérsia deu-se no campo dos tributos, mas as inferências que dela se extraem podem ser aplicadas às obrigações em geral. Discutia-se – e ainda discute-se – se o prazo para recolhimento dos gravames tributários deve ser fixado por lei, ou se pode sê-lo por instrumento normativo infra-legal. O Superior Tribunal de Justiça terminou optando pela segunda alternativa, ao argumento de que o artigo 97 do CTN não discriminou o prazo para pagar entre as matérias sujeitas à reserva legal. Num de seus muitos julgados, assim concluiu: “O artigo 97 não elenca matérias ligadas a prazo, local e forma de pagamento como sujeitas à reserva legal”².

Acontece, todavia, que esse mesmo artigo 97, em cujo texto se apoiou o STJ, previu a instituição do tributo como matéria reservada à lei em sentido formal. Instituir um tributo, di-lo a doutrina em uma só voz, pressupõe a definição do vínculo obrigacional, vale dizer, de todos os elementos desse mesmo vínculo³. Exige-se, dizendo-o mais

1 Nem sempre haverá a fixação de um prazo para o adimplemento. As prestações podem ser realizadas de imediato. É até comum que o sejam, como esclarece PAULO LUIZ NETO LÔBO: “No cotidiano, as pessoas vinculam-se a obrigações de prestações instantâneas, para o atendimento às necessidades vitais. Nas obrigações bilaterais e sinalagmáticas, à prestação de uma sucede imediatamente a prestação da outra. Assim ocorre na maioria das aquisições e utilizações de produtos e serviços de consumo, das refeições, dos transportes coletivos urbanos” (*Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.73).

2 RESP n. 259.985/SP. Rel. Ministra Nancy Andriighi, segunda turma, Dj. 11.9.2000. São no mesmo sentido, entre outros, os seguintes julgados: RESP623466/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJ 27/02/2007 e RESP 115.999/SP. Rel. Min. Adhemar Maciel, Dj. 16.02.1998.

3 “Como conceito básico, definimos tributo, instituto nuclear do direito tributário [...] como *obrigação* (relação jurídica) [...]. A obrigação tributária nasce da vontade da lei, mediante a ocorrência de um fato (fato imponível) nela descrito”. (ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.34-35). “Instituir ou regular um tributo de forma válida, em obediência ao art. 150, I, da Constituição, supõe a edição de lei [...], que, em seu conteúdo, determine [...] b) os aspectos da consequência que prescrevem uma relação jurídico-tributária (sujeito passivo – contribuinte e responsável

especificamente, “que a lei formal determine todos os elementos da obrigação tributária”⁴.

Ora, se o prazo para adimplir for elemento da obrigação tributária, desnecessário será incluí-lo expressamente entre as matérias sujeitas à reserva legal. Basta mencionar a instituição do tributo, como fê-lo o citado dispositivo⁵. Com efeito, não necessito mencionar o elemento (prazo para pagar) se já faço referência ao conjunto (obrigação tributária). Essas premissas conduzem à seguinte conclusão: o STJ termina por excluir o prazo para pagar dos elementos da obrigação tributária (e de qualquer outra). Se fosse elemento da obrigação, teria de seguir-lhe a sorte, submetendo-se à reserva legal.

Sem a preocupação de nos deter na tese acolhida pelo STJ, interessa-nos realçar algumas indagações a partir de cuja conclusão se podem extrair, a saber: o prazo para pagar constitui, de fato, elemento integrante da obrigação (cível, tributária etc.)? Esse questionamento suscita um outro que lhe é subjacente: há um só dever (de pagar no prazo x) ou dois imperativos distintos (de promover o pagamento e de efetuar-lo tempestivamente)? Respondê-lo é o objetivo deste artigo. Não alimentamos a veleidade de fornecer respostas definitivas. Move-nos apenas o interesse de provocar algumas reflexões sobre o tema. Se este trabalho conseguir provocá-las, terá cumprido seu papel.

2 COMO SURGEM E SE EXTINGUEM AS OBRIGAÇÕES

O termo “obrigação” não está infenso à ambigüidade. É empregado em, pelo menos, três acepções distintas: a) como dever de assumir um determinado comportamento (dar alguma coisa, ou fazer algo no interesse de outrem); b) como *dever revestido de exigibilidade*

– alíquota, base de cálculo, reduções e adições modificativas do *quantum* a pagar, prazo de pagamento [...] (DERZI, Misabel Abreu MACHADO. *Notas ao livro Direito tributário brasileiro*, de Aliomar Baleeiro, 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 622). “Tipificada, isto é, rigorosamente legislada, deve ser a norma jurídico-tributária por inteiro, envolvendo o *descriitor* e o *prescritor*, para usar a terminologia de Lorival Vilanova. (NAVARRO COELHO, SACHA CALMON. *Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.192).

4 RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, Legislação Tributária. In: NASCIMENTO, CARLOS VALDER DO (Coord.) *Comentários ao código tributário nacional*. 197-253. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 202.

5 Aliás, sequer seria necessário mencioná-la, já que a obrigação tributária principal deve ser veiculada mediante lei por imperativo do próprio texto constitucional. O prazo de pagamento acompanhará, pois e necessariamente, a mesma sorte do vínculo obrigacional em que se insere, ou seja, deverá ser previsto por lei, desde que se entenda que ele, o prazo para pagar, constitui elemento da obrigação principal.

(*pretensão*)⁶; e c) como a própria *relação jurídica*, entre cujos termos insere-se o imperativo dirigido ao sujeito passivo do vínculo. Empregá-lo-emos nesta terceira acepção, isto é, como relação jurídica. Não como qualquer relação jurídica, mas como um liame de natureza pessoal que entrelaça dois sujeitos de direito, impondo a um deles a realização de determinada conduta em benefício do outro.

Estudar a origem das obrigações é ingressar na temática das fontes desses vínculos jurídicos. Trata-se de tema tão antigo quanto controverso. A doutrina moderna tem indicado basicamente quatro origens: os negócios jurídicos, bilaterais e unilaterais, os atos jurídicos não negociais, os atos ilícitos e a lei. Negócios jurídicos, atos não negociais e atos ilícitos são espécies do gênero “fato jurídico *lato senso*”⁷. Que os fatos jurídicos implicam vínculos obrigacionais e reais, é algo sobre o que não se discute. A controvérsia radica na possibilidade de a lei engendrará-los diretamente. E aí surge a pergunta: há obrigações que nascem diretamente da lei sem a intermediação de um fato? A resposta a esse questionamento dependerá da opção que se faça sobre a existência ou não de normas categóricas, vale dizer, de regras que emitem um comando direto, independente de um pressuposto ou antecedente normativo.

Se não houver normas desse tipo, vale dizer, se todas as regras jurídicas tiverem um antecedente normativo ou, o que é o mesmo, forem hipotético-condicionais, não haverá um só caso de obrigação nascida diretamente da lei. Sim, porque essas normas, as hipotético-condicionais, prevêm fatos que implicam relações jurídicas. Apenas quando o acontecimento previsto pela regra surgir, é que se darão os efeitos jurídicos por ela estipulados (relações jurídicas).

6 Essa acepção é adotada pelos autores que professam o modelo teórico apresentado por PONTES DE MIRANDA. Adota-a PAULO LUIZ NETO LÓBO: “Não se deve confundir dívida (dever) com obrigação, porque a primeira antecede e gera a segunda. Na relação jurídica obrigacional, não há obrigação sem dívida. Nem sempre a obrigação ocorre simultaneamente com a dívida. Quem vende à vista já tem o dever e a obrigação de prestar (entregar a coisa). Se alguém obrigou-se a entregar a outrem uma coisa dois dias após, já existe o direito (crédito) e o dever (dívida), mas não ainda a pretensão e a correlativa obrigação” (**Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005. p.23-24).

7 Não vamos examinar as várias espécies em que se desdobra o gênero próximo “fato jurídico”. Para os propósitos deste trabalho, é bastante a informação de que os fatos jurídicos, todos eles, implicam relações jurídicas, tais como as obrigacionais. Importam também, como se verá a seguir, a extinção desses mesmos vínculos de direito.

Toda e qualquer norma de direito expressa-se nesse juízo hipotético-condicional. Não há normas categóricas, ordens diretas de comportamento. Poder-se-ia cogitar de comandos dessa natureza em civilizações rudimentares, nas quais quem, por qualquer razão (pela força física, v.g.), detinha o poder de ordenar, exercê-lo-ia diretamente, vocalizando ordens diretas e concretas a seus subordinados. Não as poderia haver no direito como o concebemos nos dias de hoje. Os sistemas jurídicos modernos visam a disciplinar comportamentos inter-pessoais, conduzindo-os na direção de certos valores. Projetam-se para o futuro e, por via de conseqüência, valem-se de normas abstratas, capazes de fornecer os critérios necessários para que os cidadãos saibam que conduta devem adotar diante desta ou daquela situação. A conduta é informada pelo conseqüente; a situação, pelo antecedente normativo.

Um exemplo que se dá de obrigação nascida diretamente de lei é o da prestação alimentar devida pelo pai ao filho. Essa obrigação derivaria do artigo 1696 do Código Civil, sem o permeio de fato algum. Mas nesse caso, observam-no corretamente Pablo e Rodolfo⁸, a obrigação decorre do vínculo de parentesco entre pai e filho; de um fato jurídico, portanto. Um outro exemplo poderia reforçar o que ora se postula. A obrigação tributária, principal ou acessória, é comumente vista como *ex lege*, ou seja, decorrente de lei. Como poderia, no entanto, um comerciante emitir a nota fiscal (conseqüência), se não soubesse antes que deve fazê-lo ao promover a saída da mercadoria de seu estabelecimento comercial (pressuposto)? Seria lícito exigir-lhe a conduta prescrita sem lhe informar em que situação essa exigência deveria ser cumprida? Damos pressa em responder que não. Para que satisfaçam quaisquer deveres, os cidadãos devem compreender adequadamente a mensagem normativa. Sem o pressuposto ou antecedente da norma, os destinatários dessa mensagem não poderiam saber em que circunstâncias estariam autorizados ou obrigados a adotar o comportamento prescrito.

Note-se, por outro ângulo de análise, que se trata de uma forma de controlar o poder, pois quem o detém só o pode exercitar estritamente de acordo com os pressupostos que fazem as vezes das hipóteses ou antecedentes normativos. Antes de exigir o comportamento prescrito, quem o pode exigir deve verificar se o seu pressuposto (da conduta prescrita) se faz presente. Caso assim não proceda, estará incorrendo

⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. vol. 2 (obrigações). 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 26.

num arbítrio que se poderá inserir na hipótese de incidência de uma norma sancionadora.

Se todas as obrigações decorrem de fatos jurídicos, revela-se inútil a classificação de suas fontes, pois não faz sentido cogitar de uma classe (P) para a qual inexistia um complemento (não P). A classificação das fontes das obrigações confundir-se-ia, na realidade, com a própria classificação dos fatos jurídicos.

Do mesmo modo que nasce, a obrigação extingue-se em decorrência de um fato. Se toda norma é hipotético-condicional, logicamente todo efeito jurídico só pode surgir de um acontecimento previsto por uma regra de direito. A extinção de uma obrigação é um efeito jurídico; logo, necessariamente advirá de um fato. Neste trabalho examinaremos aspectos de um dos fatos jurídicos capazes de extinguir a obrigação: o pagamento, vale dizer, a realização da conduta a que se obrigou o sujeito passivo do vínculo obrigacional (dar, fazer ou omitir). Intentar-se-á demonstrar que o pagamento, seja ele tempestivo ou intempestivo, realiza a prestação, implicando o desaparecimento do liame obrigacional. Ver-se-á ainda que, ao lado do dever de pagar, existe um imperativo autônomo de efetuar o pagamento tempestivamente⁹. Aceitá-lo é condição para afastar contradições lógicas que de outro modo seriam insuperáveis.

3 O PAGAMENTO COMO FORMA DE EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES

O pagamento implica a extinção de um vínculo entre dois sujeitos de direito. Em termos mais analíticos, o fato-pagamento, como qualquer outro fato extintivo, engendra uma relação que, num cálculo relacional, anula o liame jurídico primitivo. Faz desaparecer o direito subjetivo de que esteve investido o credor, mutilando – e, com isso, extinguindo – a relação jurídica obrigacional¹⁰.

9 O termo “tempestivamente” conotará no tempo, modo e lugar ajustados. O atraso pode ocorrer porque o devedor simplesmente deixou de pagar no prazo x, ou também porque tentou pagar de uma forma ou no lugar diversos do que foi estabelecido. Para facilitar a exposição, não repetiremos esse esclarecimento outra vez. Vamos nos referir apenas a pagamento intempestivo. Fica, porém, o registro de que a mora não decorre sempre do simples retardamento no ato de pagar, mas também da inobservância à forma e ao lugar ajustados.

10 Sobre o cálculo relacional, ver CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 195.

O liame jurídico que surge do pagamento é contraditório à obrigação. O cálculo de relações que se dará entre eles fará surdir uma relação nula. Vejamos como isso se processa. Na obrigação, o devedor aparecerá no pólo passivo do vínculo e o credor ocupará a posição de sujeito ativo, revestido do direito de exigir a prestação. As posições são invertidas no vínculo jurídico que decorre do pagamento. Aqui o antigo devedor passará a assumir a posição de sujeito ativo. Ser-lhe-á atribuído o direito de não ser mais compelido a realizar a prestação, direito este oponível ao antigo credor, agora ocupando o lugar lógico de sujeito passivo da relação.

O pagamento pressupõe sempre um dever a cuja satisfação se destina. Sem a existência de débito anterior, não haverá pagamento, mas simples liberalidade. É justamente a existência daquele dever que vai distinguir a quitação de uma dívida preexistente da feitura de uma liberalidade. Não poderia ser de outra forma. Se o pagamento corresponde a um fato extintivo de um vínculo jurídico anterior, a existência deste último passa a ser um imperativo lógico. Trata-se de algo bem mais complexo do que simplesmente entregar alguma coisa ou fazer algo em proveito de outrem. Exige-se que o comportamento realizado destine-se a satisfazer um crédito preexistente, sem o quê não será lícito cogitar de pagamento.

O pagamento apresenta um traço que lhe singulariza em cotejo com as demais hipóteses de extinção dos liames obrigacionais: o exato cumprimento do conteúdo da obrigação. Os outros fatos extintivos, ou supõem a não realização da conduta devida (decadência, prescrição, remissão, etc.), ou o seu cumprimento de modo diverso daquele originariamente previsto (dação em pagamento, compensação, etc.). Só o ato de pagar consubstancia-se na concretização efetiva do dever jurídico, nos moldes em que é estipulado na relação obrigacional.

Ver-se-á que o pagamento intempestivo é também forma de exato adimplemento da obrigação, tal como o é o pagamento no prazo fixado. O dever de prestar não é descumprido com a mora. É-o o dever de pagar tempestivamente¹¹. Trata-se de imperativo autônomo, que não pode ser confundido com o dever de realizar a prestação, sob pena de se

11 Esse dever é também conteúdo de um vínculo obrigacional. Para reforçar a distinção proposta e evitar ambigüidades, vamos destinar o termo "obrigação" apenas para o liame relativo à exigência de efetuar o pagamento. O dever de fazê-lo tempestivamente será designado por "dever autônomo" ou por expressões equivalentes.

terem incongruências lógico-jurídicas insuperáveis. É o que será visto no próximo tópico.

4 DOIS DEVERES DISTINTOS: ADIMPLIR E FAZÊ-LO TEMPESTIVAMENTE

Costuma-se qualificar a mora como uma forma de inadimplemento. Curiosamente, porém, reconhece-se que o devedor continua obrigado a satisfazer o credor com a prestação, se ela ainda for útil ou possível. Semelhante orientação não deixa de gerar algumas perplexidades. Com efeito, se já houve inadimplemento, que natureza ostentaria o pagar fora do tempo convencionado? Estar-se-ia diante de uma forma de adimplemento? Poderia alguém deixar de cumprir e cumprir um mesmo dever?

Se estivéssemos diante de um único dever, o pagar após o prazo estabelecido importaria uma contradição insuperável, pois se teria de reconhecer que tal imperativo foi, a um só tempo, cumprido e descumprido. Cumprido, porque houve pagamento, extinguindo-se a obrigação; descumprido, porque o pagamento ocorreu fora do prazo prescrito. Admitindo-se que a letra “p” simbolize o cumprimento do citado dever, ter-se-ia p .-p, evidenciando-se o paradoxo.

Não se pode cumprir e descumprir uma mesma conduta prescrita. É incisivo o parecer de Lourival:¹²

Cumprir/descumprir, ou observar/inobservar, ou adimplir/inadimplir, é a dualidade que o ordenamento jurídico deixa aos sujeitos ante as normas positivas. São possibilidades mutuamente excludentes, contraditórias ou contrárias, conforme logicamente sejam ou não exaustivas (ontologicamente, as possibilidades de fazer ou não-fazer são inesgotáveis). Quer se apresentem como contrárias ou como contraditórias ou simplesmente diversas, as condutas prescritas, ontologicamente, não se verificam a um só tempo, satisfazendo (ou verificando) a norma primária e a norma secundária.

12 VILANOVA, Lourival, *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p.135.

A contradição estaria superada se entendêssemos que, com o transcurso do prazo de pagamento, o dever seria irremissivelmente inobservado, não sendo mais possível cumpri-lo. Mas esta seria uma conclusão insustentável, na medida em que implicaria a impossibilidade de se promover o pagamento do valor devido após aquele prazo. Vale lembrar que é justamente com o ato de pagar que “cumpre o sujeito passivo o dever que lhe fora cometido, fazendo desaparecer, em contranota, o direito subjetivo de que esteve investido o sujeito credor”¹³.

Não nos parece acertado, portanto, sustentar a existência de um só dever, pois de duas uma: ou não escaparíamos de uma contradição insuperável, ou nos veríamos diante de uma situação absurda, em que ao sujeito passivo não seria lícito cumprir, vencido o prazo fixado, com o seu dever, restando-lhe apenas a incômoda espera pelas conseqüências do inadimplemento.

Nada melhor para demonstrar os fundamentos de uma tese do que recolhê-los nas incongruências a que conduz o raciocínio oposto. Admitamos que não haja dois deveres, mas um único dever de pagar. Imaginemos, em seguida, a hipótese de um pagamento intempestivo. Um dado sujeito y , que deveria pagar na data x , acaba quitando seu débito na data $x + 1$. Seria possível impor ao sujeito y qualquer sanção pelo atraso no pagamento? Sem uma reflexão mais detida, responder-se-ia: sim, o senhor y terá de responder pela multa moratória, além de submeter-se a outras compensações decorrentes da mora. Mas qual o pressuposto dessas penalidades? Não pode ser o descumprimento do dever de pagar, porque pagamento houve. Se o dever se resume a pagar, força é convir que o nosso hipotético devedor observou o que lhe era prescrito, atendendo às expectativas da ordem jurídica. Cumpriu, pois, com o seu dever, não se sujeitando à imposição de qualquer penalidade.

Suponhamos agora a existência de um dever mais complexo, mas também único: pagar tempestivamente. Ao deixar de efetuar o pagamento na data x , o mesmo sujeito y tê-lo-ia descumprido irremissivelmente. Como poderia então cumpri-lo na data $x + 1$? Como poderia fazê-lo sem incorrer naquela contradição a que nos referimos? Aceitando-se que não é logicamente possível cumprir e não cumprir um mesmo dever, notar-se-á a incongruência lógica de tal hipótese.

13 CARVALHO, op. cit., p. 195.

As ilustrações demonstram que a fenomenologia do pagamento não se contenta com um simples dever de pagar. Também não se vê satisfeita com um dever único de pagar tempestivamente, mercê das incongruências acima apontadas. Têm-se dois deveres distintos: o de promover o pagamento e o de efetuar-lo de forma tempestiva. Ambos podem ser, ou não, cumpridos simultaneamente. Sê-lo-ão na hipótese de o pagamento processar-se no prazo estabelecido. Não o serão se o ato de pagar ocorrer fora do prazo, circunstância em que se terá descumprido, como regra¹⁴, apenas um dos deveres. No primeiro caso, o do cumprimento simultâneo, ter-se-á um fato social engendrando dois fatos jurídicos distintos: o pagamento e a sua realização tempestiva¹⁵.

Há, portanto, duas normas jurídicas prevendo deveres distintos: uma, a regra que prevê o dever de pagar; outra, a norma que prevê o dever de efetuar o pagamento tempestivamente. Na proposição hipótese da segunda vai aparecer a conduta prescrita pela primeira. Dizendo-o em termos mais específicos: o antecedente da norma que exige o pagamento tempestivo descreve o dever de pagar previsto no conseqüente da regra que exige o cumprimento da prestação. O dever-ser que surge na proposição-hipótese daquela não está sendo usado, mas simplesmente mencionado¹⁶. Faz-se notar, por outro ângulo, o princípio da relatividade do fato jurídico, segundo o qual hipóteses e conseqüências “são posições sintáticas relativas, na série de normas: a hipótese, num corte da série, foi conseqüência, antes; a conseqüência, num ponto de vista da série de pontos, será hipótese mais adiante”¹⁷.

14 As exceções ocorreram quando o atraso fizer com que a prestação não seja mais proveitosa para o credor. Nestes, casos, serão descumpridos, não só um, mas os dois deveres de que estamos cogitando.

15 Tais ponderações serão mais facilmente assimiladas desde que se tenha presente que “um mesmo fato social pode sofrer tantos cortes jurídico-conceptuais quanto o desejar a autoridade que legisla, dando ensejo à incidência de normas jurídicas diferentes. Ao confluírem sobre a mesma base de incidência, as várias regras vão projetando, um a um, os distintos fatos jurídicos, dos quais se irradiam as peculiares eficácias”. (CARVALHO, PAULO DE BARROS. Isenções tributárias do IPI, em face do princípio da não-cumulatividade, *Revista dialética de direito tributário*, n. 33, p. 146.)

16 “Note-se, ainda, que o “dever-ser” pode, perfeitamente, estar contido no antecedente das normas gerais e abstratas ou individuais e concretas. Não, porém, cumprindo a função de operador deôntico, mas simplesmente envolvido nas circunstâncias relatadas no núcleo do enunciado fáctual. Quando isso ocorrer, o “dever ser” estará sendo *mencionado* (suposição material) não usado (suposição formal).” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*, p.136.)

17 VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 86.

5 CONCEITOS LÓGICO-JURÍDICOS: IMPOSSIBILIDADE DE EXAMINÁ-LOS À LUZ DO CÓDIGO CIVIL

Juan¹⁸ separa os conceitos jurídicos em duas classes: a dos lógico-jurídicos e a dos jurídico-positivos. Os primeiros ostentam as mesmas feições onde quer que haja direito. Os segundos têm seus contornos definidos por cada sistema jurídico-positivo. Como exemplos destes últimos, poder-se-iam citar os conceitos de tributo, de compra e venda, de furto etc. Já como exemplos daqueles primeiros, apresentar-se-iam os conceitos de relação jurídica, de sujeito de direito, de direito subjetivo etc.

Para a formulação de um conceito jurídico-positivo, é necessário lançar os olhos sobre o sistema normativo em cujos limites terá ele validade. Se se pretender chegar, por exemplo, ao conceito de empresa no direito brasileiro, será necessário estudar as normas jurídicas que disciplinam esse instituto. E que normas? As normas encartadas no ordenamento jurídico brasileiro, não interessando as regras do sistema americano, espanhol etc. O jurista estará sempre jungido à experiência de um sistema normativo específico quando pretender formular um conceito jurídico-positivo.

O mesmo não pode ser dito em relação aos conceitos lógico-jurídicos. Por terem a pretensão de ser universais, tais conceitos não dependem de uma investigação empírica deste ou daquele sistema jurídico-positivo. São conceitos *a priori* e, portanto, atemporais e a-espaciais¹⁹.

As noções de que estamos cogitando neste trabalho são lógico-jurídicas. Constituem imperativos lógicos, independentes de como delas tratem o sistema jurídico brasileiro ou qualquer outro. Uma coisa é o descumprimento de uma obrigação; outra, o seu cumprimento com atraso. Confundi-las é imbricar condutas antitéticas: cumprir/descumprir.

18 TERÁN, Juan Manoel. *Filosofia del derecho*. 14. ed. México: Porrúa: 1952. p. 79 e ss.

19 Nas palavras de TERÁN: "Por otra parte, los conceptos jurídico-positivos son calificados como nociones *a posteriori*; es decir se obtienen una vez que se tiene la experiencia del derecho positivo, de cuya comprensión se trata; en tanto que los otros conceptos, los lógico-jurídicos, son calificados como conceptos *a priori*; es decir, con validez constante y permanente, independiente de las variaciones del derecho positivo" (op. cit., p. 83).

Não se pode, pois, afastar o que se está esgrimindo ao argumento de que o Código Civil inseriu a mora no título correspondente ao “Inadimplemento das obrigações”. Isso porque não é lícito recolher traços definitórios de conceitos lógico-jurídicos em elementos contingentes, que dependam da opção política de cada sistema positivo.

Sempre se disse que a linguagem normativa deve evitar definições e classificações. Isso é tarefa que se ajusta à precisão reclamada pelo discurso científico. Se não cabe ao legislador definir, o que dizer das definições de conceitos lógico-jurídicos? Quando corretas, mostram-se desnecessárias; quando incorretas, imiscuem-se numa área em cujo âmbito não podem interferir: a dos conceitos a priori, vale dizer, dos conceitos que independem de opções legislativas.

6 CRÍTICA À NOÇÃO DE “INADIMPLEMENTO RELATIVO”

Alguns autores procuram distinguir a mora do dever do descumprimento da obrigação, designando a primeira por inadimplemento relativo e o segundo por inadimplemento absoluto. Este ocorre quando o credor não pode mais receber a prestação devida; aquele, quando a prestação ainda pode ser realizada, mas não foi cumprida no tempo, modo ou forma ajustados. Posto que tenha o mérito de ressaltar a diferença, tal distinção não se mostra suficiente. Em primeiro lugar, porque desconsidera aqueles dois deveres distintos a que já aludimos. Além disso, e esse ponto é decisivo, o descumprimento consiste num fato jurídico: ou se realiza ou não. Não há outra possibilidade. É a lei lógica do terceiro excluído. Do mesmo modo que inexistente “meia verdade” (logicamente só há verdade ou falsidade), inexistente “meio” ou “relativo” acontecimento. Um fato não se realiza “mais ou menos” ou “relativamente”. Ou está pendente de realização ou já se realizou, produzindo os efeitos que lhe são próprios.

Por outro ângulo de análise, se o adimplemento extingue a obrigação, o que acontece quando se paga fora do prazo (inadimplemento relativo)? O vínculo obrigacional não se extingue do mesmo modo? Porventura a norma que determina a extinção incidiria relativamente ou pela metade? A regra extintiva incide com a formação do fato jurídico adimplemento, implicando sempre a extinção do liame obrigacional. Essa sucessividade lógica é inafastável. Não importa se o pagamento ocorreu dentro ou fora do prazo. Depois dele, obrigação não haverá.

Antes dele, obrigação ainda há, mesmo que se haja descumprido o dever de realizar o pagamento tempestivamente²⁰.

Seja-nos permitido, portanto e em arremate, enfatizar a opção de ver no pagamento com prazo marcado a existência de dois deveres distintos: o de pagar e o de efetuar o pagamento tempestivamente. O primeiro pode consistir numa obrigação de dar ou fazer; o segundo traduzir-se-á sempre numa obrigação de fazer (realizar o pagamento no dia determinado). Não é evidentemente a única interpretação a que se pode chegar. Nem a melhor. Apenas uma leitura possível; a que mais nos convenceu.

7 REFERÊNCIAS:

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Isenções tributárias do IPI, em face do princípio da não-cumulatividade, **Revista dialética de direito tributário**, n. 33.

FILHO, Rodolfo Amplona. **Novo curso de direito civil**. vol. 2(obrigações). 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005.

NAVARRO COÊLHO, Sacha Calmon. **Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

20 Vale repisar: tal dever pode ver-ser descumprido em decorrência da simples desatenção ao prazo fixado, ou pela inobservância à forma ou lugar estabelecidos, circunstâncias que também implicam o retardo no pagamento.

RIBEIRO, Maria De Fátima. Legislação Tributária. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.) **Comentários ao código tributário nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

TERÁN, Juan Manoel. **Filosofia del derecho**. 14. ed. México: Porrúa, 1952.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO: CONSIDERAÇÕES À LUZ DO KLAUS GÜNTHER

*Marcos César Botelho
Advogado da União
Coordenador-Geral de Atos Normativos – CONJUR –
Ministério da Defesa
Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto
Brasiliense de Direito*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O direito à saúde na constituição brasileira: breves considerações; 3 A teoria da argumentação de Klaus Günther; 3.1 Distinção entre justificação e aplicação; 3.2 Colisão externa e interna; 3.3 Validez e adequação de normas; 3.4 Aplicação como adequação da norma; 4 O fornecimento gratuito de medicamentos pelo estado: uma análise do papel do poder judiciário sob a ótica da adequação e coerência de Günther; 5 Conclusão; 6 Referências.

RESUMO: O presente artigo visa discutir o fornecimento de medicamentos pelo Estado à luz do pensamento de Klaus Günther, sobretudo em referência à distinção entre fundamentação e aplicação e a sua proposta de adequação e coerência da norma ao caso concreto.

ABSTRACT: The present paper aims to discuss the supply of medicines for the State by the light of the Klaus Günther's thought, especially in regard to the distinction between justification and application and his proposal of adequacy and coherence of the norm to the concrete case.

PALAVRAS-CHAVE: Günther. Justificação. Aplicação. Coerência. Adequação. Medicamentos.

1 INTRODUÇÃO

Um dos principais debates que permeia o mundo jurídico atualmente é a questão envolvendo a aplicação do Direito. Este tem sido o grande desafio de filósofos e juristas, o de compatibilizar a fundamentação das normas jurídicas com a realidade fática, isto é, com a aplicação do arcabouço normativo.

Pode-se ver, por exemplo, as objeções severas que são dirigidas ao pensamento de Jürgen Habermas, em que seus críticos o acusam de construir uma teoria abstrata no campo da justificação, totalmente desvinculada dos imperativos fáticos. Críticas que levaram Karl-Otto Apel a formular a sua Arquitetônica, distinguindo a Parte A e a Parte B de sua Ética do Discurso.

De fato, a questão que desafia os teóricos é como tornar efetiva, nos casos reais, as formulações teóricas desenvolvidas ou, em outras palavras, como tornar aplicável e efetiva as construções teóricas relativas à justificação das normas jurídicas.

Esse desafio fica mais patente quando o aplicador do Direito é posto diante dos chamados “casos difíceis”, em que a decisão reclama uma construção argumentativa mais complexa e elaborada do que a simples subsunção de uma norma ao fato.

O presente estudo se propõe a discutir a proposta formulada por Klaus Günther, tendo como pano de fundo casos envolvendo o fornecimento de medicamentos pelo Estado.

O estudo irá desenvolver os principais aspectos do pensamento de Günther, referentes à distinção entre justificação e aplicação, visando demonstrar como a proposta de adequação e coerência para a teoria da argumentação fornece um discurso de aplicação sólido, capaz de auxiliar o Poder Judiciário na decisão dos casos concretos envolvendo o fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado.

Serão feitas algumas abordagens de alguns pontos do pensamento de Alexy e Dworkin, sem qualquer pretensão de aprofundamento nestes modelos teóricos, visando, tão-somente, aclarar a proposta Günther, que em diversos momentos faz críticas aqueles pensadores.

Para tanto, inicialmente se tratará de forma breve sobre o direito à saúde na Constituição brasileira de 1988, demonstrando como a doutrina e jurisprudência possuem uma compreensão da saúde como um direito subjetivo fundamental.

Na segunda parte, será feita uma caracterização dos principais pontos do pensamento de Klaus Günther, inicialmente analisando a sua distinção entre justificação e aplicação, a questão das colisões externas e internas, a validade e adequação das normas, culminando com sua análise da aplicação como adequação e não como validade da norma.

Finalmente, será feita uma breve análise do fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado à luz do modelo proposto por Günther, procedendo-se à análise de algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, além de expor algumas críticas a alguns pontos propostos por Dworkin e Alexy, buscando identificar o modelo teórico apresentado por Günther como aquele que melhor responde ao desafio dos casos difíceis.

2 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: BREVES CONSIDERAÇÕES

O direito à saúde, reconhecido como direito fundamental, enfrenta desafios no tocante a sua concretização, em razão da necessidade de aplicação de recursos financeiros na execução das ações que lhe são inerentes.

O grande dilema que se apresenta é, de um lado, a necessidade de se fomentar o acesso do indivíduo aos serviços de saúde e de outro lado, equalizar esse acesso com a finitude dos recursos orçamentários que lhe são destinados.

Na Constituição Federal de 1988 a saúde é prevista como direito social consoante redação do artigo 6º da Carta Fundamental. No Título VIII, “Da Ordem Social”, Capítulo II, Seção II, o artigo 196 da Constituição Federal traz a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A saúde é posta como direito de todos os cidadãos e como dever do Estado. Segundo decidiu o Supremo Tribunal, “Cumpra não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República.”¹

Dessa forma, a saúde é encarada pelo Pretório Excelso como um direito subjetivo², razão por que a Corte Suprema entendeu que este direito não pode sofrer embaraços por parte das autoridades administrativas³.

Outro aspecto é que o fato da saúde ser o direito de todos impõe, não apenas a obrigação estatal em respeitá-lo, mas também, a associação desse dever com o imperativo da solidariedade social, fazendo com que a responsabilidade pelo fomento do direito à saúde recaia, em última análise sobre toda a sociedade.

Ingo Wolfgang Sarlet entende o direito à saúde como um direito (e dever) fundamental da pessoa humana⁴. Segundo Sarlet:

Assim, a saúde comunga, na nossa ordem jurídico-constitucional, da dupla fundamentalidade formal e material da qual se revestem os direitos e garantias fundamentais (e que, por esta razão, assim são designados) na nossa ordem constitucional.

[...]

Na verdade, parece elementar que uma ordem jurídica constitucional

1 STF, Ag.Reg no RE nº 393.175-0, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 12.12.2006.

2 Igual entendimento pode ser visto no Superior Tribunal de Justiça, conforme demonstram a seguintes decisões: Resp. 869.843/RS; RMS 23.184/RS; Resp. 902.473/RS; 901.109/RS.

3 STF, RE nº 226.835-6, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJ. 10.03.2000

4 SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. Salvador, **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./out./nov. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 15 maio 2008. p. 1. No mesmo sentido: SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 311. Segundo Marcelo Rebello Pinheiro, “Além de o constituinte ter positivado os direitos sociais como direitos fundamentais (fundamentalidade formal), pode-se inferir, ainda, que a fundamentalidade de tais direitos decorre também de sua relação com os valores e objetivos consagrados no texto constitucional (art. 1º e 3º), com especial referência à dignidade da pessoa humana (fundamentalidade material).” PINHEIRO, Marcelo Rebello. **A eficácia e a efetividade dos direitos sociais de caráter prestacional**: em busca da superação dos obstáculos, p. 79.

que protege o direito à vida e assegura o direito à integridade física e corporal, evidentemente, também protege a saúde, já que onde não existe e não é assegurada, resta esvaziada a proteção prevista para a vida e integridade física⁵.

Por essa razão é que não apenas o Estado é o destinatário do dever imposto pela norma constitucional, mas igualmente os particulares, fato este expressamente previsto na Constituição Federal, conforme aduz Sarlet⁶, espalhando uma eficácia horizontal vinculativa de todos os sujeitos privados.

Portanto, o direito à saúde no ordenamento constitucional brasileiro pode ser entendido como um direito social fundamental, público, subjetivo e universal, possuindo uma dimensão positiva, que é o direito à prestações materiais, além de uma dimensão negativa, caracterizada pela proteção contra qualquer agressão de terceiros, seja do Poder Público ou de particulares.

3 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE KLAUS GÜNTHER

A importância do pensamento de Klaus Günther reside no fato de que ele buscou dar uma visão mais concreta ao pensamento de Jürgen Habermas.

Uma das principais críticas que é feita ao pensamento de Habermas consiste no fato de que seu modelo teórico fornece uma firme base para a fundamentação das normas, carecendo, porém, de igual solidez no tocante a aplicação dessas mesmas normas.

Klaus Günther, assistente de Habermas, procura fornecer um critério seguro para a aplicação das normas, trazendo como conceito elementar para essa questão, a noção de coerência e adequação das normas.

No presente capítulo discutiremos os principais aspectos do pensamento de Klaus Günther, relativos ao binômio justificação-aplicação, fazendo, para tanto, algumas confrontações com idéias de Dworkin e Alexy.

⁵ SARLET, op. cit., p. 3

⁶ Ibid., p. 5.

3.1 DISTINÇÃO ENTRE JUSTIFICAÇÃO E APLICAÇÃO

Segundo Klaus Günther:

[...] há duas atividades distintas na justificação de uma norma: mostrar que há razões, sejam lá quais forem, para aceitá-la ou relacioná-la a uma situação, perguntando se e como ela é adequada à situação, se não há outras normas que seriam preferíveis, ou se a norma sugerida deveria, diante dessa situação, ser modificada⁷.

Assim, o que Günther vai propor é que há necessidade de haver uma introdução de um discurso de aplicação das normas a fim de complementar o discurso de justificação⁸. Isto é:

O senso para a equidade não só se revela em seguir princípios corretos, mas também em aplicá-los de forma imparcial, considerando-se todas as circunstâncias especiais. Nesse sentido, a tese deste livro é a de que não é possível abdicar da razão prática⁹.

O que Günther irá propor é que a justificação da norma refere-se a sua validade; esta situação é totalmente distinta dos casos de aplicação, em que o juiz se depara com casos concretos. A distinção reside no fato de que, nos discursos de aplicação não se perquire acerca da validade das normas; essa é pressuposta, sendo resultado de um estágio anterior – o discurso de justificação.

3.2 COLISÃO EXTERNA E INTERNA

Günther vai rejeitar a distinção entre regras e princípios proposta por Dworkin e Alexy.

Para Dworkin, “Argumentar juridicamente significa trazer à luz problemas jurídicos relevantes [...] numa vasta rede de princípios

7 GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. São Paulo: Landy, 2004. p. 35.

8 SORIANO, Leonor M. Moral. ¿Qué discurso para la moral? Sobre la distinción entre aplicación y justificación en la teoría del discurso práctico general. **Cuadernos de Filosofía Del Derecho**, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 21, v. I, 1998. p. 193.

9 GÜNTHER, op. cit., p. 19.

derivados da ordem jurídica ou da moralidade política”¹⁰. Assim, criticando o positivismo, Dworkin vai distinguir princípios e regras. Segundo ele:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão¹¹

Alexy, a seu turno, parte das concepções de Dworkin, com respeito a distinção entre regras e princípios. Para ele, regras e princípios são espécies de normas jurídicas¹².

Segundo Alexy, as regras são aplicáveis da maneira “tudo ou nada”, sendo que, se uma regra é válida, deve ser aplicada da maneira como preceitua, diferentemente dos princípios que apresentam, tão-somente, razões em favor de uma ou outra posição argumentativa¹³.

Alexy, ademais, vai entender os princípios como *mandatos de otimização*:

De acordo com a definição padrão da teoria dos princípios (Alexy, 1996, p. 75 e sss), os princípios são normas que determinam que algo seja realizado no mais alto grau que seja efetiva e juridicamente possível. Os princípios são portanto, comandos de otimização¹⁴.

Porém:

10 DWORKIN, Ronald. Elogio à teoria. **Revista de Direito do Estado**, ano 2, n. 7, p. 4, jul/set, 2007.

11 Id. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 39; Id. **Le positivisme**. Revue Droit et Société. Paris: Lextenso editions, nº 1, ago. 1985. p. 41: “Eu chamo ‘princípio’ um standard que deve ser observado, não que ele permita realizar ou atender a uma situação econômica, política ou social, julgada desejável, mas que ele constitua uma exigência da justiça ou da equidade ou, ainda, de uma outra dimensão da moral.”

12 ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica**, p. 140.

13 PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. **Revista CEJ**, Brasília, n. 30, 2005. p. 71; ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. México, DF: Fontamara, 1993.p. 11.

14 ALEXY, Robert. **Sobre a estrutura dos princípios jurídicos**, p. 156.

Diferentemente de Alexy [e Dworkin], para Günther (2004, p. 39) “o reconhecimento de que não há norma que não contenha referência situacional alguma, por mais tênue que seja, é indiscutível”, de modo que “qualquer norma moral [ou jurídica] se caracteriza por ser ‘impregnada de caso’”¹⁵.

Portanto, ao invés de normas e princípios, em que os conflitos entre as primeiras resolvem-se na dimensão da validade e as colisões entre os últimos na dimensão de peso, o que Klaus Günther irá propor é que no caso das regras, a colisão ocorre na dimensão da fundamentação de validade das normas jurídicas, o que ele chama de colisão interna; a outro giro, colisões¹⁶ entre princípios correm na dimensão de aplicação das normas, “[...] consideradas todas as características do caso concreto – ou, simplesmente, uma ‘colisão externa’”.

As colisões internas afetam a validade de uma norma. Por intermédio de uma negação são identificáveis independentemente das situações reais de aplicação. A outro giro, as colisões externas somente podem identificar-se em situações de aplicação¹⁷.

3.3 VALIDEZ E ADEQUAÇÃO DE NORMAS

Günther assevera que a validade proposta por Alexy e Dworkin é impossível de ser aferida, já que exigiria, no estabelecimento de princípios, tempo e conhecimento ilimitados, sendo que a tese advogada por ele é a de que “[...] somente com a ajuda da distinção suplementar entre fundamentação e aplicação pode haver a fundamentação do porque a argumentação jurídica deve ter lugar enquanto discurso baixo a condições restringidas”¹⁸.

Por isso é que, no seu entendimento, a pretensão de validade, enquanto discurso de justificação, se virtualiza¹⁹. A outro giro, “[...] os

15 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre a justificação e a aplicação de normas jurídicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, ano 43, n. 171, p. 85, 2006.

16 Ibid.

17 GÜNTHER, Klaus. Um concepto normativo de coherencia para una teoria de la argumentación jurídica. **Revista Doxa**, Alicante, Universidad de Alicante, n. 17-18, p. 281, 1995.

18 Ibid., p. 297.

19 GÜNTHER, op. cit., 1995, p. 298.

discursos jurídicos de aplicação deve produzir decisões em condições de tempo escasso e de saber incompleto²⁰.

Assim, validade, fundada em uma universalização de um princípio, como proposta por Dworkin e Alexy, somente seria possível quando fundamentado em uma descrição completa da situação, o que no entender de Günther é impossível.

3.4 APLICAÇÃO COMO ADEQUAÇÃO DA NORMA

O que Günther vai propor, portanto, é que os discursos de aplicação não devem efetuar uma análise da validade da norma, mas sim, de sua adequação. Segundo ele:

Se se delimita o conceito de validade às circunstâncias pressupostas pelas normas como inalteradas, se torna compreensível que nos casos de colisão mais interessantes não se trata de validade, mas sim de adequação de uma norma aplicável *prima facie*²¹.

Segundo Günther, para a fundamentação o relevante é a própria norma em si, sem haver a necessidade de se considerar os elementos fáticos concretos. Por essa razão é que na aplicação, “O juízo sobre a adequação de uma norma não se refere a todas as circunstâncias de aplicação, mas exclusivamente a uma.”²²

Neste escopo, Günther fala em uma versão mais fraca do princípio “U” proposto por Habermas²³. Segundo ele:

A versão mais fraca de “U” parte de uma proposta já selecionada de

20 GÜNTHER, op. cit p. 300.

21 Ibid., p. 284.

22 GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004. p. 70.

23 O princípio “U” é enunciado por Habermas da seguinte maneira: “no caso de normas válidas os resultados e conseqüências laterais que, para a satisfação dos interesses de cada um, previsivelmente se sigam da observância geral da norma, tem que poder ser aceitos sem coação alguma por todos.” HABERMAS, Jürgen. *Escritos sobre moralidad y eticidad*, p. 101-102. Explicando o princípio “U”, Barbara Freitag escreve: “Para que uma norma tenha condições de transformar-se em norma geral, aspirando validade universal enquanto máxima da conduta de todos os participantes do discurso prático, os resultados e efeitos colaterais decorrentes de sua observância precisam ser antecipados, pesados em suas conseqüências e aceitos por todos.” FREITAG, Barbara. **Dialogando com Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005. p. 102.

norma, para colocá-la em uma perspectiva situacional generalizante e relacioná-la com os interesses virtuais de todos. Por isso, esta versão deve ser complementada por um discurso de aplicação que realce a perspectiva específica da situação e a relacione com os interesses dos outros como pessoas concretas. Em situações de aplicação, ainda não se trata da capacidade de universalização de interesses afetados, mas, inicialmente, apenas do seu descobrimento e da relevância situacional. Reserva-se à aplicação “U”, na versão mais forte, se o interesse representado na norma contextualmente adequada é realmente legítimo e se, portanto, pode ser aceito por todos em conjunto²⁴.

Dessa forma, adequação para Günther vai ser entendida como uma restrição da versão forte de “U”, fazendo com que haja uma alteração da exigência de que, em determinado momento sejam consideradas todas as situações, para a exigência de que em uma única situação sejam examinadas todas as características²⁵.

Esse entendimento se fundamenta no fato de que, decidir acerca da validade de uma norma é algo totalmente distinto sobre decidir acerca de sua adequação à determinada situação. Isto é, quando se questiona sobre a validade de uma norma, não significa que haverá, conseqüentemente, qualquer influência ou decisão sobre a sua adequação a determinado caso concreto. Daí Günther vai dizer que “O tema não é a validade da norma para cada um, individualmente, tampouco para os seus interesses, mas a adequação em relação a todas as características de uma única situação.”²⁶

4 O FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO: UMA ANÁLISE DO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO SOB A ÓTICA DA ADEQUAÇÃO E COERÊNCIA DE GÜNTHER

A grande questão que se coloca quando o assunto é o fornecimento de medicamentos pelo Estado consiste na alegação de que os recursos são finitos e que a responsabilidade do Estado prevista na Constituição Federal, mais precisamente no artigo 196, refere-se à efetivação de

24 GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*, p. 72; SORIANO, Leonor M. Moral. op.cit., p. 194.

25 GÜNTHER, op. cit., 2004. p. 70.

26 GÜNTHER, op. cit., 2004, p. 70.

políticas públicas que alcancem a população como um todo, razão pela qual, o fornecimento de medicamentos pelo Estado não pode inviabilizar o sistema público de saúde²⁷.

O problema toma maior vulto, ainda, quando se analisa o papel do Poder Judiciário, na medida em que, no entender de Luis Roberto Barroso, a otimização da eficiência dos gastos públicos com saúde é melhor atingida quando se confere ao Poder Executivo a competência de tomar decisões nesta área, sobretudo porque “O artigo 196 da Constituição Federal deixa claro que a garantia do direito à saúde se dará por meio de políticas sociais e econômicas, e não através de decisões judiciais.”²⁸

Ainda, segundo crítica feita por Barroso:

Na verdade, a jurisprudência brasileira sobre concessão de medicamentos se apoiaria numa abordagem individualista dos problemas sociais, quando uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos deve ser concebida como política social, sempre orientada pela avaliação de custos e benefícios²⁹.

De fato, não há como negar que os recursos orçamentários têm uma natural limitação. O problema não está nesta constatação, mas sim no dimensionamento ou tamanho destes recursos e sua real e efetiva aplicação nas questões ligadas à saúde.

Importante lembrar que, segundo brilhante decisão do Supremo Tribunal Federal, da relatoria do Ministro Celso de Mello, “O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.”³⁰

Esta questão fornece o fundamento para a compreensão do

27 STF, STA nº 91, Rel. Min^a Ellen Gracie, DJ 26.02.2007.

28 BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em: <HTTP://www.Direitosfundamentais.net> <http://georgemlima.blogspot.com/2007/09/textos-selecionados-teoria-dos-direitos.html>. Acesso em: 10 maio 2008 p. 22

29 Ibid., p. 26.

30 STF, AgRg no RE nº 271.286-8, Rel. Min. Celso de Mello, 2^a Turma, DJ 24.11.2000.

fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado sobre a ótica da coerência e adequação desenvolvida por Günther.

Primeiramente, a análise não deve ser feita considerando todas as possíveis situações em confronto com o caso concreto. Significa que o magistrado, diante do caso concreto, não pode considerar o sistema como um todo pois, em primeiro lugar, isso seria humanamente impossível, considerando o fato de que o juiz Hércules proposto por Dworkin é uma ficção, uma idealização inalcançável. Em segundo lugar, ao juiz cabe analisar o caso *in concreto* não lhe sendo submetido todo o sistema.

E justamente nesse juízo de adequação da norma ao caso concreto é que reside a tarefa do Poder Judiciário. Diferentemente do que pensa Luís Roberto Barroso, o Poder Judiciário não está executando políticas públicas quando decide sobre a concessão de medicamentos. Há, sim, o desempenho de seu papel constitucional, na medida em que lhe é apresentada situação em que há ameaça de lesão a direito fundamental: a saúde. Neste sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, “caput”, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade³¹.

Diferentemente do que decidiu a Ministra Ellen Gracie na Suspensão de Tutela Antecipada nº 91, o artigo 196 da Constituição da República, ao descrever um direito público subjetivo, assegura o acesso à saúde em situações individualizadas³².

Esta questão é claramente expressa em decisão proferida na Pet nº 1.246-SC em que se afirma que:

31 STF, AgRg no RE nº 393.175, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 02.02.2007.

32 Segundo a Ministra Gracie: “Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas.” STF, STA nº 91, Rel. Minª Ellen Gracie, DJ 26.02.2007.

[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõe ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana³³.

O que se pode extrair dessas decisões proferidas no âmbito do Pretório Excelso, favoráveis ao fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado, é que a aplicação deve ostentar um caráter coerente e adequado em relação ao caso concreto.

Muito mais do que otimizar princípios ou ponderá-los, o discurso de aplicação proposto por Günther implica na efetiva consideração dos fatores reais que envolvem o caso concreto³⁴. Significa a valorização da vida, ameaçada concretamente, em detrimento de meras especulações que poderão vir ou não a se concretizar, pois segundo Menelick de Carvalho Netto, “O problema é que as pessoas não são gerais e as situações não são *abstractas*.”³⁵

Com isso, não há supressão do momento da facticidade em prol de elementos e condições idealizantes, consoante crítica formulada por Albrecht Wellmer e rebatida por Günther.³⁶

Por tal motivo não há necessidade de utilização da ficção proposta por Dworkin do juiz Hércules, não havendo motivos para a criação de um esquema de princípios abstratos e concretos que possam fornecer uma justificação coerente para **todos** os precedentes, tampouco a elaboração de algumas teorias políticas que poderiam servir de justificação no conjunto de regras constitucionais que são relevantes para o problema.

33 No mesmo sentido: STF, AgRg no RE 271.286-8.

34 Segundo Menelick de Carvalho Netto, para Friedrich Müller a norma jurídica consiste no Direito aplicado aos casos concretos, nunca o dispositivo constitucional ou legal em abstrato. (Cf. CARVALHO NETTO, Menelick. **Racionalização do ordenamento jurídico e democracia**. p. 26). Ainda, segundo Menelick (*Op. cit.*, p. 31), “A experiência nos mostrou que não mais podemos acreditar na aplicação silogística da lei, naquela idéia segundo a qual a norma geral seria a premissa maior; o fato, a premissa menor; e o trabalho do aplicador, uma simples tarefa mecânica.”

35 CARVALHO NETTO, Menelick. *Racionalização do ordenamento jurídico e democracia*. In: *A Consolidação das leis e o aperfeiçoamento da democracia*. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2003. p. 33.

Tal recurso, além de desnecessário é utópico, pois implica na improvável situação de que o juiz Hércules descreva a situação considerando todas as circunstâncias possíveis.

Tampouco se utiliza dos princípios como mandatos de otimização como proposto por Alexy. Isso porque na análise do caso concreto não se buscará dar maior eficácia a um princípio em referência a outro, ou seja, aplicação. O que se apresenta ao julgador, no caso concreto, é a ameaça real e presente à vida, que pode ser dissipada pela tutela do direito fundamental à saúde, através do fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado, com uma mera possibilidade de essa tutela venha a inviabilizar o sistema de saúde³⁷.

É no discurso de aplicação proposto por Günther, que tem lugar sob condições restringidas, ou seja, de tempo escasso e saber incompleto³⁸, que a norma plasmada no artigo 196 da Constituição ganha real efetividade, fomentando o desenvolvimento de políticas públicas voltadas para a saúde, além de propiciar a proteção individual, consagrando a saúde como um direito subjetivo fundamental.

5 CONCLUSÃO

A questão não é simples. Todavia, não podemos nos esconder dela, dada a relevância que a saúde tem na Constituição Federal e mesmo na Declaração Universal da ONU, de 1948, conforme se vê nos artigos 22 e 25.

Das discussões travadas no presente artigo, resta claro, como primeira conclusão, a natureza de direito fundamental conferida à saúde. A saúde é um direito subjetivo fundamental do indivíduo, indissociavelmente ligado ao direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

36 Cf. GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. p. 85.

37 De certa forma, não se pode falar em choque de princípios, na medida em que, no caso concreto, o único princípio ameaçado é o direito à saúde (e, portanto, à vida), exigindo-se do julgador a aplicação da norma que seja coerente e adequada para tutelar o direito ameaçado ou lesado. Um eventual choque de princípios poderia ocorrer na situação hipotética de se considerar todas as possíveis circunstâncias de aplicação, o que, segundo Günther, afasta o juízo de adequação da norma, por exigir tempo e conhecimento ilimitados.

38 GÜNTHER, Klaus. GÜNTHER, Klaus. Um concepto normativo de coherencia para uma teoria de la argumentación jurídica. *Revista Doxa*, Alicante, Universidad de Alicante, n. 17-18, p. 297, 1995.

Outra conclusão é que a Carta Política autoriza o Poder Judiciário a tutelar ameaça ou lesão ao direito à saúde. Este papel conferido aos Tribunais não se confunde com a execução de políticas públicas voltadas para a Saúde.

Daí cabe ao Poder Judiciário a apreciação do caso concreto, considerando as circunstâncias que lhe são afetas, conforme a proposta de Klaus Günther para os discursos de aplicação, valendo-se da coerência e adequação com os imperativos exigidos no caso *sub examine*.

Este ponto, inclusive, afasta a argumentação contrária ao fornecimento de medicamentos às pessoas carentes sob o fundamento de que o Judiciário não faz políticas públicas, na medida em que se trata de apreciação de situação concreta, feita no exercício da jurisdição que lhe é atribuída pela Constituição Federal.

A proposta de Günther leva à consideração do caso concreto, afastando qualquer juízo sobre a validade da norma, conforme preconizado por Alexy e Dworkin, pois, para Günther, tal juízo exigiria tempo e conhecimento ilimitados, já que deveria observar todas as circunstâncias de aplicação, o que se caracteriza como uma situação utópica.

Logo, ao considerar o caso concreto e a adequação da norma, não há referência a todas as circunstâncias de aplicação, mas somente a uma circunstância, isto é, a ameaça ao direito à saúde de determinado indivíduo.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. **Derecho y razón práctica**. México: Fontamara, 1993.

_____. Legal argumentation as rational discourse. Milano, **Rivista Internazionale Di Filosofia Del Diritto**, Giuffrè Editore, v. 4, p. 165-178, 1993.

_____. Justicia como corrección. Alicante, **Doxa Cuadernos de Filosofía Del Derecho**, n. 23, Universidad de Alicante, p. 161-173, 2003.

_____. Derechos, razonamiento y discurso racional. **Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n. 1, 1994, p. 37-49. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01338308644248274088802/p0000015.htm#I_19_>.

_____. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2005.

_____. Problemas da teoria do discurso. **Revista Direito, Estado e Sociedade** n. 8. Disponível em: <<http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/artigos.html>>. Acesso em: 21 nov. 2006.

_____. Ponderación, control de constitucionalidad y representación. In: **Jueces y Ponderación Argumentativa**. 1. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. www.Direitosfundamentais.net. Disponível em: <<http://georgemlima.blogspot.com/2007/09/textos-selecionados-teoria-dos-direitos.html>>. Acesso em: 10 maio 2008.

BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-graduação em Direito e Sociedade. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Público-IDP, 2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre a justificação e a aplicação de normas jurídicas. Brasília, **Revista de Informação Legislativa**, Senado Federal, ano 43, n. 171, 2006.

CARVALHO NETTO, Menelick. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. In: **A Consolidação das leis e o aperfeiçoamento da democracia**. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2003.

CASALMIGLIA, Albert. El concepto de integridad em Dworkin. **Doxa Cuadernos de Filosofía Del Derecho**, Alicante, v. 12, p. 155-176, 1992.

DWORKIN, Ronald. **Law as interpretation**. *Texas Law Review*, v. 60, 1982.

_____. **Le positivisme.** Revue Droit et Société. Paris: Lextenso editions, n  1, ago. 1985.

_____. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **A virtude soberana.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. Igualdade como ideal: entrevista com Ronald Dworkin. Novos Estudos. São Paulo, **CEBRAP**, n. 77, mar. 2007.

_____. Elogio   teoria. **Revista de Direito do Estado**, ano 2, n. 7, jul/set, 2007.

FREITAG, Barbara. **Dialogando com Jürgen Habermas.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

GONZÁLEZ, Antonio José Mu oz. Casos difíciles y derecho como integración. (Estudo sobre la teoria jurídico filosófica de Ronald Dworkin). **Revista Telemática de Filosofía del Derecho**, n. 3, 1999/2000.

GÜNTHER, Klaus. Um concepto normativo de coherencia para una teoria de la argumentación jurídica. Alicante, **Revista Doxa**, Universidad de Alicante, n. 17-18, 1995.

_____. **Teoria da argumenta o no direito e na moral:** justific o e aplica o. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Escritos sobre moralidad y  ticidad.** Barcelona: Paidós, 1997.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** 2. ed. v. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 2, 2003.

_____. **Consciência moral e agir comunicativo.** 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Verdade e justific o:** ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. La argumentación probatoria y su expresión en la sentencia. In: *Jueces y Ponderación Argumentativa*. 1. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

_____. Legalidad, jurisdicción y democracia. In: **Jueces y Ponderación Argumentativa**. 1. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

JESUS, Carlos Frederico Ramos de. Teoria da interpretação e aplicação justa da lei: um cotejo entre Kelsen e Dworkin. Brasília, **Boletim dos Procuradores da República**, n. 78, jan. 2008.

MORRISSON, Wayne. Ronald Dworkin e a luta contra o desencanto: ou o direito na ética interpretativa da filosofia do direito liberal. In: **Filosofia do Direito**: dos Gregos ao Pós-modernismo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. Brasília, **Revista CEJ**, n. 30, 2005.

REBELLO, Marcelo Pinheiro. **A eficácia e a efetividade dos direitos sociais de caráter prestacional**: em busca da superação dos obstáculos. Dissertação de mestrado. Brasília: Universidade de Brasília, 2008.

SANCHIS, Luis Prieto. Teoria del derecho y filosofía política em Ronald Dworkin. **Revista Espanhola de Derecho Constitucional**, ano 5, n. 14, mai./ago. 1985.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. Salvador, **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 15 maio 2008.

SORIANO, Leonor M. Moral. ¿Qué discurso para la moral? Sobre la distinción entre aplicación y justificación em la teoría del discurso práctico general. **Cuadernos de Filosofía Del Derecho**, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 21, v. I, 1998.

STRUCHINER, Noel. Uma análise da noção de casos difíceis do direito em um contexto positivista. Rio de Janeiro, **Revista Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 17, 2000.

VIDAL, Isabel Lifante. La teoría de Ronald Dworkin: la reconstrucción del derecho a partir de los casos. Madrid, **Jueces para la Democracia**, n. 36, 1999.

VIGO, Rodolfo. Balance de la teoría jurídica discursiva de Robert Alexy. Alicante, **Doxa Cuadernos de Filosofía Del Derecho**, Universidad de Alicante, n. 26. 2003.

ABANDONO DE CARGO E PRESCRIÇÃO: UMA QUESTÃO TORTUOSA

Osiris Vargas Pellanda
Advogado da União graduado pela Universidade
Federal do Paraná – UFPR
Especialista em Direito Público pelo Instituto Brasiliense
de Direito Público – IDP Atualmente em exercício na
Corregedoria-Geral da Advocacia da União

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Caracterização e apuração do abandono de cargo; 3 A contagem do prazo prescricional; 4 O que fazer quando já ocorreu a prescrição; 5 Conclusão; 6 Referências.

RESUMO: O presente artigo apresenta as controvérsias suscitadas em torno do tema da prescrição para aplicação da penalidade de demissão a servidor público que incorre em abandono de cargo. Analisa-se inicialmente a forma de contagem do prazo prescricional e as diferentes correntes sobre a questão, para enfim se discorrer sobre as alternativas a se adotar quando verificada a prescrição. Doutrina e jurisprudência concordam que é impossível a aplicação de soluções alternativas em âmbito administrativo, embora a administração pública federal tenha mantido o entendimento de exonerar o servidor quando não é possível demiti-lo. Ao final, busca-se encontrar uma solução que atenda à finalidade da lei e os interesses da administração, solução esta ainda não apresentada pelo judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Direito administrativo. Processo administrativo disciplinar. Servidor público federal. Abandono de cargo. Prescrição.

1 INTRODUÇÃO

A administração pública federal, no exercício de seu poder de autotutela, tem o dever de apurar as condutas desviantes de seus agentes e impor-lhes as sanções previstas em lei. Condutas ilícitas de agentes públicos podem ter repercussão na esfera penal, civil ou administrativa, a depender da previsão legal, sendo que, no que tange a infrações disciplinares praticadas em violação ao regime jurídico dos servidores públicos federais – a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 – a administração possui a prerrogativa legal de, em âmbito administrativo, apurar o ilícito e aplicar a penalidade correspondente, o que se dá por meio do processo administrativo disciplinar.

Das inúmeras condutas ilícitas previstas no regime disciplinar do servidor público federal, uma em especial tem gerado infundáveis discussões que por vezes levam juristas, gestores públicos e cidadãos em geral à perplexidade. Trata-se do abandono de cargo, previsto no art. 138 e no art. 132, II, da Lei nº 8.112/90 como infração disciplinar passível de demissão. Além disso, o abandono também configura crime previsto no art. 323 do Código Penal, punível, em sua forma simples, com pena de quinze dias a um mês de detenção.

É em seu viés administrativo que tal ilícito suscita maiores controvérsias, pois o art. 142 da lei de regência do processo administrativo disciplinar dispõe que a ação disciplinar prescreve em cinco anos para infrações puníveis com demissão – como é o caso de abandono de cargo – e que o prazo começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido. Os problemas jurídicos surgem quando o abandono perdura por mais tempo do que o próprio prazo prescricional para instauração do processo e aplicação da pena, e é deste tema que nos ocuparemos ao longo do presente artigo.

2 CARACTERIZAÇÃO E APURAÇÃO DO ABANDONO DE CARGO

O art. 138 da Lei nº 8.112/90 define o abandono de cargo como “*a ausência intencional do servidor ao serviço por mais de trinta dias consecutivos*”. A conduta descrita no tipo legal possui, portanto, um aspecto objetivo e um aspecto subjetivo. O tipo objetivo exige que o servidor se ausente do serviço por mais de trinta dias sem justificativa, e que estes trinta e um dias – ou mais – sejam consecutivos. O tipo subjetivo exige que esta ausência seja intencional, isto é, que o servidor

tenha o *animus abandonandi*, não bastando a mera ausência por motivos alheios a sua intenção, ainda que não justificados¹.

Por sua vez, o art. 132, inciso II, da Lei nº 8.112/90 estabelece que a penalidade aplicável ao servidor que abandona o cargo é a demissão. A partir do momento em que a administração constata a ocorrência do elemento objetivo do abandono de cargo, isto é, a falta injustificada do servidor por mais de 30 dias consecutivos, torna-se obrigatória a instauração de processo administrativo disciplinar (art. 143 da Lei nº 8.112/90). Tal processo se desenvolve pelo rito sumário previsto no art. 133, inciso II, c/c o art. 140 da Lei nº 8.112/90, no qual a instrução restringe-se à própria indicição e defesa do acusado, tendo em vista que sua própria instauração já pressupõe a prática do ilícito, ou seja, sua autoria e sua materialidade, ao menos em seu aspecto objetivo. Caberá à comissão de inquérito, neste rito abreviado, apenas indiciar o acusado, nos termos já delineados na portaria inaugural da autoridade instauradora, e citá-lo para apresentar defesa escrita, para enfim produzir seu relatório, no qual apreciará a existência do elemento subjetivo da conduta, à luz das provas produzidas nos autos, e, em sendo o caso, concluirá pela aplicação da respectiva penalidade.

Note-se que a existência do rito sumário confere legalidade à indicição imediata do servidor por parte da comissão, sem que seja aberta prévia instrução. Pela lei, portanto, o contraditório se realiza exclusivamente a partir da citação para defesa escrita, sem que isto represente ofensa à garantia constitucional do devido processo legal. Isto ocorre porque, em casos tais, para que o processo tenha início é necessário que a portaria de instauração já delimite o período de ausência ao serviço, inclusive citando o nome do acusado, o que pressupõe a existência de prova pré-constituída para a instauração do processo disciplinar. Esta prova pode estar consubstanciada em declaração da chefia imediata do servidor, ou ainda em folhas de ponto com o registro das faltas injustificadas, e integrará necessariamente os autos do processo disciplinar, geralmente por apensamento de autos que tenham sido previamente constituídos para dar notícia do abandono à autoridade instauradora. Assim, abreviada a instrução do processo disciplinar, não representa cerceamento de defesa a ciência do processo somente após a citação, pois ao ser chamado a apresentar a

1 Neste sentido, vide o Parecer-AGU nº GQ-201 (§§ 7 e 13), bem como os acórdãos do STJ no MS nº 11.955/DF, no RMS nº 21.392/PR, no REsp nº 501.716/DF etc.

defesa escrita, o servidor terá oportunidade de impugnar todos os fatos e argumentos contra ele imputados, inclusive com a juntada de novas provas, de modo a garantir-lhe a ampla defesa e o contraditório.

3 A CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL

No que tange ao aspecto objetivo do abandono de cargo, é de suma importância a delimitação do período em que o servidor permaneceu ausente ao serviço, pois isto influencia na contagem do prazo prescricional. Mais do que a data de início do fato, contudo, a prescrição da ação disciplinar nos casos de abandono de cargo público envolve uma série de outras questões e ainda é tema pouco desenvolvido pela doutrina e pela jurisprudência.

Primeiramente, faz-se necessário delimitar o arcabouço jurídico no qual o tema está inserido. O art. 142 da Lei nº 8.112/90 fixa o prazo de cinco anos para instauração de processo administrativo disciplinar nas infrações passíveis de demissão, após o qual a pretensão punitiva da administração estaria prescrita. Ainda, segundo o art. 142, § 1º, da mesma lei, “o prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido”. A infração também está prevista como crime passível de pena de até um mês de detenção, no tipo de abandono de função descrito no art. 323 do Código Penal, sendo que o seu art. 109 define o prazo de dois anos para a prescrição da pretensão punitiva deste crime. Além disso, a própria Lei nº 8.112/90 dispõe que os prazos prescricionais previstos na lei penal se aplicam às infrações disciplinares capituladas também como crime, o que abrange, portanto, o abandono de cargo.

Definidos os prazos a que está sujeita a administração para exercer seu poder disciplinar sobre o servidor faltoso, resta resolver quando se inicia a contagem de tais prazos. Esta questão depende de dois importantes parâmetros: a data da consumação da infração e a data em que ela se tornou conhecida, sendo que esta última é prejudicial da primeira, uma vez que a lei expressamente prevê que o conhecimento do fato é o que faz disparar o fluxo da prescrição.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se orienta no sentido de que é necessário o conhecimento do abandono de cargo pela autoridade competente para instauração do processo disciplinar, não iniciando o prazo prescricional se o fato é apenas conhecido por agentes públicos sem poder disciplinar sobre o servidor faltoso, ainda que

hierarquicamente superiores². Afinal, o art. 142, § 1º, da Lei nº 8.112/90 limita-se a dizer que a contagem se dá a partir do conhecimento efetivo do fato, não estabelecendo nenhuma presunção *juris et de jure* acerca do que se pode considerar como conhecimento do fato pela administração. Admitida, pois, a possibilidade de conhecimento tardio da autoridade competente para instauração do processo disciplinar, diferido fica o prazo prescricional, em razão desta tardia ocorrência do seu termo inicial.

Diferente parâmetro será observado, todavia, se o conhecimento pela autoridade competente se der de forma imediata. Não havendo diferimento do termo inicial definido em lei, parte-se do princípio de que a prescrição começa a correr imediatamente, uma vez consumado o fato que se consubstanciou na transgressão disciplinar. No caso do abandono de cargo, porém, esta consumação do ato tem sido objeto de inúmeras controvérsias, tendo em vista que o abandono não é um ato pontual, mas que se protraí no tempo, podendo, inclusive, perdurar por tempo indeterminado, sem que o servidor jamais retorne ao exercício de suas atribuições.

No âmbito da administração pública federal, a Advocacia-Geral da União firmou posição por meio do Parecer AGU nº GQ-207, segundo o qual o prazo prescricional começa a correr no trigésimo primeiro dia de ausência injustificada ao serviço, desde que partindo da premissa de que o conhecimento das faltas por parte da administração não seja tardio³.

2 Neste sentido, vide o **RMS nº 15.478/SP**:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. PROFESSORA ESTADUAL. ABANDONO DE CARGO E ACÚMULO DE CARGOS. DEMISSÃO. REGULAR PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO AFASTADA.

Afastada a prescrição considerando como marco a data em que a autoridade competente tomou conhecimento do fato. A própria impetrante admite as duas situações que originaram no regular procedimento apuratório, culminando com a sua demissão (acúmulo de cargos e afastamento de cargo).

Recurso desprovido. [grifo nosso]

3 O parecer põe a questão nos seguintes termos:

[...] 3. A orientação que se vem observando está consubstanciada em dois pareceres da extinta Consultoria-Geral da República: Pareceres n.º 575-H, da lavra do Dr. Adroaldo Mesquita da Costa, e n.º I-11, da lavra do Dr. Romeu de Almeida Ramos, e em Formulações do DASP. Pode assim ser resumida: (a) o abandono de cargo é ilícito instantâneo de efeitos permanentes; (b) o prazo prescricional inicia-se no trigésimo primeiro dia de ausência do servidor; (c) apesar da prescrição, o fato do abandono persiste, devendo declarar-se a vacância do cargo, mediante exoneração ex officio; (d) os casos de exoneração ex officio previstos no art. 75, II, “a” e “b”, do antigo Estatuto do Servidor não eram taxativos, eis que o Estatuto, em outros dispositivos (por ex. art. 19, §§ 5º e 7º) contemplava outros casos de exoneração ex officio. [...]

Em linhas gerais, o parecer analisa a questão específica da possibilidade ou não de se iniciar a contagem do prazo prescricional apenas após a cessação do abandono, assumindo como premissa que este abandono já é conhecido pela administração. A questão central ali exposta é, portanto, sobre a natureza permanente ou instantânea da infração. Definir esta natureza é crucial para se entender e aplicar corretamente a lei, para que enfim se possa estudar as possibilidades abertas à autoridade julgadora quando verificada a prescrição.

A jurisprudência tende claramente para a orientação no sentido de que o abandono de cargo é infração instantânea, e não permanente, ao decidir que o prazo prescricional se inicia a partir do trigésimo primeiro dia de ausência⁴, assumindo que este é o marco consumatório do ilícito. Considerando que existe um marco temporal previsto em lei, pelo qual se considera a infração consumada, conclui-se que tal infração não pode ser considerada permanente, ainda que seus efeitos o sejam.

6. A Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República questiona o entendimento que se vem observando. Em resumo alega: **(a)** é equivocada a tese da CGR, criando a figura da exoneração ex officio no caso de extinta a punibilidade pela prescrição; **(b)** a permanência do abandono não é efeito, mas a causa da infração “fato que implica na reiteração de prática de conduta delituosa, cujo tipo se aperfeiçoa a cada mês, daí decorrendo, no plano da prescrição, que, enquanto perdurar a ausência, nunca será tardio o exercício, pelo Estado, da ação punitiva.”; **(c)** o abandono é infração que se consuma a termo; isto é, a cada período de trinta e um dias de ausência do servidor; **(d)** com a permanência do agente em situação de prática da conduta omissiva, isto é, com a reiteração de prática de conduta delituosa, a Administração poderá sempre instaurar, a qualquer momento, procedimento adequado para a apuração da falta, uma vez que as últimas infrações não estarão prescritas; **(e)** cita em abono de sua tese o acórdão proferido pelo STF no HC n.º 71.613-0 – RS (crime de desobediência de Prefeita que se recusara a cumprir ofício de juiz determinando desconto mensal nos vencimentos de servidor a título de alimentos); **(f)** a figura da exoneração ex officio de que se vem utilizando a Administração nesses casos não existe no ordenamento jurídico brasileiro. [...]

8. Não tem razão a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República. De fato, como reconhece, o abandono é infração instantânea: consuma-se no trigésimo primeiro dia de ausência ao serviço. É instantânea, mas não a termo e continuada. [...]

4. Neste sentido, vide o acórdão do STJ no **MS n.º 12.884-DF**:

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA FEDERAL. AUSÊNCIA INJUSTIFICADA. DEMISSÃO. PRESCRIÇÃO.

[...] 2. Transcorrido mais de 5 anos entre a data em que se tomou conhecimento da ausência da impetrante ao serviço público (31º dia após 13/07/98) e a data de instauração do processo administrativo (07/02/2006), primeiro marco prescricional, é de se entender prescrita a pretensão estatal de aplicar a pena de demissão à impetrante.

3. A tese de que o abandono do cargo se renova a cada 30 dias, haja vista a sua natureza de infração permanente, é descabida, porquanto além de não encontrar respaldo na doutrina e na jurisprudência, a lei é clara ao estipular a data inicial em que se deve iniciar o cômputo do prazo prescricional, daí porque o intento administrativo é tão somente estabelecer hipótese de prorrogação do prazo prescricional não prevista em lei.

[...]

O critério muda, no entanto, quando se passa a enfocar o abandono de cargo como crime. É sabido que o direito penal classifica como permanentes os crimes em que o tipo se prolonga no tempo⁵, o que não ocorre naqueles classificados como instantâneos, ou mesmo nos instantâneos de efeitos permanentes, em que a permanência dos efeitos não depende da vontade do agente e o tipo subjetivo se exaure no momento da prática do ato⁶. No delito de abandono de cargo, por se tratar de crime formal⁷, o tipo subjetivo é permanente, de modo que o núcleo da ação típica e antijurídica continua em execução enquanto perdurar o abandono da função. Trata-se, por certo, de crime permanente, até porque, ao contrário da legislação administrativa, o código penal não prevê um marco temporal a partir do qual se considera o crime consumado, de modo que, em tese, poderia até mesmo estar caracterizado antes do decurso dos trinta dias previstos na Lei nº 8.112/90, desde que demonstrado o *animus abandonandi*.

Portanto, embora a infração *disciplinar* de abandono de cargo, por uma ficção legal, seja considerada instantânea e consumada ao trigésimo primeiro dia de ausência ao serviço, a infração penal de abandono de cargo é permanente, de modo que o termo inicial da prescrição penal regula-se pelo art. 111, inciso III, do Código Penal, segundo o qual a prescrição da pretensão punitiva começa a correr “do dia em que cessou a permanência”⁸.

Naprática, esta diferenciação é pouco importante dentro do processo administrativo disciplinar. Ainda que a Lei nº 8.112/90 estabeleça que o prazo da prescrição penal se aplica às infrações disciplinares capituladas como crime, tal dispositivo não afasta a regra de que o abandono de cargo é infração instantânea na seara administrativa, e, como tal, tem um termo prescricional inicial diferenciado do correspondente crime. Assim, jamais se poderá afastar o termo inicial da prescrição da infração

5 A protração no tempo deve ser tanto do tipo objetivo como do subjetivo. É o que ocorre, por exemplo, nos crimes de seqüestro, extorsão mediante seqüestro, redução à condição análoga à de escravo, cárcere privado.

6 É o que ocorre, por exemplo, no homicídio e em certos crimes ambientais. O crime é instantâneo, embora de efeitos permanentes. A consumação se dá no momento em que ocorre o resultado.

7 O abandono de cargo é crime formal porque não depende da superveniência de um resultado para se considerar consumado. Todavia, não chega a se enquadrar como crime de mera conduta porque existe no ato do abandono o elemento subjetivo da **intenção** de abandonar, ato potencialmente danoso ao Estado, dano este que pode ou não vir a ocorrer concretamente (intenção mais dolo direto ou eventual).

8 Em se tratando de crime permanente, a consumação se dá no momento do início da conduta e se prolonga no tempo; assim a prescrição só flui a partir do momento em que cessa a conduta permanente.

administrativa de abandono de cargo (seja ele o 31º dia ou a data do conhecimento do fato, o que vier depois), ao argumento de que se trata de infração permanente, mesmo que a conduta esteja também sendo apurada na esfera criminal⁹.

Assim, na seara administrativa, não se pode deixar de iniciar a contagem do prazo prescricional de um ilícito disciplinar que já se tornou conhecido, o que nos leva a concluir que, ainda que o abandono do cargo perdure indefinidamente, a prescrição não poderia ficar postergada ad *aeternum*, verificando-se o seu termo inicial quando do conhecimento pela autoridade competente. A questão da consumação criminal ganha relevância, porém, quando o processo administrativo já não é mais cabível, como se verá adiante.

4 O QUE FAZER QUANDO JÁ OCORREU A PRESCRIÇÃO

Se por um lado é possível assumir a possibilidade de um termo a *quo* diferido para o prazo prescricional da infração administrativa de abandono de cargo, por outro lado também não se pode negar que, em regra, a prescrição inicia sua contagem no 31º dia de ausência, não podendo ser postergada indefinidamente, de tal sorte que, uma vez ocorrida, carece a administração de meios para aplicar-lhe sanção expulsória por meio de processo disciplinar.

Como visto, o abandono de cargo é infração de efeitos permanentes, o que, muitas vezes, implica desistência do cargo por parte do servidor faltoso, que geralmente jamais retorna ao serviço, ainda que prescrita qualquer pretensão disciplinar. Este cargo não pode ser declarado vago enquanto não ocorrer alguma das hipóteses do art. 33 da Lei nº 8.112/90¹⁰.

Estando ocupado, não pode ser o cargo preenchido por outra pessoa, ainda que aprovada em concurso público, visto que o servidor ocupante não pode ser demitido, ficando a administração à mercê da

9 Com efeito, a jurisprudência tem reconhecido de forma pacífica que a apuração do abandono de cargo na esfera penal propicia a aplicação dos prazos prescricionais penais também aos ilícitos administrativos, conforme determina o art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/90, mas a alteração do prazo não implica em alteração do seu termo a *quo*. Ao menos não é esta a inteligência dos recentes acórdãos do STJ no RMS nº 11.335/RS, no RMS nº 19.887/SP e no RMS nº 13.134/BA.

10 As hipóteses legais que levam à vacância do cargo público são a exoneração, a demissão, a promoção, a readaptação, a aposentadoria, a posse em outro cargo inacumulável e o falecimento.

boa vontade do servidor infrator em pedir sua própria exoneração. Por muito tempo, a administração pública adotou o instituto da exoneração para casos deste gênero, com base em entendimentos adotados pelo antigo DASP (Departamento Administrativo do Serviço Público)¹¹ e mais tarde endossados pela própria Advocacia-Geral da União.

Em outros tempos, quando ainda vigia a Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal chegou a admitir a juridicidade da exoneração *ex officio* como alternativa para os casos de abandono de cargo atingidos pela prescrição. Tal orientação decorria da interpretação dada ao art. 75, II, da Lei nº 1.711/52¹², cujo rol de hipóteses não seria taxativo, havendo outras previstas além daquelas no bojo da própria lei. Embora discutível, a tese encontrou respaldo na medida em que era a única que oferecia resposta à perplexidade dos casos insolúveis de abandonos de cargo prescritos. Dois foram os julgamentos do STF que a adotaram: o do MS nº 20.111/DF¹³ e o do MS nº 20.365/DF¹⁴.

A solução adotada pela administração com o respaldo da corte suprema, porém, embora encontrasse ressonância em outros tempos, hoje já não é mais aceita pelo judiciário, desde o advento da Constituição de 1988 e, posteriormente, da Lei nº 8.112/90. Com efeito, a jurisprudência do STJ à luz da nova legislação é firme no sentido de inadmitir tanto a demissão – em razão da prescrição¹⁵ – quanto a exoneração *ex officio* – em razão da total ausência de previsão legal¹⁶. O que derruba o antigo entendimento, que a rigor nunca foi pacífico.

11 Formulação DASP nº 3: “Será exonerado *ex-officio* o funcionário que, em face do abandono de cargo, extinta a punibilidade, pela prescrição, não manifesta expressamente vontade de exonerar-se”.

Formulação DASP nº 98: “A exoneração *ex-officio* se destina a resolver os casos em que não se pode aplicar a demissão”.

12 Art. 75. Dar-se-á a exoneração: (...) II – *ex-officio*: a) quando se tratar de cargo em comissão; b) quando não satisfeitas as condições de estágio probatório.

13 MS nº 20.111/DF. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Julgamento: 16/11/1978. DJ de 23/03/1979, p. 2100. EMENTA: Exoneração ‘*ex officio*’. É aplicável a funcionário que, havendo abandonado o cargo, nem pode ser demitido, por se haver consumado a prescrição, nem solicita exoneração. Interpretação do art. 75 da Lei nº 1711, de 28.10.52. Mandado de segurança denegado.

14 MS nº 20.365/DF. Relator: Min. Francisco Rezek. Julgamento: 06/03/1986. DJ de 09/05/1986, p. 7626. EMENTA: Mandado de Segurança. Funcionário público. Abandono de cargo. Exoneração de ofício. Estatuto dos funcionários públicos, art. 75: direito líquido e certo não demonstrado. Segurança denegada.

15 Neste sentido, vide os acórdãos do STJ no RMS nº 11.335/RS, no RMS nº 19.087/SP e no MS nº 12.884-DF.

16 Neste sentido, vide os acórdãos do STJ no MS nº 12.325/DF, no AgRg no MS nº 11.961/DF, no MS nº 8.975/DF, no MS nº 7239/DF, no MS nº 7.318/DF e no MS nº 7.113/DF.

Não obstante a nova orientação do judiciário, tal entendimento não está consolidado na administração pública federal, que por meio dos pareceres GQ-207¹⁷ e GQ-21¹⁸ da Advocacia-Geral da União, ainda perpetua a tese de que seria cabível a imposição da exoneração de ofício quando extinta a punibilidade do infrator passível de demissão, julgando meramente exemplificativas as hipóteses legais de exoneração de cargo público. A esta tese já se contrapôs a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República¹⁹ (SAJ-CCPR), sem no entanto fazer prevalecer sua opinião, diante do caráter vinculante dos pareceres da AGU, ambos aprovados pelo Presidente da República e publicados no Diário Oficial da União, nos termos do art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73/93.

A tese, todavia, é frágil. Funda-se, como já mencionado, no suposto caráter não taxativo das hipóteses de exoneração previstas no art. 75, inciso II, da Lei nº 1.711/52, buscando respaldo exclusivamente na – *data venia* – obsoleta jurisprudência do STF acerca da matéria. A uma análise mais rigorosa, porém, vê-se que tal jurisprudência nitidamente limitou-se a validar atos de exoneração praticados pela administração, sem desenvolver argumentos jurídicos que enfrentassem propriamente a questão. O próprio Ministro Aldir Passarinho, em seu voto-vista no MS nº 20.365/DF, ressalta que se tratava de praxe administrativa já antiga à época, porém frisando:

Devo confessar que sempre tive dúvidas quanto à solução adotada ser a melhor em casos de abandono de emprego, quando já não é mais possível aplicar a pena de demissão. [...]

De outra parte, não tem nenhum sentido que um funcionário tenha abandonado o cargo [...] e venha anos depois procurar retornar ao serviço público com percepção de atrasados. Se, por um lado, houve falha em não promover a apuração do abandono de emprego, não

17 ASSUNTO: Processo Administrativo Disciplinar. Abandono de cargo. Prescrição. Medida a ser adotada pela Administração. EMENTA: O entendimento que se vem observando de exonerar ex officio o servidor que abandonou o cargo, pela impossibilidade de demissão, porque extinta a punibilidade pela prescrição, já mereceu aprovação do Poder Judiciário, inclusive pela sua mais alta Corte.

18 ASSUNTO: Processo Administrativo Disciplinar. Proposta de demissão por abandono do cargo. EMENTA: Ocorrência ou não da prescrição. Divergência. Medida administrativa. I - O abandono de cargo é infração de que, regra geral, a Administração tem conhecimento imediato. No caso, houve a prescrição. II - Extinta a punibilidade pela prescrição, e na permanência do abandono, deve o servidor ser exonerado ex officio, conforme entendimento já consagrado na Administração. Parecer GQ-207.

19 NOTA SAJ nº 3.651/98-MVB.

se pode, por isso, premiar o possível faltoso com um verdadeiro prêmio, que seria o de seu retorno com o pagamento de atrasados, quando poderia ele, durante o período de afastamento, encontrar-se até trabalhando em outro emprego, que lhe fosse mais vantajoso. [...]

Como anteriormente disse a solução de certo modo soa estranha, mas não encontro outra melhor.

No MS nº 20.111/DF, o parecer da Procuradoria-Geral da República traça o seguinte raciocínio:

Trata-se de procedimento pacífico na órbita do Poder Executivo, traduzido nas Formulações nos 3, 90, 92, 97,98, (sic) e 325, do DASP, que estão assentes em pareceres da Consultoria Geral da República.

Tal solução foi construída, a nosso ver, com apoio em princípios superiores de equidade: a exoneração, no caso, não implica em (sic) punição para o servidor e, de outro lado, permite à Administração formalizar a desconstituição de vínculo funcional inexistente do mundo da realidade dos fatos.

Ainda neste julgamento, o Ministro Leitão de Abreu, em seu voto-vista, destacou o seguinte:

Pedi vista, porque tenho dúvidas a respeito da solução jurídica que se dá a esse caso, mas, em face da praxe longa, administrativa, em torno da matéria [...], eu me ponho de acordo com Sua Excelência.

De um modo geral, pode-se ver que a solução buscava atender a um princípio maior equidade, mas com o intuito exclusivo de se evitar o impasse gerado pela impossibilidade de se declarar a vacância do cargo, bem como a suposta pretensão de retorno do servidor faltoso com pagamentos retroativos.

Todavia, analisando a questão pelo prisma legal, e sem deixar de enfocar os princípios que regem a administração pública, não há sentido na alegação de que as hipóteses de exoneração sejam meramente exemplificativas. Segundo tal argumento, surgido em pareceres da

extinta Consultoria-Geral da República²⁰, a Lei nº 1.711/52 também previa outras hipóteses em seu art. 19. Ora, o fato de haver previsões legais distintas não faz presumir que as hipóteses existentes não sejam taxativas; afinal, em seara administrativa, prevalece o princípio da estrita legalidade, não sendo dado à administração atuar fora dos parâmetros estabelecidos em lei. Assim, se a lei não abre margem ao uso da analogia, não se pode lançar mão da exoneração fora das hipóteses previstas, sob pena de violação do princípio da legalidade.

Não se pode desconsiderar também que pelo art. 41, § 1º, da Constituição Federal de 1988, o servidor público estável somente pode perder seu cargo efetivo em três hipóteses²¹: (i) sentença judicial transitada em julgado, (ii) processo administrativo com garantia de ampla defesa e (iii) avaliação periódica de desempenho, esta última ainda não regulamentada. E, quando se fala em processo administrativo, é evidente que se trata de processo disciplinar, com o escopo de aplicação de penalidade de demissão, já que esta é a única forma prevista em lei para perda de cargo por via administrativa.

Além disso, hoje vigora a Lei nº 8.112/90, que reduz ainda mais as hipóteses de exoneração em relação à lei anterior, não prevendo a exoneração para outros casos além daqueles expressamente previstos no art. 34 – para cargo efetivo – e no art. 35 – para cargo em comissão. Não se trata de rol exemplificativo, pois não há lacuna ou alternativa deixada pela lei.

Portanto, em que pese a operosa tese defendida nos citados pareceres da AGU, principalmente o Parecer GQ-207 – no qual se desenvolveu importante argumentação jurídica quanto à natureza instantânea da infração de abandono de cargo e o termo a *quo* da prescrição – não há como se sustentar a tese neles esposada acerca da possibilidade de exoneração em caso de prescrição²², especialmente considerando a obsolescência da jurisprudência que a respalda diante da nova ordem constitucional e da orientação do STJ nos julgados já citados.

20 Pareceres nº 575-H, da lavra do Dr. Adroaldo Mesquita da Costa, e nº I-11, da lavra do Dr. Romeu de Almeida Ramos.

21 Até a Emenda Constitucional nº 19/98, eram apenas as duas primeiras hipóteses.

22 Ademais, afastar esta tese não implica desconsiderar todas as conclusões contidas nos referidos pareceres.

Esta mesma jurisprudência do STJ, embora não apresente a solução para a questão do que fazer com o servidor e seu cargo abandonado, nos dá uma deixa ao dizer que a administração não pode, “*ao seu próprio alvedrio*”, exonerar ou demitir “*quando já reconhecida a prescrição da pretensão punitiva pela Administração*”²³.

Com efeito, o poder disciplinar exercido contra o servidor público está contido no poder geral de autotutela da administração, entendido não só como a prerrogativa de anular e revogar seus próprios atos, mas também de zelar pelos bens que integram seu patrimônio, sem a necessidade de acorrer ao judiciário²⁴. Isto significa, que, no exercício deste poder, a administração pode promover a apuração e a aplicação de penalidades disciplinares de forma autônoma, sem se acudir na jurisdição, desde que respeitada a legalidade, pois é justamente na lei e na Constituição que se legitima esta autonomia²⁵. No que diz respeito especificamente ao poder de demitir seus funcionários, sua base constitucional está no art. 41, § 1º, da Lei Maior, que o enfoca sob o viés de garantia para o servidor estável.

Alexandre de Moraes também enquadra o poder disciplinar como categoria do poder de autotutela, pelo qual a administração “*controla o desempenho das funções executivas e a conduta interna de seus servidores, responsabilizando-os pelas faltas cometidas*”²⁶.

O poder de autotutela, mais do que uma prerrogativa em face do particular, decorre do princípio constitucional da separação dos poderes, sendo concebido, portanto, como preleciona JOSE AFONSO DA SILVA, como corolário da independência e harmonia entre os poderes da república, representadas no fato de que cada poder é livre na organização dos seus respectivos serviços, desde que observadas as disposições constitucionais e legais²⁷.

23 MS nº 7.113/DF.

24 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 66

25 Quando entendida como a prerrogativa discricionária de revogar seus próprios atos por questão de conveniência e oportunidade, a autotutela encontra limitação no art. 53 da Lei nº 9.784/99, no tocante aos direitos adquiridos dos administrados. E mesmo quando entendida como prerrogativa de anular atos ilegais, o poder de autotutela também é limitado pela decadência prevista no art. 54 da mesma lei. Ou seja, o poder de autotutela, especialmente no que tange a atos vinculados como os que envolvem o exercício do poder disciplinar, não pode extrapolar os limites fixados em lei, por uma questão de segurança jurídica e de garantia do devido processo legal ao administrado.

26 MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 779

27 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 110.

Com base nessa noção, é de se concluir que o poder de autotutela conferido à administração no que tange à aplicação de sanções a seus servidores por desvios de condutas previstos em seu estatuto somente encontra respaldo até os limites definidos em lei, limitações estas que são de ordem pública e garantem o estado de direito e o equilíbrio entre os poderes da república.

Além disso, ao mesmo tempo em que limita o poder de autotutela estatal, o ordenamento jurídico também consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição, pelo qual nenhuma lesão ou ameaça de lesão a interesse jurídico deve ser excluída da apreciação do poder judiciário²⁸; donde se extrai a conclusão de que a prescrição da ação disciplinar da administração, *i.e.*, do processo administrativo disciplinar²⁹ e consecutórios, não exclui a possibilidade de ação judicial contra o infrator para aplicação de outras penalidades cabíveis na esfera civil e criminal, além da própria penalidade administrativa, desta vez fora do poder de autotutela, mas por meio da heterocomposição judicial.

Vale lembrar, ainda, que a prescrição é instituto de ordem pública³⁰, não podendo ser relevada pela administração, especialmente por meio do uso da analogia, onde não exista previsão legal de exoneração *ex officio*. Afinal, por mais que se alegue que a exoneração não tem o caráter punitivo da demissão, o efeito que acarreta é o mesmo: o desligamento definitivo do servidor, com o rompimento do vínculo estatutário. O servidor que não pode ser demitido em razão da prescrição tem a opção de voltar ao serviço enquanto não seja impedido por sentença judicial, mas a exoneração lhe retiraria esta possibilidade.

O judiciário ainda não chegou a ser instado a pronunciar-se especificamente sobre a possibilidade de aplicação judicial de sanção disciplinar quando prescrito o poder da administração de fazê-lo, mas,

28 Art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que inclui também qualquer interesse público, primário ou secundário.

29 Com efeito, o art. 142 da Lei nº 8.112/90 é claro ao dizer que o que prescreve é a ação disciplinar enquanto ato da administração, e não a possibilidade de se aplicar a penalidade de demissão cominada ao ilícito. Mesmo que se alegue que a penalidade disciplinar somente pode ser aplicada pela via administrativa, sob pena de subversão do instituto da prescrição disciplinar (o que seria discutível diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição), há de se considerar que a demissão não é penalidade de caráter exclusivamente administrativo, mas também prevista como sanção não-disciplinar na Lei de Improbidade Administrativa e efeito acessório da condenação penal, desde que o ato apurado também se caracterize como ilícito em tais estatutos legais, como efetivamente é o caso do abandono de cargo.

30 Art. 112 da Lei nº 8.112/90.

independente da posição que venha a ser adotada, o caso específico do abandono de cargo possui facetas no campo civil e criminal que permitem a responsabilização do servidor de outras formas, inclusive com a própria perda do cargo em determinados casos.

A primeira consequência para o servidor faltoso que não justifica sua ausência, mesmo que não caracterizado o abandono de cargo, é a suspensão do pagamento de seu vencimentos, na forma do art. 44, inciso I, da Lei nº 8.112/90. Como se trata de mera medida administrativa sem cunho punitivo, tal providência prescinde da instauração de processo administrativo disciplinar, bastando a notificação do servidor interessado a fim de que tenha ciência da medida a ser adotada e possa, eventualmente, apresentar justificativa³¹. Em se tratando de servidor que desde longa data já abandonou o cargo, ao ponto de prescrever a ação disciplinar, também não existe óbice à aplicação da suspensão de pagamento. Entretanto, a medida não surte efeitos retroativos, os quais dependem de outras providências da administração pública.

Caracterizado o abandono, embora prescrita a penalidade de demissão, o servidor pode vir a ser responsabilizado civilmente em sede de ação de improbidade administrativa³², de iniciativa do Ministério Público ou da própria Advocacia-Geral da União, e condenado a ressarcir os vencimentos ilícitamente recebidos durante sua ausência, caso não tenha havido suspensão do pagamento. No entanto, embora a Lei nº 8.429/92 também preveja a condenação em multa e perda da função pública (no caso, o cargo efetivo), a critério do juiz³³, observa-se que em seu art. 23, inciso II, tal lei estabelece para a ação de improbidade o mesmo prazo prescricional do processo disciplinar, o que impediria a demissão do servidor também por esta via, permitindo unicamente a responsabilização civil, que é imprescritível por força do art. 37, § 5º, da Constituição Federal³⁴.

Todavia, como já visto, o abandono de cargo é também ilícito penal, de tal sorte que o servidor infrator pode ser condenado

31 Lei nº 9.784/99, arts. 2º, 3º e 5º.

32 O abandono de cargo pode ser enquadrado no *caput* dos arts. 10 e 11 da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa).

33 Art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa.

34 A respeito da imprescritibilidade da ação de ressarcimento por ato de improbidade, vide recente acórdão da Segunda Turma do STJ no RESP nº 1.069.779/SP.

criminalmente a pena de detenção e multa, independentemente da ocorrência de prescrição em âmbito administrativo, já que o termo a *quo* da prescrição penal só inicia quando cessa o abandono, por se tratar de crime permanente. Caso a pena aplicada seja de um ano ou superior (o que pode ocorrer nas formas qualificadas do crime), o juiz poderá decretar a perda do cargo, na forma do art. 92, inciso I, do Código Penal. Neste caso, caberá ao Ministério Público a denúncia e o pedido de demissão como efeito da condenação, em ação penal pública incondicionada, bastando a *notitia criminis*, que pode ou não partir da própria administração pública.

Com relação aos membros do Ministério Público da União e da Advocacia-Geral da União que exerçam função de chefia, a perda do cargo pode ainda decorrer da condenação por crime de responsabilidade, com base no art. 2º, c/c art. 40, inciso 3, e art. 40-A, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 1.079/50, o que não exclui a apuração do crime comum de abandono de cargo (art. 3º).

Destaque-se, por fim, a necessidade de se buscar também a responsabilização das autoridades competentes para a instauração e julgamento do processo disciplinar sempre que derem causa à prescrição, o que deverá ser apurado por processo administrativo disciplinar específico

5 CONCLUSÃO

Existem várias alternativas de responsabilização judicial do servidor faltoso que não pode mais ser punido pela administração em razão da prescrição da ação disciplinar, mas administrativamente, por processo disciplinar, tal punição é impossível, ainda que mascarada sob a forma de exoneração, e, caso aplicada, fatalmente ensejará anulação judicial, com a conseqüente reintegração do servidor ao cargo. Em casos tais, a prescrição é garantia do próprio acusado, retirando o poder de autotutela do Estado e delegando sua análise exclusivamente ao poder judiciário, que não se pode furtar a julgá-lo, seja como infração disciplinar, seja como infração penal.

Esta conclusão aponta para a necessidade premente de revisão dos Pareceres GQ-207 e GQ-211 da Advocacia-Geral da União, uma vez que, no que tange à orientação para exonerar o servidor faltoso em casos de prescrição, tais pareceres estão claramente derogados pela

nova ordem constitucional e legal, consolidada em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Não se pode negar que exista interesse público na exoneração ou demissão do servidor infrator que se recusa a voltar ao cargo, mas se trata de interesse público secundário que só se legitima enquanto exercido dentro do prazo prescricional, quer administrativa, quer judicialmente. O interesse público primário está, neste caso, na preservação da segurança jurídica e da legalidade. Não se pode atropelar os caminhos do direito, pois o servidor que não pode mais ser demitido em virtude da prescrição é considerado regularmente em exercício, embora injustificadamente faltoso, e a exoneração *ex officio* pressupõe rompimento do vínculo, vacância do cargo e fim do exercício, o que poderia levar à perda de objeto da eventual ação penal na instância criminal, com posterior anulação do ato exoneratório em instância cível, tornando ainda mais tortuosas as vias judiciais para se chegar ao resultado pretendido, que é o afastamento definitivo do servidor dos quadros da administração, permitindo que outra pessoa qualificada ocupe seu lugar.

O poder de autotutela não se pode sobrepôr aos princípios da legalidade e do devido processo legal, que funcionam como garantia para o administrado. Somente quando alinhada a estes princípios é que a autotutela do poder público se legitima, seja para rever seus atos ou para aplicar sanções a seus agentes. Afinal, no Estado Democrático de Direito, a autodefesa é repelida em prol da heterocomposição estatal, que cabe ao judiciário, e se à administração pública a lei defere uma exceção à esta regra, é em decorrência do próprio princípio da legalidade, ao qual se sujeita e se obriga a fiscalizar, na condição de Estado. Não há, portanto, autotutela estatal fora dos estritos parâmetros autorizados pela lei, e admitir a necessidade de pronunciamento judicial a fim de se demitir servidor que abandona sua função, quando extinta a punibilidade disciplinar, não representa enfraquecimento do Estado ou mesmo da administração. Ao contrário, fortalece-os, consolidando a luta contra as imunidades do poder³⁵ a que alude Garcia de Enterría, permitindo a correta aplicação e fiscalização dos atos administrativos, eliminando os meandros intangíveis das decisões discricionárias do poder público onde não existe margem de discricionariedade, antes que tais meandros acabem por desaguar no próprio judiciário.

35 ENTERRÍA, Eduardo. *Garcia de Enterría. Lucha contra las inmunidades del poder*. Madrid: Civitas, 1983. *passim*.

6 REFERÊNCIAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La lucha contra las inmunidades del poder**. 3. ed. Madrid: Civitas, 1983.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. São Paulo: Atlas, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

OS 40 ANOS DE VIGÊNCIA DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL E AS DIFICULDADES TÉCNICAS DE INSTITUIÇÃO E COBRANÇA DA CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA

*Rodrigo Araújo Ribeiro, Procurador Federal
em Belo Horizonte - MG, Mestre em Direito Tributário
pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG*

SUMÁRIO: 1 Considerações preliminares; 2 Antecedente histórico da Contribuição de Melhoria; 3 A Contribuição de Melhoria como espécie tributária autônoma dentro do contexto constitucional brasileiro; 4 A relevância do posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da instituição e cobrança da Contribuição de Melhoria; 5 O papel do CTN e do Decreto- lei n. 195/67 como normas gerais em matéria tributária disciplinadoras da Contribuição de Melhoria; 6 As dificuldades de cobrança da Contribuição de Melhoria dentro do cenário legislativo nacional recepcionado pela CF/88; 7 Em conclusão; 8 Referências.

RESUMO: O presente trabalho tem por finalidade explorar as dificuldades técnicas de aplicação das normas gerais complementares para a instituição e cobrança da Contribuição de Melhoria por parte dos entes federativos durante os 40 anos de vigência do Código Tributário Nacional. Faz-se premente a alteração da legislação complementar para fazer valer as competências constitucionais firmadas no Estado Federal brasileiro e a função fiscal da Contribuição de Melhoria como fonte de custeio para as despesas públicas dos entes federativos (União, Estados, Municípios e Distrito Federal).

PALAVRAS-CHAVE: Contribuição de Melhoria. Competência constitucional comum dos entes federativos. Ausência de precisão técnica da legislação complementar para sua instituição e cobrança. Perda de receita tributária. Necessidade de alteração da legislação complementar.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Pretende-se, neste estudo, analisar os aspectos genéricos da contribuição de melhoria, trazendo à baila as polêmicas que envolvem a cobrança do referido tributo à luz da doutrina, jurisprudência e do direito comparado.

A partir do exame da sua natureza jurídica e da disciplina de seu regime jurídico, constitucional e infraconstitucional, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, procurar-se-á evidenciar as dificuldades técnicas de aplicação correta das normas gerais previstas na legislação complementar existente, principalmente durante os 40 anos de vigência do Código Tributário Nacional, que descaracterizam e deformam a instituição deste tributo em flagrante prejuízo das competências constitucionais firmadas no Estado Federal brasileiro.

2 ANTECEDENTE HISTÓRICO DA CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA

A Contributo di *Miglioria Specifica*, expressão italiana da espécie tributária aqui tratada, cuja denominação foi atribuída a Roncali, e designada, em espanhol, como *Contribuciones de mejoras*¹, foi, entre nós, denominada de Contribuição de Melhoria, diante do *quid plus* em imóvel particular decorrente de obra pública.

A universalidade da utilização desta espécie tributária, que tem como base de critério discriminador a captação da mais-valia imobiliária decorrente de obra pública, advém do senso comum – razão de equidade e razão ética – que exige a distribuição equitativa dos custos estatais entre os membros da sociedade e o banimento do enriquecimento sem causa de alguns, à custa de todos. Afora estas razões, outras, de caráter econômico e político, aconselham o desestímulo à especulação imobiliária, diante da esperança de valorização do imóvel beneficiado e, respectivamente, exigem o retorno à coletividade dos benefícios e frutos da ação estatal em benefício de determinados imóveis particulares que se valorizaram em decorrência da expansão urbana e do progresso comunitário².

1 BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro. Atualizado**. 11. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi, Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 571

2 Geraldo Ataliba discorre a respeito das razões (financeira, econômicas, políticas, éticas e de equidade) que sustentam e asseguram a cobrança da contribuição de melhoria do proprietário que se apropriou do benefício financeiro da valorização da obra, em detrimento da sociedade que a custeou. ATALIBA,

No curso da história geral da ciência das finanças públicas, existem duas versões da contribuição de melhoria muito bem diagnosticadas por Sacha Calmon através da obra de Baptista Moreira, qual seja, a vertente inglesa (Betterment Tax) e a alemã (Erschliessungsbeitrag)³.

Conforme noticia o autor, o tributo denominado de Betterment Tax foi criado pelo Parlamento inglês para capturar a mais - valia imobiliária decorrente da obra pública realizada no rio Tâmsa, nas imediações de Londres, mediante determinação da coroa britânica que pretendia marcar as suas margens no trecho citadino. Logo, terminada a obra, verificou-se a plus valia decorrente, não dos esforços particulares dos proprietários ou de seus investimentos no imóvel, mas da realização da obra pública⁴.

Da mesma forma e partindo de outra matriz histórica, verificou-se o surgimento do *beitrag* germânico, com fulcro no Direito Romano, todavia com influências e características próprias do Direito Alemão, como um tributo destinado a recuperar o gasto estatal com obras públicas ligadas aos planos de urbanização.

Nos Estados Unidos da América, sob a denominação geral de *Special Assesment*, o *Public Finance* (ciência das finanças) concentra dois tipos de exações de natureza distinta: o *cost assesment* e o *benefit assesment*.

Assim, com especial êxito no direito norte-americano, a cobrança do *Special Assesment* teve sua grande parcela de responsabilidade, especialmente no pós guerra, no auferimento de receitas públicas para frear a grande depressão econômica⁵. Contudo, verifica-se, diante da análise da legislação financeira daquele país, que embora semelhantes em seus fundamentos, o *cost assesment* e o *benefit assesment* se diferem, repita-se, quanto a sua natureza, ou seja, o primeiro com natureza

Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 176.

3 COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988. Sistema Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 74-75.

4 Existem notícias de leis, na Inglaterra dos séculos XIII e XV, que regularam a recuperação das despesas com o alargamento das ruas em Westminster (1662) e obras na parte central de Londres (1667).

5 Conforme ensinamentos de Aliomar Baleeiro, o Tribunal de Nova York, em 1851, através da Decisão do juiz Ruggles, marcou a etapa final para firmar a constitucionalidade da cobrança da contribuição de melhoria como manifestação do poder fiscal nos Estados Unidos. BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. Atualizado. 11. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi, Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.571

estritamente convencional (semicontratual) e própria do direito norte-americano e a segunda, correspondente ao instituto do direito inglês (*betterment tax*), correspondente à verdadeira contribuição de melhoria⁶.

No Brasil, a contribuição de melhoria foi consagrada pela ordem jurídica, como espécie própria de tributo, distinta das taxas e dos impostos, a partir da Constituição Federal de 1934, propriamente em seu art. 124 que prescrevia, *verbis*: “*Provada a valorização do imóvel por motivo de obras públicas, [...] poderá cobrar dos beneficiários contribuição de melhoria*”

3 A CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA COMO ESPÉCIE TRIBUTÁRIA AUTÔNOMA DENTRO DO CONTEXTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Como visto, desde a Constituição Federal de 1934, à exceção da Constituição de 1937, que foi omissa, a ordem jurídica brasileira consagra a contribuição de melhoria como espécie própria, diferente dos impostos e das taxas.

Dentro desse panorama, a Emenda Constitucional n.18, de 01.12.1965, à Constituição Federal de 1946, também previu, em seu art. 19, além dos impostos e das taxas, a cobrança da contribuição de melhoria para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.

Apesar de unitária a figura do tributo, este é dividido pela legislação e pela doutrina, nacional e estrangeira (alemão, português, espanhol etc.), em espécies tributárias.

No Brasil, especificamente, diante da análise e observação da norma – padrão de incidência tributária de cada exação, pré-traçada na

6 Geraldo Ataliba, com maestria, prediz que a espécie *cost assesment* (cobrança de custo), correspondente ao financiamento de obras públicas, é um instituto próprio do direito americano, desconhecido entre nós, e que visa ao financiamento de obras de interesse restrito e particular de determinadas comunidades que estão distantes do núcleo urbano e que, por isso, a requerimento dos interessados, mediante consentimento prévio quanto ao projeto e custos da obra e com a oportunidade de discussão e questionamento sobre a conveniência e oportunidade da empreitada, assentem o pagamento e a repartição proporcional do custo a todos os interessados. ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 179.

Constituição Federal, o cientista do direito verificará quais devem ser as suas hipóteses de incidência e a base de cálculo e, com isto, identificará as várias espécies e subespécies de tributo⁷.

Durante longos anos, a doutrina nacional incorreu na eleição do binômio, fato gerador e base de cálculo da norma jurídico tributária, como critério de análise revestido de maior rigor científico para se aferir as espécies tributárias, mediante a verificação do fato gerador constante na hipótese de incidência da norma estar ou não vinculado a uma atuação estatal, específica e relativa à pessoa do contribuinte, independentemente do *nomen juris*, características jurídico formais e o destino da arrecadação.

Assim, partindo-se do conceito de tributo e da análise da estrutura lógica da norma jurídica tributária, a doutrina dividiu-se, a princípio, em duas escolas, dicotômica e tricotômica, para distinguir no plano doutrinário as espécies de tributos⁸.

A escola dicotômica, tendo como seu maior representante, A.Becker, persegue a idéia de que as espécies tributárias são apenas duas, os impostos e as taxas⁹. Já para a os doutrinadores integrantes da escola tricotômica, aqui incluídos, dentre outros, Sacha Calmon, Paulo de Barros Carvalho etc., verificam a repartição do tributo em três espécies tributárias, a saber: imposto, taxa e contribuição de melhoria.

Na vigência da Constituição Federal de 1946, a lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966, nosso Código Tributário Nacional, seguindo as determinações traçadas por seu idealizador, Rubens Gomes de Souza, previu, em seu art. 5º, caput, a existência de três espécies de tributos (impostos, taxas e contribuição de melhoria), sendo, portanto, claramente adepto da escola tricotômica ao separar dos fatos geradores das taxas – em razão do poder de polícia ou da utilização de serviços

7 CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 426-427.

8 Conforme ensinamentos de Sacha Calmon, ambas as escolas fundamentam suas teorizações a partir do fato gerador da obrigação tributária e da base de cálculo. Todavia, para os adeptos da escola dicotômica, pouco importa que a atuação estatal seja o serviço, obra ou ato do poder de polícia, pois para tanto o Estado cobrará taxas. Não havia divergência nas escolas quanto aos fatos econômicos geradores e presuntivos da capacidade econômica dos contribuintes que ensejam a cobrança dos impostos COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Manual de direito tributário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.245.

9 BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral de direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 2002. p.380.

públicos específicos e divisíveis – os fatos geradores de contribuição de melhoria – valorização econômica decorrente de obra pública.

Neste espeque, seguindo a mesma classificação determinada pela Carta de 1967, bem como pela Emenda Constitucional n.01 de 1969, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, expressa e literalmente, em seu art. 145, incisos I, II, III, a possibilidade de instituição e cobrança de três espécies autônomas de tributos: impostos, taxas e contribuição de melhoria¹⁰.

4 A RELEVÂNCIA DO POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A RESPEITO DA INSTITUIÇÃO E COBRANÇA DA CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA

A Constituição Federal de 1988 refere-se a contribuição de melhoria utilizando fórmula muito mais vaga e restrita do que as utilizadas nas Constituições anteriores¹¹.

Diferentemente, portanto, da Carta de 1967, e nos mesmos moldes prescritos pelo art. 18 da Emenda Constitucional n.01, de 1969, o constituinte de 1988 limitou-se a declarar que a contribuição de melhoria deve decorrer da realização de obra pública, nos seguintes termos aqui reproduzidos, *verbis*:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

[...] omissis [...]

III- contribuição de melhoria, decorrentes de obras públicas.

10 Tratando da classificação dos tributos em espécies perante a teoria do Direito Tributário e do texto constitucional, Werther Botelho sustenta a superação da redução do tributo a três espécies, diante da análise simples do fato gerador como vinculado ou não a uma atuação estatal, afirmando a necessidade do estudo da destinação dos tributos a partir da Constituição Federal de 1988 para alocar os empréstimos compulsórios e as contribuições especiais não mais como subdivisões, mas como espécies autônomas de tributos. SPAGNOL, Werther Botelho. **Curso de direito tributário**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.p.41

11 Verifica-se, pois, em contrapartida, a redação determinada pelo art. 18, inciso II, da Emenda Constitucional n.01, de 1969, aqui reproduzido, *verbis*: *Art. 18. Compete...instituir: II – Contribuição de melhoria, arrecadada dos proprietários dos imóveis valorizados por obras públicas, que terá com limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.*”

Apesar da literalidade do dispositivo constitucional citado ensejar que o fato gerador da contribuição de melhoria seja a existência de melhoria em imóvel determinado e o nexo causal entre a melhoria e a realização da obra pública, o Supremo Tribunal Federal tem identificado o benefício decorrente da obra pública com valorização imobiliária, requisito inafastável da contribuição de melhoria e, conseqüentemente, fato gerador desta espécie de tributo, inclusive após o advento da Constituição Federal de 1988¹².

Decerto, o benefício decorrente de obra pública com valorização imobiliária será, sempre e necessariamente, pressuposto de contribuição de melhoria, pois, a designação de contribuição de melhoria - *Contributo di Migloria Specifica*, palavra de origem italiana - está intimamente relacionada com a sua finalidade específica, qual seja, evitar a injusta apropriação individual de uma valorização imobiliária decorrente de obra pública, realizada com os recursos do Tesouro Nacional, e devendo beneficiar a todos com equanimidade, sem privilégios ou preferências¹³.

Ainda, ao contrário da Constituição de 1967 e sua Emenda nº 1/69, a Constituição Federal de 1988 não faz menção expressa a limite total (despesa realizada com a obra pública) e limite individual (acréscimo de valor que da obra possa resultar para cada imóvel beneficiado).

O Supremo Tribunal Federal se manifestou a respeito da circunstância de deixar de ser explícita, no permissivo constitucional abreviado pela Constituição de 1988, a limitação da base de cálculo da contribuição de melhoria. Assim, no RE 116.148, DJ 21.05.93, nos termos do voto do Relator, Min. Octávio Gallotti, ficou assentado que o limite individual não necessita de menção expressa, pois decorre naturalmente do fato gerador desta espécie de tributo¹⁴.

12 Confira-se o RE 115.863, tendo como órgão julgador a 2ª Turma do STF e Relator, Min. Célio Borja, DJ de 08.05.1992)

13 Neste sentido: COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Manual de direito tributário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.336; CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 42; MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributária**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 415.

14 GODOI, Marciano Seabra de; OLIVEIRA, Paula Márcia. Contribuições de Melhoria. In: GODOI, Marciano Seabra de (Coord.). **Sistema tributário nacional na jurisprudência do STF**. São Paulo: Dialética, 2002. p.67.

Verificou-se, pois, que apesar de não constar essas regras do atual texto constitucional, qual seja, que o limite individual, a ser cobrado de cada imóvel valorizado, será o valor a ele acrescido como resultado da obra e que o limite global de arrecadação, considerando todos os imóveis valorizados, será o custo total da obra pública, a contribuição de melhoria era aceita entre nós, diante da redação dos textos constitucionais anteriores, respeitando-se estes dois limites, mas nunca o limite quantitativo isolado, ou seja, apenas a valorização individual causada pela obra ou, simplesmente, pelo seu custo¹⁵.

Contra a dualidade de critérios, notadamente após a redação da Constituição Federal de 1988, Geraldo Ataliba demonstra que o único critério relevante é a valorização individual em decorrência da obra, não importando o seu custo total, tanto que persiste claramente implícito no art. 145, III do texto constitucional vigente¹⁶.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, no RE 115.863, pronunciou-se a respeito dos critérios para se definir o limite à cobrança da contribuição, filiando-se à corrente doutrinária que postula ser a intensidade de acréscimo individual de valor trazido pela obra a cada imóvel beneficiado como o único critério relevante, já que este sim é da essência desta espécie de tributo.

Conclui-se, pois, que em decorrência do avanço doutrinário e da própria interpretação constitucional determinada pelo Supremo Tribunal Federal, pós Constituição Federal de 1988, o benefício individual decorrente de obra pública será o núcleo material da hipótese de incidência da norma jurídica tributária que ensejará a instituição da contribuição de melhoria e, por seu turno, a base de cálculo prevista no mandamento da norma - perspectiva mensurável do aspecto material - será, coerentemente, o valor do benefício individual decorrente da obra, tornando-a espécie própria, inconfundível com os impostos e as taxas¹⁷.

15 BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. Atualizado. 11. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi, Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 573

16 Segundo o autor, o critério custo da obra não é conatural à contribuição de melhoria e resultou de uma pitada de ignorância por parte do legislador constitucional anterior, sendo, em boa hora, extirpado do atual texto constitucional. ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.171

17 Carrazza, com nitidez, preleciona que a hipótese de incidência da contribuição de melhoria não é ser proprietário de imóvel urbano ou rural, mas a realização de obra pública que valoriza o imóvel urbano e rural. A base de cálculo, por seu turno, longe de ser o valor do imóvel (urbano ou rural), é o *quantum*

5 O PAPEL DO CTN E DO DECRETO- LEI N. 195/67 COMO NORMAS GERAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA DISCIPLINADORAS DA CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA

Infraconstitucionalmente, o Código Tributário Nacional, de 25 de outubro de 1966, seguindo as linhas diretivas da Emenda Constitucional nº 18, de 01.12.1965, à Constituição Federal de 1946, estabeleceu, em seus artigos 81 e 82, os elementos necessários à definição de contribuição de melhoria e os requisitos mínimos a serem atendidos para sua instituição.

Neste contexto, também sob a vigência da Constituição de 1946, o Decreto – lei nº. 195, de 24 de fevereiro de 1967, à guisa de normas gerais sobre a contribuição de melhoria, baixou extensa e minudente disciplina deste tributo, deixando claro, em seu art. 3º, a aplicação de sua disciplina pela União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios

Diante do citado ordenamento até então vigente, é imperioso notar que a Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, recepcionou aquela legislação anterior, naquilo que não seja incompatível com o novo sistema tributário nacional, mediante a prescrição do art. 34, §5º do ADCT.

Assim, seguindo as determinações traçadas pelo sistema tributário nacional vigente, coube à lei complementar, em matéria tributária, notadamente, estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre a definição de tributos e suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados na Constituição, a dos respectivos fatos geradores, base de cálculo e contribuintes.

Com efeito, restou à União Federal, dentro do feixe de competências concorrentes estabelecidas no art. 24, inciso I, da Constituição Federal de 1988, ditar normas gerais em matéria de direito tributário, por meio de lei complementar (*ex vi* do art. 146 da CF/88), conferindo uniformidade ao Sistema Tributário Nacional no Estado Federal brasileiro.

A lei, portanto, com *status* de complementar e disciplinadora das normas gerais em matéria tributária, ora em vigor, é o Código

da valorização experimentada pelo imóvel em decorrência da obra pública a ele adjacente. CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 472.

Tributário Nacional que fora recepcionado pela Constituição Federal como lei complementar *ratione materiae*¹⁸.

No tocante à natureza jurídica do Decreto- lei nº 195, de 24 de fevereiro de 1967, editado em períodos de anormalidade político-institucional e dispendo sobre matérias exclusivas de competência da lei complementar, incorporou-se ao ordenamento jurídico a partir da Carta de 1967 com eficácia de lei complementar, disciplinando as normas gerais de direito tributário e somente por estas podiam ser modificados¹⁹.

Verifica-se, por todo o exposto, que tanto as disposições do Código Tributário Nacional, arts. 81 e 82, quanto as prescrições do Decreto-lei nº 195/67, frise-se, que dispõem sobre normas gerais de contribuições de melhoria, foram recepcionadas pelo texto constitucional vigente como lei complementar e somente poderão ser alteradas por normas do mesmo nível hierárquico²⁰.

6 AS DIFICULDADES DE COBRANÇA DA CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA DENTRO DO CENÁRIO LEGISLATIVO NACIONAL RECEPCIONADO PELA CF/88

Em que pese ter a Constituição de 1934 consagrado, pela primeira vez em um texto constitucional, a contribuição de melhoria como espécie própria de tributo, Aliomar Baleeiro noticia que há textos de leis brasileiras, desde 1845, que imprimiam a idéia de recuperação das somas investidas em obras públicas que valorizavam imóveis de particulares, limitando-se, contudo, a compensar a valorização dos imóveis com parte da indenização devida aos proprietários em caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública²¹.

18 Sacha Calmon observa, citando Nunes Leal, que antes da Carta de 1967 e, por suposto, antes da Constituição de 1988, nada distinguia uma lei complementar de outra, ordinária, sendo chamadas de complementares aquelas que tangiam instituições e regulavam os pontos sensíveis do ordenamento jurídico. Após a Constituição Federal de 1988, as leis complementares, inclusive as tributárias, são entes legislativos reconhecíveis, formal e materialmente (forma e fundo). COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Manual de direito tributário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 27.

19 A Constituição Federal de 1967, nos mesmos moldes da redação determinada pela Emenda Constitucional nº01, de 1969, prescreveu, *verbis*: *Art. 18. Além dos impostos previstos nesta Constituição, compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir: ...omissis.... § 1º. Lei complementar estabelecerá normas gerais de direito tributário, disporá sobre os conflitos de competências nessa matéria entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regulará as limitações constitucionais ao poder de tributar.*

20 MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributária**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 417

21 BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro. Atualizado**. 11. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi, Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 572.

Ao se difundirem, no Brasil, as práticas fiscais estrangeiras sobre o assunto, várias dificuldades técnicas, traduzidas na legislação complementar infraconstitucional, impossibilitaram a correta aplicação da contribuição de melhoria, nos moldes correspondentes à verdadeira espécie tributária.

Em face da análise dos requisitos mínimos pré-determinados pelo art. 82, incisos I, II e III, do Código Tributário Nacional, assim como as determinações traçadas pelo arts. 5º, 6º e 7º, do Decreto-Lei nº 195/67, chega-se à conclusão de que a contribuição de melhoria restou descaracterizada como tributo através da criação legal de um instrumento semicontratual e com características nitidamente consensuais²².

Com maestria, Geraldo Ataliba preleciona que, ao invés de se adotar no Brasil a verdadeira contribuição de melhoria (*benefit assesment*, no direito norte americano, ou *betterment tax*, no direito inglês), adotou-se, por inadvertência do legislador, o *cost assesment* - instrumento semicontratual previsto no *Public Finance* americano - já anteriormente mencionado em item próprio deste discurso²³.

Assim, copiando-se da legislação alienígena o gênero *Special Assesment* e o tipo de exação *cost assesment*, supondo tratar-se do *benefit assesment*, acolheu-se, equivocadamente, os procedimentos previstos no CTN e no Decreto-lei 195, já que condiciona a cobrança da contribuição de melhoria à aprovação dos projetos, plantas e valores pelos futuros contribuintes, dando caráter de *obligatio ex voluntate* ao conceito legal de tributo previsto no direito brasileiro²⁴.

22 Em ambos textos legais prescrevem os requisitos mínimos de caráter consensual a serem seguidos pela administração pública para cobrança da contribuição de melhoria: publicação prévia de edital com memorial descritivo do projeto, orçamento do custo da obra, determinação da parcela do custo da obra a ser financiada pela contribuição, delimitação da zona beneficiada, determinação do fator de absorção do benefício de valorização para toda a zona ou para cada uma das áreas beneficiadas e, principalmente, fixação de prazo não inferior a 30 (trinta) dias para impugnação de qualquer dos elementos constantes no edital pelos proprietários dos imóveis situados nas zonas beneficiadas pelas obras públicas:

23 ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 179.

24 Luciano Amaro ensina que o conceito de tributo previsto no art. 3º do CTN quis explicitar a compulsoriedade dessa prestação, idéia com a qual o Código Tributário Nacional buscou evidenciar. Com efeito, preleciona o autor que o dever jurídico de prestar o tributo é imposto pela lei, abstraída a vontade das partes que vão ocupar os pólos ativo e passivo da obrigação tributária, opondo-se, dessa forma, a compulsoriedade do tributo à voluntariedade de outras prestações pecuniárias. AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 18.

7 EM CONCLUSÃO

De todo o exposto, verifica-se que a impossibilidade da instituição e cobrança da contribuição de melhoria prevista no art. 145, III, da Constituição Federal de 1988, deve-se, exclusivamente, à falta de precisão técnica da legislação complementar existente no ordenamento jurídico brasileiro.

A necessidade de alteração dos dispositivos do Código Tributário Nacional, ajustando seus termos aos elementos que compõem a definição legal de tributo, faz-se preeminente para fazer valer as competências constitucionais firmadas no Estado Federal brasileiro.

Somente assim, passados 40 anos de vigência do Código Tributário Nacional, será possível dar efetividade à cobrança da contribuição de melhoria, fazendo cumprir as razões essenciais e peculiares de sua instituição além, obviamente, da sua importante função fiscal como fonte de custeio para as despesas públicas dos entes federativos (União, Estados, Municípios e Distrito Federal).

8 REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. Atualizado. 11. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral de direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 2002.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988.** Sistema Tributário. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____. **Manual de direito tributário.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GODOI, Marciano Seabra de; OLIVEIRA, Paula Márcia. Contribuições de Melhoria. In: GODOI, Marciano Seabra de (Coord.). **Sistema tributário nacional na jurisprudência do STF.** São Paulo: Dialética, 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributária.** 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SPAGNOL, Werther Botelho. **Curso de direito tributário.** 1.ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2004.

A INFLUÊNCIA DO PENSAMENTO NEOINSTITUCIONAL NAS REFORMAS DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO (AN ANALYSIS OF CURRENT JUDICIAL REFORM IN BRAZIL)

*Rogério Emilio de Andrade, Advogado da Advocacia-Geral da União,
Doutorando em Filosofia e Teoria-Geral do Direito pela
Universidade de São Paulo, Visiting Scholar no Center for Iberian
and Latin American Studies - CILAS/ University of California, San
Diego, Mestre em Direito Político e Econômico pela
Universidade Presbiteriana Mackenzie*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A Tese da dos Riscos à Economia Causados pelos Tribunais; 3 Documentos Econômicos de Fundo Neoinstitucional Norteadores das Reformas do Poder Judiciário Brasileiro; 3.1 Nota Técnica do Banco Central do Brasil, Número 35, de 05/2003; 3.2 Estudo da Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda: Crescimento de Longo Prazo e Políticas Públicas Microeconômicas (microeconomic reforms and long-term growth),2004; 4 Documentos Jurídicos Que Permitem Identificar A Recepção dos Conceitos Econômicos Neoinstitucionais nas Reformas Constitucionais e Infraconstitucionais do

Poder Judiciário; 4.1 Revista Reforma do Judiciário (perspectivas). Publicação da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça. março/2005; 4.2 Documento Judiciário e Economia. Secretaria de Reforma do Judiciário /Ministério da Justiça; 4.3 Revista Reforma Infraconstitucional do Judiciário. Secretaria de Reforma do Judiciário/Ministério da Justiça; 5 Considerações Finais; 6 Referências; 7 Tabelas.

RESUMO: No Brasil, intensificam-se afirmações acerca da necessidade de se eliminar gargalos jurídicos que dificultam os processos de decisões administrativas de cunho econômico e de se agregar segurança e previsibilidade aos negócios realizados pelos agentes econômicos privados. Tais afirmações vêm sendo sustentadas a partir de categorias teóricas e conceituais da corrente econômica denominada neoinstitucional. Ao se analisar alguns dos documentos elaborados por órgãos do Poder Executivo é possível identificar que seus autores estenderam suas reflexões e proposições às atividades dos tribunais, os quais poderiam contribuir para um bom ambiente de crescimento sustentável por longo prazo. Reflexões estas que se demonstraram receptivas às idéias neoinstitucionais. Tais reflexões, longe de se constituírem em meros exercícios acadêmicos, foram, senão absorvidas, ao menos compartilhadas pelos agentes públicos encarregados de formular propostas para a Reforma do Judiciário, conforme demonstra os documentos públicos que a subsidiaram ou a divulgaram. Portanto, o objetivo deste artigo é apontar a necessidade de se pensar a questão da influência do pensamento econômico sobre as recentes reformas no Poder Judiciário do Brasil. Concluindo, este artigo pretende demonstrar a necessidade de se fomentar formas de interação entre as pesquisas em direito e economia.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma Judiciária Brasileira. Doutrina Neoinstitucional.

ABSTRACT: In Brazil, there is an increase in the assertions about the need of eliminating legal obstacles that hinder the economic

procedures of administrative decisions and of aggregating security and forecast to the businesses carried out by the private economic agents. Such assertions are being held by theoretical and conceptual categories of the economic current named neo-institutional. By analyzing some of the documents elaborated by the Executive Power it is possible to identify that their authors broadened their reflections and propositions to the activities of the courts, which could contribute to the environment of a long-term sustainable growth. These reflections welcome the neo-institutional ideas. Such reflections, far from being just academic exercises, were either absorbed or at least shared by the public agents in charge of formulating proposals for the Judiciary Reform, as it shows the public documents which subsidized or promoted it. Hence, the aim of this paper is to show the necessity of reflecting on the influence of the economic thought about the recent reforms of the Brazilian Judiciary Power. Summing up, this paper intends to show the need to promote interaction among Law and Economic Researches.

KEY-WORDS: Brazilian Judicial Reform. New-Institutional Doctrine.

1 INTRODUÇÃO

A análise Neo-Institucional considera as Instituições como importante fator na performance da atividade econômica e na determinação da estrutura econômica. Procura, por conseguinte, descrever as relações subsistentes entre estrutura institucional, mudança institucional e performance econômica, pois a Constituição, leis, jurisprudência, regulamentos administrativos e agências reguladoras servem, em parte, como base para as relações econômicas¹.

Para seus teóricos, nas relações de intercâmbio, as pessoas buscam sempre a maximização de seu bem-estar. Há, assim, de forma premente, a idéia de maximização do bem-estar; que, ao seu turno, leva os agentes econômicos à procura de meios que reforçam suas capacidades de produção deste mesmo bem-estar, assim como, simultaneamente, induz a busca por comportamentos oportunistas que visam à satisfação do interesse próprio.

1 Dentre seus principais teóricos encontram-se Armen ALCCHIAN, Steven CHEUNG, Ronald COASE, Harold DEMSETZ e Oliver WILLIAMSON.

Outrossim, há de se lembrar que, na busca deste bem-estar, as pessoas estão sujeitas à restrições cognitivas em função da Racionalidade Limitada dos seres humanos, ou seja, a circunstância de que ninguém é absolutamente racional o tempo todo. Daí a importância de Instituições, que devem ser entendidas como Conjunto de regras que perfazem as “Regras do Jogo” em determinada sociedade, formatando as inter-relações humanas. Sintetizando:

- a) Racionalidade Limitada: as pessoas buscam seu bem-estar, mas estão sujeitas a restrições cognitivas;
- b) A idéia de maximização do bem-estar; que leva a procura que reforcem a capacidade de produção do bem-estar, bem como de oportunismo dos agentes na forte busca na satisfação de seu interesse próprio.

Daí, a importância atribuída às instituições, na medida em que elas perfazem as “Regras do Jogo” em determinada sociedade, formatando as inter-relações humanas. Estas Instituições estruturam, portanto, incentivos para o intercâmbio humano, seja ele de natureza econômica, política ou social. É isto que vem a ser o Ambiente Institucional, ou seja, o Conjunto de fundamentos políticos, sociais e legais que perfazem as regras que estabelecem as bases para a produção, a troca e a distribuição econômicas.

Ambiente que influencia diretamente na Organização Institucional das unidades produtivas, que vem a ser a combinação entre unidades econômicas que administram/governam os modos pelos quais essas unidades podem cooperar ou competir entre si.

Nesse contexto, destacam-se como principais instituições os Direitos de Propriedade, que definem os direitos e privilégios patrimoniais, e os Contratos, que são os processos pelos quais os direitos de propriedade são estabelecidos, fixados e modificados. Direito de Propriedade e Contratos, instituições jurídicas capazes de conferir a Normalidade, Uniformidade e Regularidade requerida pelos agentes que atuam no mercado.

Por isso, é possível definir Custos de Transação, de modo geral, como os custos associados à criação, à manutenção ou à modificação de instituições, porquanto há relações subsistentes entre estrutura

institucional, mudança institucional e performance econômica, pois a Constituição, leis, jurisprudência e regulamentos administrativos servem como base para as relações econômicas. Constituem elementos determinantes dos custos de transação:

- a) Previsão dos Fatores de Risco que poderão impedir sua realização nos moldes conforme delineado no contrato;
- b) Elaboração dos mecanismos de ajustamento em caso de inadimplemento.

Por conseguinte, com relação ao aspecto econômico, a norma jurídica deve permitir ao agente econômico a possibilidade de calcular, com algum grau de previsibilidade, as conseqüências de suas ações.

Daí porque a análise neoinstitucional ressaltar a importância da Segurança Jurídica para o incremento da eficiência econômica, porquanto o direito, ao disciplinar as relações de intercâmbio (troca de direitos de propriedade), permite estabilizar as expectativas dos agentes econômicos por meio de controle dos Fatores de Risco que poderão impedir sua realização nos moldes conforme delineado no contrato e, conjuntamente, elaborar mecanismos de ajustamento em caso de inadimplemento.

Por isso, na visão neo-institucional, a Segurança Jurídica relaciona-se com a Confiança que deve ter o indivíduo em que seus atos, quando alicerçados na norma vigente, produzirão os efeitos jurídicos nela previstos.

Tal raciocínio importa, pois, a ligação direta da Segurança Jurídica com a racionalidade econômica, porquanto aquela tem que ver diretamente com a programação das expectativas dos agentes econômicos em relação às implicações futuras de sua atuação jurídica, aumentando a racionalidade econômica na medida em que:

- a) reduz Custos de Transação;
- b) diminui os Riscos de Investimentos em Ativos Específicos;
- c) estabiliza as Regras do Jogo; e

d) fomenta maior Competitividade Econômica.

Consiste, por conseguinte, a Segurança Jurídica em forte mecanismo de reação às incertezas. Uma vez que uma das funções da norma é diminuir os riscos presentes na transação: ela, Segurança Jurídica, estimularia a eficiência econômica na medida em que reduziria os custos de transação. (Quadro 1)

2 A TESE DA DOS RISCOS À ECONOMIA CAUSADOS PELOS TRIBUNAIS

Em meio ao debate sobre segurança jurídica e crescimento econômico refulgem as teses defendidas por Armando Castelar Pinheiro, que vem apontando as incertezas produzidas pela função jurisdicional no ambiente econômico, assim como descrevendo a importância da Segurança Jurídica no fomento de investimentos e eficiência econômica.

Utiliza elementos metodológicos da escola Neo-Institucional na defesa de seus argumentos, os quais consideram as Instituições como fator importante na performance da atividade econômica e na determinação da estrutura econômica. Por isso, ao descrever as relações subsistentes entre estrutura institucional, mudança institucional e performance econômica, CASTELAR² consegue identificar, de um lado, as principais reações dos atores econômicos às incertezas jurídicas, que seriam consubstanciadas nas seguintes condutas:

- a) Deixar de realizar transações que envolvam Alto Risco;
- b) Organizar-se de modo ineficiente para realizar transações que envolvam riscos, o que acaba reduzindo a margem de lucro;
- c) Compensar a baixa segurança jurídica por meio do uso intensivo de instituições disponíveis;
- d) Utilizar os recursos e tecnologias disponíveis de modo ineficiente, em função das estruturas fomentadas para diminuir a exposição aos custos e riscos altos.

² PINHEIRO, Armando Manuel da Rocha Castelar. Segurança jurídica, crescimento e exportações. In Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais e da Arbitragem . v. 31, p. 321-346, 2006.

De outro lado, aponta, baseado nas mesmas premissas neoinstitucionais, quais seriam as principais formas de garantir Segurança Jurídica, que são as seguintes:

- a) Aplicação fiel e imparcial da Lei;
- b) Construção clara e objetiva da norma;
- c) Uniformidade Interpretativa;
- d) Controle do Arbítrio Estatal.

Assim, na perspectiva neo-institucional, a principal função do Sistema Jurídico seria incrementar a racionalidade econômica, uma vez que a falta de Segurança Jurídica eleva o grau de incerteza do ambiente econômico e, conseqüentemente, à redução dos investimentos em Pesquisa e Desenvolvimento e à utilização ineficiente da tecnologia disponível.

3 DOCUMENTOS ECONÔMICOS DE FUNDO NEOINSTITUCIONAL NORTEADORES DAS REFORMAS DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

A análise de tais documentos importa à pesquisa jurídica na medida em que constituem interessante estudo de caso da interação entre direito e economia.

O primeiro deles, trata-se da Nota Técnica 35 do Banco Central do Brasil, que foi elaborada dentro de um contexto de estudos realizados com escopo de apontar medidas de longo prazo com escopo de reduzir os custos de empréstimos bancários e reforçar uma cultura de crédito no País.

O segundo documento, *Crescimento de Longo Prazo e Políticas Públicas Microeconômicas*, tece considerações com vistas a fomentar um bom sistema de registro de propriedade, assim como um eficiente mecanismo de resolução de conflitos como condições necessárias ao bom funcionamento de uma economia de mercado. Bom funcionamento que seria alcançado por meio do incremento nos mecanismos de acesso aos tribunais e pela criação de mecanismos que objetivassem a redução do alto custo de manutenção dos tribunais e redução da morosidade de seu funcionamento.

Estudos que podem ser considerados complementares e que se alinham indubitavelmente à linha neoinstitucional. É o que procuro demonstrar a seguir:

3.1 NOTA TÉCNICA DO BANCO CENTRAL DO BRASIL, NÚMERO 35, DE 05/2003³

Estipulando terminologicamente *Mercado de Crédito* como denominação dada ao espaço onde agentes econômicos transacionam direitos creditícios, a Nota Técnica Bacen n.º 35, de maio de 2003, busca apontar e analisar os efeitos das *disfuncionalidades* do sistema judicial sobre o mercado de crédito no Brasil.

Visa, pois, mostrar a interconexão dum judiciário eficiente – entendida a eficiência como o assecuramento ao respeito aos contratos celebrados no mercado de créditos – com a capacidade de fomentar a oferta de recursos disponibilizados e diminuir o custo das operações de empréstimos bancários.

Um dos aspectos fortes da pesquisa consubstanciada na Nota Técnica n.º 35 é identificar o papel das garantias bancárias no mercado de crédito e o elevado custo do crédito no Brasil como um dos principais efeitos da inadimplência.

Verifica, também, como a morosidade do sistema judicial, principalmente em razão do elevado custo para recuperação dos empréstimos inadimplidos, pode ter nefastos efeitos sobre o mercado de crédito brasileiro.

Daí, a proposição de medidas pelo Banco Central orientadas à mitigação dos riscos jurídicos envolvidos na concessão de empréstimos no Brasil como meio apto a redução dos *spreads* bancários – que vem a ser a diferença entre a taxa de aplicação e a taxa de captação dos bancos.

Assim, deflui-se da leitura do texto da Nota Técnica que o crédito não depende apenas de decisões da autoridade monetária, porquanto envolve também medidas de natureza fiscal, institucional e jurídica. Depende, outrossim, do grau de expectativa dos agentes

³ FACHADA, P.; FIGUEIREDO, L. F.; LUNDBERG, E

econômicos quanto à manutenção do quadro de estabilidade econômica e institucional.

Riscos jurídicos que tem que ver, principalmente, com a taxa de inadimplência. Aliás, estudos econométricos realizados pelo Bacen apontam que a inadimplência bancária é, isoladamente considerada, responsável por nada menos que 17% do *spread* bancário, o que significa dizer que - se a taxa de *default* fosse reduzida a zero ou se o sistema judicial assegurasse a certeza na recuperação dos empréstimos concedidos ou mesmo renegociação dos mesmos - o *spread* bancário poderia ser reduzido cerca de sete pontos percentuais.

Deduções de pesquisa realizada entre instituições financeiras confirma que o risco mais grave na concessão de crédito não está a associado à existência ou não de garantias, mas sim, pelo menos nos empréstimos à empresas, na qualidade e facilidade de realização da cobrança.

Além do mais, os riscos judiciais devem-se muito à *morosidade do judiciário brasileiro*, a qual vem prejudicando o recebimento de valores contratados, retraindo atividades de crédito e provocando o incremento dos custos de financiamento.

Mazelas que se apresentam, pois, de duas maneiras:

- a) A insegurança jurídica aumenta as despesas administrativas das instituições financeiras, aumentando especialmente as áreas de avaliação de riscos e jurídica;
- b) Reduz a certeza de pagamento do empréstimo mesmo em situações de contratação de garantias, o que pressiona o risco embutido no *spread*.

O quadro abaixo revela que, de acordo com informações prestadas por instituições financeiras, a recuperação judicial com êxito requer em média cerca de vinte meses no caso de garantia fiduciária e até trinta e sete meses nos casos de garantia fidejussória. (Quadro 2)

Há de ressaltar, também, como importante item a aumentar a taxa de *spread* no mercado de crédito, a questão de despesas incorridas

na etapa judicial; cálculo que deve considerar não apenas estimativas para as despesas processuais diretas – tais como custas, advogados, oficial de justiça e perícia, cartórios, dentre outros – mas, também, a taxa de redesconto intertemporal aplicada sobre o capital, a qual vem sendo arbitrada em 20% a.a. Quadro

Guiando-se pelos dados do quadro 3, os técnicos do Bacen deduzem que a alternativa de apelação aos Tribunais, como via para recuperação do crédito concedido, acaba por funcionar como obstáculo impediendo à constituição de ambiente altamente estimulador à sua concessão pelos agentes financeiros.

Concluem, por conseguinte, que a *insegurança jurídica dos contratos*, bem como o ineficiente e moroso funcionamento dos tribunais brasileiro afeta o bom tomador de crédito, que é levado a arcar com extraordinário custo de transação, independentemente de seu histórico de crédito e de sua capacidade de pagamento: *na prática o custo adicional da inadimplência é repartido com toda a sociedade por meio do aumento do spread e do encolhimento da oferta de crédito.*

Em meio a isso, o Banco Central vem, há algum tempo, propugnando pela adoção de medidas com vistas à retomada da cultura de crédito no Brasil e à redução dos riscos de crédito, assim como eliminação de ocorrências de fricções na intermediação financeira. Dentre estas medidas, estaria a minimização dos Riscos Jurídicos por meio da ampliação da segurança jurídica dos contratos seria fundamental. Desta forma, as leis que regem os contratos de crédito devem ser claras e objetivas e sua cobrança ou renegociação judicial deve ser ágil e eficiente, permitindo que os credores mitiguem as perdas associadas à insolvência. Logo, um sistema judicial ineficaz ou pró-devedor estimula a inadimplência e inibe a atividade creditícia, induzindo as instituições financeiras a maior rigor na seleção de seus clientes e pressionando o prêmio de risco exigido do conjunto de tomadores.

3.2 ESTUDO DA SECRETARIA DE POLÍTICA ECONÔMICA DO MINISTÉRIO DA FAZENDA: CRESCIMENTO DE LONGO PRAZO E POLÍTICAS PÚBLICAS MICROECONÔMICAS (MICROECONOMIC REFORMS AND LONG-TERM GROWTH), 2004

O estudo elaborado pelo Ministério da Fazenda traça o seguinte diagnóstico do Poder Judiciário: lento, dispendioso e aberto a

possibilidades procrastinatórias pelas partes. Diagnóstico que permite, com base nos pressupostos neoinstitucionais, concluir que tal estrutura judicial aumenta os custos de transação econômica.

O desenho institucional do judiciário brasileiro, segundo o estudo, influencia negativamente os custos de transação, uma vez que ele, custo, é suportado pelos agentes econômicos (companhias e consumidores): o que leva à utilização ineficiente dos fatores de produção pelas empresas e contribui para a baixa oferta de empregos, bem como induz as empresas a despenderem vultosas somas com departamentos jurídicos frente à necessidade de eliminar os riscos provocados pela incerteza jurídica.

These amounts were calculated based upon estimations of direct judicial expenses (costs, attorneys, bailiffs, experts, inter alia) and taking into account an opportunity cost of capital of 20% per annum (that is, to what extent the creditor party failed to gain due to the impossibility of freely investing the amount under litigation).

Além disso, tais custos têm outras implicações, podem, a partir da análise do ambiente institucional em que se encontram inseridos, procurar agir oportunamente na busca da maximização de seu bem estar: i) seja procurando meios que reforçam suas capacidades de produção deste mesmo bem-estar; e ii) seja descobrindo comportamentos que aumentem as possibilidades de maximização do bem-estar a partir dos gargalos jurídicos encontrados no ambiente institucional, isto é, que possibilitem tirar proveito das próprias falhas institucionais e e incertezas jurídicas.

Aliás, nesse sentido, o documento do Ministério da Fazenda faz expressa referência aos estudos de Armando Castelar Pinheiro:

As pointed out by Pinheiro (2000), the business community perceives the inefficiency of the courts as more of a problem for the entire economy than for their own firms in particular, and it is not a major factor in their corporate decisions. Discussions with focus groups have shown that companies construe their legal departments or the assistance they receive from trade associations as components of their operational structure, even as competitiveness factors, that is, those who can take the best advantage of the courts' inefficiencies, in particular their delays, are better off than their competitors. Among the main areas in which companies recognise the use of

legal loopholes to turn court delays to their own advantage, are tax-related suits (between 82% and 91%, depending on the level of the Government), credit (77.4%) and commerce (75.3%). The causes of the delays were attributed to the passive attitude of the courts, the lack of procedural equipment to allow for swifter proceedings and the case overloads. The negative impact on employment, (50.4% failed to hire due to Labor Courts), on specialization (32.4% recognize they failed to outsource) and on business with public administration (48.2% avoid doing business with the public sector), are most visible outcomes.

Com base em tal diagnóstico, o documento constata a magnitude dos desafios colocados à decisão política de se implementar reformas, sejam constitucionais e infraconstitucionais, do Poder Judiciário, bem como a necessidade premente de implementá-la.

4 DOCUMENTOS JURÍDICOS QUE PERMITEM IDENTIFICAR A RECEPÇÃO DOS CONCEITOS ECONÔMICOS NEOINSTITUCIONAIS NAS REFORMAS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS DO PODER JUDICIÁRIO

Os Presidentes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário celebraram, em 15 de dezembro de 2004, um Pacto de Estado em Favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano. Analisando o documento que instrumento o Pacto vê-se a preocupação dos Poderes da República com o funcionamento dos Tribunais; daí o compromisso dos três dirigentes dos Poderes de Estado de implementarem uma justiça mais acessível e eficiente.

No Pacto firmado entre os Poderes é possível, senão ver, ao menos entrever a influência dos documentos econômicos de conteúdo neoinstitucional - produzidos pelo Bacen e Secretária de Política Econômica do Ministério da Fazenda - nas suas diretrizes.

Comprovam a hipótese, as afirmações concernentes às razões da premência da *reforma do judiciário*, que podem ser encontradas no documento intitulado *Judiciário e Economia*, produzido pela Secretária de Reforma do Judiciário/Ministério da Justiça: *Sua aprovação, no Congresso Nacional, certamente aprimorará o ambiente de negócios no Brasil, e permitirá maior segurança nas relações financeiras, econômicas e comerciais,*

diante da agilidade do Poder Judiciário em solucionar litígios e recuperar os créditos oferecidos.

Com maiores detalhes, elenco, abaixo, referido documento, bem como alguns trechos importantes da Revista Reforma do Judiciário – Perspectivas e da Revista Reforma Infra-constitucional do Judiciário, publicações da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça.

4.1 REVISTA REFORMA DO JUDICIÁRIO (PERSPECTIVAS). PUBLICAÇÃO DA SECRETARIA DE REFORMA DO JUDICIÁRIO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. MARÇO/2005

A Revista em epígrafe vem comemorar a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, que ocorreu no final do ano de 2004. A reforma do judiciário, que se procrastinava há mais de dez anos, representou, uma vez aprovada, uma profunda alteração na estrutura da Justiça brasileira com vistas a melhorar a qualidade dos serviços jurisdicionais prestados no País.

Vaticinava, então, em seu editorial, que a aprovação da Reforma Constitucional do Judiciário representava o início de um processo de mudanças, o qual compreenderia, ainda, alteração da legislação processual e a adoção de medidas administrativas, de modo a tornar mais racional e eficiente a gestão administrativa do sistema judicial.

Sobre o Pacto firmado entre os três Poderes da República para o reforma do judiciário, afirma:

O Pacto expressa, entre outras constatações em comum, que as atuais dificuldades da Justiça, em especial a morosidade e a inacessibilidade, não são problemas apenas do Poder Judiciário, mas do País. Um sistema judicial eficiente, justo e prestativo é imprescindível para a consolidação da democracia, da dignidade humana e até para o desenvolvimento econômico.

Do texto, verifica-se que o Pacto, ao qual o Executivo, o Legislativo e o Judiciário comprometem-se com as mudanças necessárias ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, apesar de ter evidentes

preocupações com um serviço justo e prestativo, em nenhum momento deixa no oblívio as questões atinentes à dinâmica econômica.

4.2 DOCUMENTO JUDICIÁRIO E ECONOMIA. SECRETARIA DE REFORMA DO JUDICIÁRIO / MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

Talvez seja este o principal documento a confirmar a hipótese da influência dos pressupostos da teoria econômica neoinstitucional nas decisões administrativas, que formularam, e decisões políticas, que implementaram, as reformas constitucionais e infra-constitucionais do judiciário.

Nele, documento, encontra-se claramente expresso a concepção de que tribunais morosos acarretam efeitos danosos para a economia nacional, porquanto implicam na diminuição de investimentos, na restrição ao crédito ou no aumento de custos deste crédito.

Nesse sentido, lança mão dos estudos apresentados no documento analisado supra: *Reformas Microeconômicas e crescimento de longo prazo*, produzido pela Secretaria de Política Econômica, do Ministério da Fazenda, o qual ressalta a importância da Reforma do Judiciário para o fortalecimento das relações econômicas, comerciais e financeiras no país. Utiliza, outrossim, dos dados coletados pelos pesquisadores do Bacen – FACHADA, FIGUEIREDO & LUNDBERG -, consolidados na Nota Técnica 35, de 2003, que apresenta estimativas de custo para a recuperação de contratos hipotéticos de crédito em função da morosidade e complexidade do processo judicial. Estudo, este, comentado acima.

Com base nesses trabalhos, fica consignado que quem tem um direito a ser ressarcido, só é economicamente viável levá-lo até seu termo caso seja uma causa de alto valor ou se disponha de estrutura jurídica permanente, como no caso das empresas de grande porte. Já do lado da parte ré, é economicamente vantajoso estender o pleito até seu último recurso, pois o valor da sentença não sofre atualização na mesma proporção que o rendimento oferecido por ativos financeiros.

Diante disso, vaticina que se deve tornar os tribunais mais céleres e eficientes, razão que teria levado os consignatários do “Pacto por um Judiciário mais Rápido e Republicano” a encaminharem 26 projetos de lei ao Congresso Nacional visando racionalizar a reforma do processo civil, penal e trabalhista. Quadro 4.

4.3 REVISTA REFORMA INFRACONSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO. SECRETARIA DE REFORMA DO JUDICIÁRIO / MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

Ao prefaciар referida publicação do Ministério da Justiça, o Sub-Chefe Jurídico da Casa Civil da Presidência da República, Sérgio Renaut, expressa-se no sentido de que a Reforma Constitucional do Judiciário, aprovada em 2004, por meio da Emenda Constitucional 45, somente se consolidará com a estruturação do ordenamento infraconstitucional: o qual conferiria, efetivamente, os instrumentos capazes de efetivar a celeridade das decisões judiciais.

Por sua vez, na apresentação da Revista, o então Secretário de Reforma do Judiciário, Pierpaolo Cruz Bottini, comenta que, em função dos impactos na vida cotidiana provocados pela crise da morosidade Poder Judiciário e acessibilidade à Justiça, vê-se aumentar o interesse de toda a sociedade sobre o funcionamento do sistema judicial. Neste particular, ressalta especificamente os economistas, cujas reflexões sobre o custo e o risco de uma justiça ineficiente para a atividade econômica devem levados em consideração.

Por fim, seguindo linha análoga de análise, demonstrando consenso entre os principais atores administrativos da reforma do Poder Judiciário, a Introdução e o Desenvolvimento da Revista apresentam o conjunto de Leis e Projetos de Lei que densificariam os princípios que a nortearam. Quadro 5.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ortodoxia convencional desde 1985 – Plano Baker – tem utilizado o argumento da inadequação das instituições ou da ausência de reformas como razões para as altas taxas de juros e os baixos índices de crescimento econômico dos países em desenvolvimento.

Com essa atitude, utiliza-se de argumentos de longo prazo – necessidade de reformas institucionais – para prescrever soluções de problema de curto prazo: instabilidade macroeconômica. O que não faz sentido, pois, com isso, confunde um problema de solução ao médio/ longo prazo, o da reforma das instituições – que exige políticas que são desenhadas gradualmente e demoram em produzir efeitos – com

problemas que devem ser solucionados no curto prazo, como os são os desequilíbrios macroeconômicos⁴.

Outrossim, é preciso dizer que o Brasil vem realizando reformas institucionais há longa data, uma vez que não faltou à consciência crítica nacional a percepção da necessidade de se implementar reformas institucionais ante o esgotamento do modelo de desenvolvimento baseado na substituição das importações, cujo Estado apresentava-se como principal protagonista.

Com a crise fiscal iniciada no início dos anos 80, o modelo de desenvolvimento nacional precisou ser reformulado. Nesse sentido, tais reformas foram e continuam sendo realizadas. Mas, é preciso dizer que apresentam lógica temporal própria, distinta da econômica, e ainda se apresentam incompletas. Por isso, a incompletude e temporalidade que a caracterizam não podem servir de argumento para explicar a instabilidade macroeconômica do país.

Entretanto, por desconsiderar tal distinção, qual seja, a da distinção entre problemas de curto e longo prazo, a ortodoxia convencional persiste em considerar a falta de reformas institucionais, incluindo as relacionadas com o sistema judicial, como um dos principais problemas a travar o crescimento de longo prazo no Brasil.

Na mesma linha, é preciso dizer que, em função de categorias próprias do raciocínio jurídico, há o que se denomina por incerteza estrutural própria do sistema jurídico. Em outros termos: ocorrem situações em que o julgador está diante de um conjunto não-unitário de decisões, todas igualmente válidas para solucionar o caso concreto, na medida em que guardam correspondência com as possibilidades de solução oferecidas pelo direito vigente. Em tais casos, mesmo que a resposta dada pela função jurisdicional frustrasse as expectativas dos agentes econômicos, estar-se-á diante do que se denomina por incerteza estrutural própria do sistema jurídico, porquanto se trata de tipo de incerteza inerente ao seu funcionamento normal. Evidentemente, esta incerteza estrutural, própria do sistema jurídico, deve ser contraposta à incerteza de tipo patológico, ou seja, disfuncionalidades do sistema judicial que devem e precisam ser combatidas, inclusive por meio de reformas constitucionais e infraconstitucionais. Assim, expressões como

⁴ BRESSER PEREIRA, Luis Carlos. Reformas e instituições. In **Macroeconomia da estagnação: crítica da ortodoxia convencional no Brasil pós-1994**. São Paulo: Editora 34. Passim, 2007.

“segurança jurídica” e “previsibilidade” devem ser trazidas ao debate com a preocupação de trazer elementos que considerem os componentes complexos que tratam da relação entre previsibilidade e funcionamento da atividade jurisdicional a fim de melhor compreensão do impacto de decisões judiciais na elaboração, formulação e implementação de políticas públicas.

Por fim, a influência dos pressupostos neoinstitucionais na reforma do judiciário e a crítica acabo colocar visam, antes de tudo, trazer ao relevo a necessidade de se fomentar formas de interação entre as pesquisas em direito e economia⁵ a fim permitir a compreensão adequada do papel dos tribunais na atualidade e a superação do antagonismo latente entre juízes que desconsideram as consequências macroeconômicas de suas decisões e economistas que desconhecem os micro-fundamentos jurídicos que alicerçam suas estratégias de desenvolvimento econômico.

6 REFERÊNCIAS

ARIDA, Persio. **Direito e Economia**: o que significa pesquisa em direito? 2003.

BRESSER-PEREIRA, L. C. (2007). Reformas e instituições. In **Macroeconomia da estagnação**: crítica da ortodoxia convencional no Brasil pós-1994. São Paulo: Editora 34.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Sociologia do Poder Judiciário**. Anotações pessoais das aulas ministradas pelo Professor no primeiro semestre de 2007 na Pós-Graduação em direito da USP.

FACHADA, P.; FIGUEIREDO, L. F.; & LUNDBERG, E. (2003). **NOTA TÉCNICA DO BANCO CENTRAL DO BRASIL**, n. 35, 2003.

FARIA, José Eduardo. **Direito e Justiça no século XXI**: a crise da Justiça no Brasil. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, mimeo, 2003

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven . G. **Economics and the law**: from Posner to Post-Modernism. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

⁵ ARIDA, Persio. **Direito e Economia**: o que significa pesquisa em direito? 2003.

PINHEIRO, Armando Manuel da Rocha Castelar. Segurança jurídica, crescimento e exportações. In **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. v. 31, 2006.

CRESCIMENTO DE LONGO PRAZO E POLÍTICAS PÚBLICAS MICROECONÔMICAS (MICROECONOMIC REFORMS AND LONG-TERM GROWTH). Estudo da Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda.),2004.

JUDICIÁRIO E ECONOMIA. Estudo da SECRETARIA DE REFORMA DO JUDICIÁRIO / MINISTÉRIO DA JUSTIÇA.

REVISTA REFORMA DO JUDICIÁRIO (PERSPECTIVAS). PUBLICAÇÃO DA SECRETARIA DE REFORMA DO JUDICIÁRIO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. MARÇO/2005.

REVISTA REFORMA INFRACONSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO. SECRETARIA DE REFORMA DO JUDICIÁRIO / MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

7 TABELAS

TABELA 1

Principais expectativas do neo-institucionalismo em relação ao direito.

A VISÃO DO DIREITO PELAS TEORIAS ECONÔMICAS DOMINANTES (o neo-institucionalismo)
Proteção efetiva do direito de propriedade
Redução dos custos de transação
Descongestionamento dos tribunais
Reforma judicial: a valorização dos precedentes
Reforma jurídica: eliminação do "ativismo constitucional"
Fortalecimento do sistema penal
Proteção dos "direitos de liberdade"

Fonte: Douglas North / Guido Calabresi

TABELA 2

Prazo para recuperação de crédito.

PRAZO PARA RECUPERAÇÃO POR TIPO DE GARANTIA				
PRAZO	HIPOTECA	AVAL E FIANÇA	GARANTIA FIDUCIÁRIA	OUTRAS FORMAS DE GARANTIA
EM MESES	24	37 20	31	

TABELA 3

Fases do processo.

FASES DO PROCESSO	R\$ 500,00	R\$ 1000,00	R\$ 5.000,00	R\$ 50.000,00
Cobrança Extrajudicial Simples até um ano	R\$ 284,00 56%	R\$ 680,00 66,8%	R\$ 4003,00 80,1%	R\$ 41.498,00 83%
Fase de Conhecimento Judicial – até três anos	R\$ 14,00 2,8%	R\$ 221,00 22,1%	R\$ 1.982,00 39,6%	R\$ 21.878,00 43,8%
Fase de Execução Judicial – até cinco anos	0	R\$ 33,00 3,3%	R\$ 1.011,00 20,2%	R\$ 12.054,00 24,1%

TABELA 4

Projetos que se coadunam com a perspectiva de análise neoinstitucional:

PROPOSTAS PARA ELIMINAR CUSTOS E MOROSIDADE JUDICIAIS	
EXECUÇÃO CIVIL	<p>Junção do processo de conhecimento com o processo de execução, o que dispensa a citação do devedor no início do processo de execução, já que ele já foi avisado do início do processo de conhecimento. A unificação dos processos permite uma única citação, o que agilizará a tramitação dos autos. Exigência de pagamento da dívida do devedor já no início do processo de execução. O devedor não poderá mais oferecer bens à penhora, o que evita as discussões sobre a idoneidade dos bens para satisfazer as dívidas. Caso o devedor não pague, a dívida será acrescida de 10%.</p> <p>Possibilidade de o credor adjudicar (transferir para seu patrimônio) os bens do devedor necessários para a satisfação do débito, ao invés de aguardar a liquidação dos bens em leilão. O leilão é um ato complexo, que retarda o processo. Assim, a possibilidade de adjudicação confere maior eficácia à solução do conflito</p>
MATÉRIAS REPETITIVAS	<p>problema da multiplicação de causas idênticas pode ser solucionado, em parte pela aprovação do PL 4728/04 (Senado Federal), que permite ao juiz, quando já decidiu causa idêntica em outros casos e indeferiu os pedidos, julgue de pronto a causa, sem notificar o réu. Este projeto evita a citação do réu em causas nas quais ele vencerá, o que economiza tempo com sua eventual contestação e dinheiro com eventual contratação de advogado</p>
SÚMULAS IMPEDITIVAS DE RECURSOS	<p>O PLC 90/05 (aprovado na Câmara em tramitação no Senado) visa reduzir a litigiosidade nos tribunais. Propõe o impedimento dos recursos quando a sentença do juiz de primeiro grau estiver de acordo com súmula ou entendimento dominante no STF ou nos tribunais superiores. Sua aprovação, certamente implicará na redução das taxas de recorribilidade apontadas.</p>
FIM DO EFEITO SUSPENSIVO DA APELAÇÃO	<p>O PLC 136/04 (Senado Federal) acaba com o efeito suspensivo da apelação. Desta forma, o recurso de apelação não impede a execução provisória da sentença em primeiro grau, exceto nos casos em que esta execução possa implicar em danos irreparáveis à parte vencida. Desta maneira, fica reforçada a decisão em primeira instância e ficam inibidos recursos meramente protelatórios, que serão ineficazes dado que a apelação não mais suspende a satisfação da dívida.</p>
DIVÓRCIO E PARTILHA CONSENSUAL	<p>O PL 4725/04 permite que o divórcio, a separação, o inventário e a partilha, quando envolvam maiores, capazes e sejam consensuais (sem litígio) seja feito em cartório extrajudicial, ou seja, que não seja mais um procedimento com participação do juiz. A retirada destes procedimentos, que não exigem controle judicial, do Poder Judiciário, é importante para reduzir o volume de processos e para desonerar as partes, que poderão efetivar tais atos em cartório, de maneira simples e célere.</p>

TABELA 5

Leis aprovadas que se coadunam com a perspectiva neoinstitucional.

REFORMA INFRACONSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO	
Leis 11.232/05 e 11.382/06	Reformularam o procedimento para execução de títulos judiciais e extrajudiciais
Lei 11.187/05	Visa a evitar o uso protelatório de Agravos
Lei 11.280/06	Cria regras específicas para acelerar o julgamento de litígios
Lei 11.276/06	Estabelece a Súmula Impeditiva de Recursos
Lei 11.277/06	Racionaliza o julgamento de Ações Repetitivas
Lei 11.441/07	Permite que os procedimentos para efetivação de inventário, partilha e divórcio sejam realizados diretamente nos cartórios de registro civil
Lei 11.419/06	Regulamenta a criação do Processo Eletrônico
Lei 11.418/06	Regulamentou o Procedimento para apreciação da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal

PARECER
SOLICITAÇÃO DE MEDICAMENTO

Ciro Carvalho Miranda
Advogado da União

CONSULTORIA JURÍDICA / MINISTÉRIO DA SAÚDE

SIPAR Nº 25000.517264/2009-75

PARECER Nº /2009-AGU/CONJUR-MS/CCM

PROCESSO: 2009.70.00.000257-0

INTERESSADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

GABRIEL ALVES DE MACEDO VIEIRA

1 RELATÓRIO

A Procuradoria da União no Estado do Paraná, por intermédio do Ofício nº 1944/2009-AGU-PU/PR, solicita informações para auxiliar a manifestação prévia da União nos autos da Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal, visando o fornecimento do medicamento INDULSURFASE (Elaprase) para todos os cidadãos portadores de Mucopolisacaridose tipo II ou Síndrome de Hunter e, em especial, para Gabriel Alves de Macedo Vieira.

Feitos estes apontamentos, vale fazer uma análise, mesmo que perfunctória, sobre o procedimento de incorporação de tecnologia e insumos no âmbito do Sistema Único de Saúde, assim como dos seus pressupostos, culminando com as prováveis consequências no âmbito do Sistema Único de Saúde da decisão judicial que prevê a incorporação de medicamento não padronizado.

Imperioso consignar que, não havendo tempo hábil para manifestação da área técnica diante da exiguidade do prazo, o presente parecer é formulado com base no banco de dados da Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde acerca da medicação pleiteada. Neste sentido vale trazer à colação Parecer Técnico elaborado em caso análogo ao presente:

Parecer Técnico nº. 1609/2008/NJ/SCTIE/MS

Brasília, 19 de Novembro de 2008.

REF. Ofício nº 2956/2008/AGU/PRU1/G1/avv

SIPAR: 25000.189352/2008-91

INTERESSADO (A): Omissis

ASSUNTO: Solicitação de medicamento.

Após análise do processo, informa-se:

1. Trata-se de ação ordinária proposta pelo interessado acima em face da União Federal, com antecipação de tutela deferido, na qual requer a concessão do medicamento idursulfase (Elapraxe®). De acordo com laudo médico (fl. 36) o autor é portador de Mucopolissacaridose tipo II (MPS) ou Síndrome de Hunter (CID E76.1).

2. As mucopolissacaridoses (MPS) são doenças metabólicas hereditárias causadas por erros inatos do metabolismo que determinam a diminuição da atividade de determinadas enzimas, que atuam numa estrutura da célula chamada lisossomo. As MPS fazem parte de um grupo chamado de doenças de depósito lisossômico e as manifestações clínicas variam de acordo com a enzima ausente no portador da doença. A mucopolissacaridose II (Síndrome de Hunter) é uma doença sistêmica do armazenamento lisossômico causada pela deficiência da enzima L-sulfoiduronato sulfatase. Caracterizada pela deterioração física progressiva, esta síndrome ocorre 1 a cada 162.000 nascidos vivos, evidenciando a raridade da doença, e está associada a uma expectativa de vida de 15 anos, na forma grave da doença.

3. O único medicamento disponível para o tratamento da Mucopolissacaridose II é a idursulfase. Este medicamento foi recentemente registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA. Também está registrado no EMEA (European Medicines Agency), para o tratamento da mucopolissacaridose II, como medicamento órfão, ou seja, único medicamento disponível para tratamento de uma doença cuja prevalência é menor que 200.000 pessoas no mundo. Isso significa dizer que o medicamento foi registrado nessa Agência sem que o fabricante apresentasse

os estudos clínicos com as características metodológicas exigidas e necessárias para comprovar a eficácia e segurança de um determinado medicamento (fundamental no processo de registro de medicamentos). Como resultado desse processo, a empresa obteve o registro no EMEA e, também, no FDA (Food and Drug Administration), mas não há a garantia de que esse medicamento seja efetivo e seguro para uso em diferentes populações, como no Brasil, pois o mesmo não foi avaliado em número suficiente de pessoas. Como essa doença é extremamente rara, os pacientes que estão usando o medicamento, automaticamente, estão fazendo parte do estudo clínico. Os resultados dessas experimentações clínicas são desejados pelo fabricante e publicados na forma de relato de caso. Esses relatos isolados fornecem subsídio para o medicamento se manter ou não no mercado (é importante salientar que como não tem estudos bem delineados, o uso clínico pode provocar resultados negativos). Portanto, pode-se concluir que o registro de um medicamento órfão não significa que o mesmo seja eficaz e seguro. Essa resposta vai ser obtida empiricamente durante o tratamento de algumas pessoas em diferentes centros e países.

4. Em relação aos custos, um estudo de análise de custo-utilidade submetido ao Scottish Medicines Consortium, com limitações metodológicas importantes, revelou que a razão incremental de custo-utilidade (o quanto é necessário pagar para se ter um ano de vida ajustado com qualidade) com o uso da idursulfase foi de £564,692 (R\$2.159.935,61). Com a variação de alguns parâmetros (análise de sensibilidade), esse valor pode chegar a £1,174,342 (R\$4.491.834,66).

5. Salienta-se ainda que a União, os Estados e os Municípios são os gestores do SUS com responsabilidade, competência e legitimidade para orientar e organizar as políticas de saúde pública brasileiras, pautadas pelos princípios da universalidade, integralidade e equidade. Por meio dessas políticas são disponibilizados procedimentos, medicamentos e outros insumos importantes, visando o tratamento e a redução das principais doenças e agravos da população brasileira. Tais procedimentos, incluindo os medicamentos, são padronizados mediante análises técnico-científicas a partir das melhores evidências disponíveis e acompanhadas por estudos de impacto financeiro para o Sistema público de saúde brasileiro. Esse processo é fundamental para a disponibilização de medicamentos eficazes, seguros e com

uma relação custo-benefício adequada. Porém, acima de qualquer mérito, o Ministério da Saúde visa, sempre, o fornecimento de procedimentos em saúde que sejam eficazes e seguros, ou seja, procedimentos que proporcione a formação, proteção e recuperação da saúde da população, estabelecidos pelo artigo 196 da Constituição brasileira.

6. Conclui-se, portanto, que as poucas e insuficientes informações de eficácia e segurança do medicamento idursulfase para tratamento da Síndrome de Hunter indicam ao Ministério da Saúde, sabedor de todas as suas responsabilidades, que não pode/não deve padronizar esse medicamento para utilização no âmbito do SUS, com financiamento público. Mediante aos fatos apresentados, não existem evidências suficientes para que ocorra a padronização desse medicamento no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

2 FUNDAMENTAÇÃO

2.1 DO MEDICAMENTO PLEITEADO, DO CUSTO COM O TRATAMENTO E O RESTRITO BENEFÍCIO ADVINDO DE SUA UTILIZAÇÃO

Inicialmente vale ressaltar, com base na manifestação técnica antes transcrita, que o medicamento IDURSULFASE possui registro na ANVISA e não faz parte da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME ou de qualquer programa público de saúde (não só no Brasil, mas no MUNDO INTEIRO ao que se sabe!!!), não sendo disponibilizado pelo Sistema Único de Saúde.

Registra a área técnica também, que o tratamento medicamentoso da Mucopolisacaridose tipo II possui um custo financeiro elevado, chegando-se a cifra de R\$2.159.935,61 (*dois milhões, cento e cinquenta e nove mil, novecentos e trinta e cinco reais e sessenta e um centavos*) para o tratamento durante um ano, em média.

Embora o Ministério Público relate que o EMEA tenha autorizado a comercialização do medicamento pleiteado, esqueceu de evidenciar que tal autorização se deu em *CIRCUNSTÂNCIAS EXCEPCIONAIS, além de ser CONDICIONADA À EXECUÇÃO DE UM PROGRAMA DE ESTUDOS* para se avaliar a real eficácia da utilização do medicamento,

assim como dos eventuais efeitos sobre os pulmões, o coração e os vasos sanguíneos.

Aliás, vale ressaltar que **NÃO HÁ CONSTATAÇÃO CIENTÍFICA DE QUE A UTILIZAÇÃO DO FÁRMACO PROMOVA A TOTAL INTERRUPTÃO DOS EFEITOS OU DA EVOLUÇÃO DA DOENÇA**. Neste sentido, para não existir dúvidas sobre os *benefícios limitados advindos da utilização do medicamento*, cumpre trazer à baila os seguintes trechos do *European Public Assessment Report (EPAR) – Relatório Europeu de Avaliação Pública*, com os seguintes apontamentos. Disponível em: <<http://www.emea.europa.eu/humandocs/PDFs/EPAR/elaprase/H-700-pt1.pdf>> (documento anexo, grifo nosso):

Por que foi aprovado o Elaprase?

O Comité dos Medicamento para Uso Humano (CHMP) concluiu que as melhorias mostradas no estudo, embora limitadas, representam um benefício clínico no tratamento da síndrome de Hunter. Concluiu que os benefícios do Elaprase são superiores aos riscos no tratamento de longo prazo de no mercado para o medicamento.

O Elaprase foi autorizado em “Circunstâncias Excepcionais” porque, como se trata de uma doença rara, não foi possível obter informações completas acerca do Elaprase. Todos os anos, a Agência Europeia de Medicamentos (EMA) analisará quaisquer novas informações eventualmente disponibilizadas e actualizará o presente resumo conforme necessário.

Que informações se esperam ainda sobre o Elaprase?

A empresa que produz o Elaprase realizará um estudo para investigar os efeitos do Elaprase a longo prazo e para determinar se o Elaprase estimula o organismo a produzir um tipo de proteínas (anticorpos) contra o fármaco. Fará ainda um trabalho de investigação sobre a eficácia do Elaprase em vasos sanguíneos.

Que medidas estão previstas para garantir a utilização segura do Elaprase?

A empresa que produz o Elapraxe monitorizará a segurança do medicamento por meio de inquérito a longo prazo a doentes com síndrome de Hunter, que incluirá análises relativas aos efeitos do Elapraxe em doentes do sexo feminino e sobre a questão de saber se o Elapraxe pode ser utilizado com segurança em casa dos doentes.

Depreende-se das próprias conclusões do EMEA que não há evidência científica de que o medicamento irá debelar a doença, eis que ele somente melhora *ligeiramente* os sintomas.

Vale consignar também, que o registro junto a EMEA foi realizado sem que o fabricante apresentasse os estudos clínicos com as características metodológicas exigidas e necessárias para comprovar a eficácia e segurança, requisitos fundamentais no processo de registro, daí a pecha de “autorização excepcional”.

Diante de tais fatos uma conclusão se evidencia: a União poderá ser compelida a utilizar uma quantia astronômica para tratar apenas 01 (um) paciente e, ressalta-se, porque de suma importância, *o tratamento não irá curar nem, tampouco, exterminar os sintomas da doença, mas apenas minorá-los ligeiramente.*

Neste particular é impossível não questionar a quantidade de máquinas de hemodiálise, equipamentos de exames e demais medicamentos – com efetiva comprovação científica de eficácia e segurança –, que não estão sendo disponibilizados para um número muito maior de pacientes. Ou seja, como bem pontuado por Gustavo Amaral (Direito, Escassez & Escolha, Ed. Renovar, p. 84) “*mesmo que genuinamente se queira atender a todos, é necessário adotar um critério de escolha, já que atender a um é necessariamente deixar de atender a outro. O atendimento a um pleito demanda o emprego de recurso finitos.*”

Finalmente, outro questionamento que se deve fazer: sendo necessários desenvolver estudos para vislumbrar os efeitos do medicamento para a efetiva autorização junto ao EMEA, e diante da recorrência de casos de pleitos judiciais de fornecimento de tal medicamento no Brasil e de não existir em nenhum outro país do mundo o fornecimento gratuito de tal medicamento, *quem está efetivamente patrocinando o desenvolvimento da medicação, o laboratório ou o povo brasileiro?*

2.2 DA ANÁLISE EMPREENDIDA PELA ANVISA PARA REGISTRO DE MEDICAMENTO

Importante consignar que o simples registro do medicamento na ANVISA não o credencia, incontinentemente, a ser incorporado e distribuído em programa público de saúde, porque existem fundamentos diferentes para cada uma das análises.

Neste sentido, cabe à Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA – a análise sobre a segurança e a eficácia da medicação, ou seja, é de sua atribuição analisar se a utilização do medicamento traz mais benefícios do que efeitos colaterais para o paciente (segurança), assim como o efetivo combate da doença (eficácia), conforme disciplina o inciso IX do artigo 7º da Lei Federal nº 9.782/99 (artigo 3º, inciso IX do Decreto 3.029/99). Mas ressalta-se, o universo de análise empreendido pela ANVISA é restrito ao grupo de pacientes que participaram da pesquisa para desenvolvimento do medicamento, não havendo estudos acerca da utilização em um ambiente “real”.

Embora relatando o caso norteamericano, valiso transcrever o depoimento da Prof. Marcia Angell, ex-editora-chefe do conceituado *New England Journal of Medicine* e atualmente integrante do Departamento de Medicina Social da *Harvard Medical School*, no que tange aos testes efetuados pela empresas farmacêuticas para inserção de novas drogas no mercado (*in A Verdade Sobre os Laboratórios Farmacêuticos: como somos enganados e o que podemos fazer a respeito*, Ed. Record, 2008, p. 43/44):

A etapa clínica do desenvolvimento de um medicamento é regulamentada pela FDA. Pela lei, antes que uma empresa possa vender um medicamento novo, ela deve provar a esse órgão do governo que o medicamento é razoavelmente seguro e eficaz. Essa comprovação costuma exigir uma série de ensaios clínicos, que se dividem em três fases. A Fase I implica dar o medicamento a um número pequeno de voluntários geralmente normais, para a determinação de níveis seguros de dosagem e para o estudo de seu metabolismo e efeitos colaterais. (As exceções são os medicamentos para o câncer e a AIDS, que são testados em portadores da doença mesmo na Fase I.) Se o medicamento parecer promissor, ele passa para a Fase II, que envolve até algumas centenas de pacientes portadores da doença ou condição médica pertinente.

O medicamento é administrado em doses variadas, e os efeitos costumam ser comparados com os de um grupo semelhante de pacientes que não recebem o medicamento. Por fim, se tudo der certo, são realizados os ensaios clínicos da Fase III. Eles avaliam a segurança e eficácia do medicamento em números muito maiores de pacientes (de centenas a dezenas de milhares), e quase sempre envolvem um grupo de pacientes para comparação. Mas nem todos os medicamentos passam por todas as fases. Às vezes, o processo é extremamente abreviado, para um ensaio ou dois. Se eles forem bem-sucedidos, segue-se a aprovação por parte da FDA.

Os laboratórios farmacêuticos geralmente obtêm uma patente de uma nova droga antes do início dos ensaios clínicos, porque é difícil manter a informação sobre a droga em sigilo a partir desse ponto. As patentes protegem os laboratórios de concorrência durante o período de ensaios. Entretanto, os ensaios clínicos podem consumir alguns anos; e, durante esse período, o medicamento não pode ser vendido. Isso significa que os ensaios clínicos corroem parte dos vinte anos de vigência da patente de uma droga – o tempo em que ela pode ser vendida sem concorrência. Por esse motivo, os laboratórios farmacêuticos têm uma pressa terrível para ultrapassar o período dos ensaios e poder começar a comercializar a droga. E isso quer dizer que eles precisam encontrar com urgência sujeitos humanos para os ensaios.

Os laboratórios farmacêuticos não têm acesso direto a sujeitos humanos, nem empregam seus próprios médicos para executar ensaios clínicos. Eles precisam depender de médicos em hospitais universitários e consultórios particulares para realizar os estudos, usando seus próprios pacientes ou voluntários recrutados por meio de vários tipos de convite. No passado, a maioria dos ensaios era realizada em faculdades de medicina e hospitais universitários. As empresas costumavam dar bolsas para que professores pesquisadores realizassem ensaios clínicos sob o patrocínio institucional. Isso já não ocorre. Como atualmente os ensaios são muito mais numerosos e como os laboratórios farmacêuticos querem tanto completá-los rapidamente, eles transferiram grande parte de seus negócios para empresas novas, com fins lucrativos, estabelecidas exclusivamente para organizar e executar ensaios para a indústria. Essas empresas são chamadas organizações para pesquisa por contrato (CROs – em inglês, contract research organization). Em 2001, havia em torno de

mil empresas desse tipo em operação no mundo inteiro, com receitas provenientes de seus clientes, os laboratórios farmacêuticos, da ordem de U\$ 7 bilhões. Elas formam redes de médicos que, trabalhando sob a supervisão da organização, são remunerados para ministrar as drogas em estudo e colher informações sobre seus efeitos.

2.3 DA ANÁLISE EMPREENDIDA PELO MINISTÉRIO DA SAÚDE PARA INSERÇÃO DE MEDICAMENTO EM PROGRAMA PÚBLICO DE SAÚDE

Por outra banda, o Ministério da Saúde faz uma análise infinitamente mais ampla para aquilatar a incorporação de medicamentos em programas públicos, porque analisa a efetividade da medicação e o seu custo-utilidade, além de perquerir também acerca da eficácia e segurança, buscando vislumbrar os efeitos do fármaco na POPULAÇÃO das diversas partes do país (ambiente real).

As Portarias nº 2.587, de 30 de outubro de 2008, do Exmo. Ministro de Estado da Saúde e nº 13, de 19 de dezembro de 2008 (cópias em anexo), do Ilmo. Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos atribuiu à Comissão de Incorporação de Tecnologias do Ministério da Saúde – CITEC a competência de recomendar a incorporação ou retirada de produtos de saúde da lista de procedimentos do Sistema Único de Saúde – SUS e do rol de procedimentos da ANS, segundo critérios técnicos claros conforme disciplina o artigo 27 da Portaria nº 13, de 19 de dezembro de 2008, da Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde, cuja redação é a seguinte:

Art. 27 ° Nas solicitações para a incorporação e retirada de tecnologias de saúde, de revisão de diretrizes clínicas, protocolos terapêuticos e assistenciais definidas no artigo 21 desta Portaria e nos Anexos I e II da Portaria nº. 2587, de 30 de outubro de 2008, serão obrigatórias à apresentação das seguintes informações:

I - Assunto - Descrição sintética das principais características da tecnologia e suas aplicações.

II - Identificação do responsável/ instituição pela proposta:

a) pessoa jurídica: nome da instituição, CNPJ, endereço de contato, telefone e e-mail; e

b) pessoa física: nome, CPF, endereço de contato, telefone e e-mail.

III - Informar o número do registro com 13 dígitos na ANVISA, no caso de medicamentos e produtos para a saúde.

IV - Preço aprovado pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), no caso de medicamentos.

V - Apresentar relatório técnico com as evidências científicas relativas à eficácia, acurácia, efetividade e segurança, comparativas em relação a tecnologias já incorporadas.

VI - Estudos de avaliação econômica - custo-efetividade ou custo-utilidade ou custo-benefício-, quando houver alegação pelo demandante de Benefícios Terapêuticos e Custos Adicionais em relação às tecnologias já incorporadas.

VII - Estimativas de impacto econômico estimado para tecnologia proposta e correspondente comparação com a tecnologia incorporada.

Neste sentido, vale registrar que para a incorporação de medicamentos no CMDE – Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional – (o programa de medicamentos excepcionais) há a necessidade prévia de formulação de um Protocolo Clínico de Diretrizes Terapêuticas – PCDT –, onde encontra-se discriminada tanto a situação clínica a ser tratada bem como sua definição, epidemiologia, diagnóstico, potenciais complicações, morbi-mortalidade associada à doença além das causas de inclusão e exclusão do tratamento, inclusive com os benefícios esperados.

Valioso transcrever disposições da Portaria nº 2577/GM de 27 de outubro de 2006 que regula o fornecimento dos medicamentos excepcionais (grifo nosso):

7. A inclusão de novos medicamentos, a ampliação de cobertura ou de outras necessidades identificadas internamente no âmbito do Componente, a partir da solicitação de gestores, órgãos, instituições

da área de saúde e outros da sociedade organizada, deverá obedecer aos fluxos e critérios estabelecidos pelo Ministério da Saúde, em ato normativo específico.

8. A avaliação quanto à incorporação de novos medicamentos ocorrerá a partir dos preceitos da Medicina Baseada em Evidências e deverá demonstrar a eficácia e segurança do medicamento, além de vantagem com relação à opção terapêutica já disponibilizada (maior eficácia ou segurança ou menor custo) e/ou oferecer concorrência dentro de um mesmo subgrupo, como estratégia reguladora de mercado.

9. A inclusão de novos medicamentos/apresentações, ampliação de cobertura ou outras necessidades identificadas internamente ao Programa, deverá ser respaldada pela publicação dos respectivos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDTs).

10. A inclusão de medicamento para financiamento por meio do Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional será pactuada entre os gestores, na Comissão Intergestores Tripartite, e deverá considerar o impacto financeiro e a disponibilidade orçamentária dos entes envolvidos.

II - DA SOLICITAÇÃO, DA AUTORIZAÇÃO E DO FORNECIMENTO DOS MEDICAMENTOS DO COMPONENTE DE MEDICAMENTOS DE DISPENSAÇÃO EXCEPCIONAL

11. O fornecimento de medicamentos deverá obedecer aos critérios de diagnóstico, indicação e tratamento, inclusão e exclusão de pacientes, esquemas terapêuticos, monitoramento, acompanhamento e demais parâmetros contidos nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas estabelecidos pelo Ministério da Saúde para os medicamentos de dispensação excepcional, de abrangência nacional.

11.1 Os Protocolos Clínicos e Diretrizes *Terapêuticas publicados em Consulta Pública* pelo Ministério da Saúde devem ser observados pelas Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal, na regulação da dispensação dos medicamentos, desde que as

indicações e os tratamentos já estejam cobertos pelo Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional.

11.2 Os medicamentos integrantes do CMDE cujo Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) não tenha ainda sido estabelecido em caráter nacional pelo Ministério da Saúde ou publicado em Consulta Pública, deverão ser dispensados de acordo com critérios técnicos definidos pela Secretaria de Saúde dos Estados e do Distrito Federal, até a edição do respectivo protocolo nacional.

Os motivos para a elaboração dos Protocolos Clínicos de Diretrizes Terapêuticas – PCDT – decorrem do seguinte fundamentos (*in* Coleção CONASS: Progestores para entender a gestão do SUS, vol. 7, p. 121):

A variação da prática clínica desenvolvida a partir de diferentes realidades e espaços, onde o ensino médico e a assistência de desenrolam, é enorme. Contribuem para esta variação diversos fatores como a formação profissional do próprio prescriptor, sua experiências anteriores, seu grau de acesso à informação e à educação médica continuada, a realidade assistencial na qual está inserido, sua relação médico-paciente, sua suscetibilidade às pressões e *marketing* da indústria farmacêutica, entre outros.

As implicações desta variação no resultado final da assistência prestada e na gestão/planejamento de programas de assistência farmacêutica são extremamente importantes. De um lado se sabe que a variabilidade sem limites/parâmetros estabelecidos conduz à elevação dos custos da assistência e, eventualmente, a intervenções pouco eficazes. De outro lado, a imprevisibilidade da prescrição acarreta enormes dificuldades para que o gestor planeje suas ações, programe a aquisição de medicamentos e preste uma assistência adequada de acordo com sua disponibilidades do paciente.

Com estes apontamentos nota-se, também, a tríplice função dos Protocolos Clínicos de Diretrizes Terapêuticas, quais sejam:

Função Gerencial: ao criar padrões de assistência e reduzir a variabilidade da prática clínica permite, cotejando com os dados epidemiológicos existentes juntamente com a série histórica de

casos atendidos, realizar uma programação das necessidades dos medicamentos envolvidos.

Função Educacional: estando baseados na realidade epidemiológica e naquilo que a literatura médica denomina de “Medicina Baseada em Evidências”, auxilia na disseminação do conhecimento médico e no processo de educação continuada do médico e do farmacêuto, ampliando o espírito crítico dos médicos em relação à própria literatura médica e aos ensaios clínicos realizados.

Função Legal: fato público e notório é a judicialização de questões relativas aos serviços e insumos de saúde, sendo o debate franco e aberto com o Poder Judiciário essencial para a redução das demandas, a partir da demonstração da seriedade da metodologia empregada para a confecção do PCDT e sua importância para a qualificação da assistência farmacêutica a ser prestada.

Imperioso consignar que o PCDT não é formulado única e exclusivamente por servidores públicos técnicos do Ministério da Saúde, havendo a fase em que há uma Consulta Pública oportunizando a todos os segmentos da sociedade debater acerca da proposta apresentada, ressaltando daí o caráter democrático do PCDT. **PORTANTO, AO CONTRÁRIO DA AFIRMAÇÃO DO MPF, NÃO SE TRATAR DE UM MERO PROCEDIMENTO BUROCRÁTICO.**

Aliás, a busca por métodos de conciliar informações da área médica a fim de padronizar condutas também é o escopo do denominado “Projeto Diretriz”¹, de iniciativa conjunta da Associação Médica Brasileira e Conselho Federal de Medicina.

Neste diapasão é importante tratar o princípio da INTEGRALIDADE com seriedade, sendo certo que o seu sentido semântico, a partir do conceito de assistência farmacêutica em programas públicos de saúde, **NÃO REPRESENTA TODO MEDICAMENTO EXISTENTE NO MERCADO.**

1 O objetivo do Projeto Diretriz, segundo consta no sítio eletrônico da Associação Médica Brasileira <http://www.projetoDiretrizes.org.br/rojetodiretrizes/texto_introdutorio.pdf>, é “conciliar informações da área médica a fim de padronizar condutas que auxiliem o raciocínio e a tomada de decisão do médico”, tendo como sustentáculo as Diretrizes Médicas elaboradas, junto às Sociedades de Especialidade, com base nas evidências científicas disponíveis na atualidade.

A Organização Pan-Americana da Saúde (Opas) propõe que as carteiras de serviços sejam definidas de acordo com as prioridades das políticas de saúde, com as evidências disponíveis acerca da efetividade e custos das tecnologias e com as preferências e os valores da sociedade, sendo certo que países desenvolvidos com sistema público de saúde semelhantes ao SUS também adotam o mesmo sentido para a INTEGRALIDADE, sendo eles: Holanda, Suécia, Canadá e Espanha.

Valioso transcrever a conceituação de integralidade segundo o CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde (*in* SUS: avanços e desafios, 2006, CONASS, p. 76):

Nas últimas décadas, contudo, frutod as profundas mudanças políticas e econômicas no mundo, foi se impondo uma nova integralidade em que os serviços ofertados aos cidadãos passaram a ser definidos por critérios de efetividade e aceitabilidade social. Assim se reconhece que os sistemas de saúde não devem nem podem ofertar todas sa pessoas a totalidade de serviços disponíveis. Essa nova integralidade rejeita, por igual, o racionamento de serviços de saúde, técnica e socialmente necessários, a grupos inteiros da população, especialmente excluídos por níveis sócio-econômicos (*World Health Organization, 2000*). Por isso, afasta, por indesejável e eticamente injustificável, a proposta de cestas básicas de serviços de saúde que fizeram parte das reformas do setor nos anos 90 (Banco Mundial, 1993).

Alia-se a tal fundamento a existência de limitações materiais intrasponíveis, sendo necessário transcrever as lúcidas ponderações de Luciano Benetti Timm (*in* Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”, Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm Orgs., Ed. Livraria do Advogado, 2008, fl. 59):

Normalmente contra esse argumento da escassez de recursos vem o senso comum contra fático do brasileiro de que o país é rico e o grande problema é a corrupção e ou a má distribuição de renda. Assim, basta que um juiz dê uma ordem e o membro deo Poder Executivo “dará um jeito” de conseguir as verbas sob o risco iminente de ser preso já que “dinheiro há, o problema é que ele é mal administrado”. Talvez isso não devesse ser enfrentado por um artigo com pretensão científica. Mas de tão freqüente e repetido nas

salas de aula de Direito está se tornando uma verdade que merece ser rejeitada (parcialmente).

Este senso comum peca na premissa. O Brasil tem bastante diferença social sim, mas, por outro lado, tem mobilidade social alta – o que indica dispersão da renda ao longo do tempo. E o Brasil infelizmente não é um país rico. Se a distribuição de renda fosse perfeita (máxima e eficiente) nós chegaríamos a uma distribuição de renda igual à renda per capita do país que hoje é de R\$12.000,00 a R\$ 14.000,00 (cerca de U\$ 7.000,00) por ano, portanto, longe ainda de países ricos (que ficam na casa dos U\$ 20.000,00).

Finalmente, vale transcrever notícia jornalística publicada pelo Estadão on-line acerca da interrupção do fornecimento gratuito de medicação para o tratamento de câncer pelo Governo do Reino Unido, a fim de demonstrar que a integralidade conhece limites, até mesmo em países ricos:

Estadão - online

quinta-feira, 7 de agosto de 2008, 16:21 | Online

Remédios de câncer não são mais oferecidos no Reino Unido

Sistema Saúde britânico argumenta que remédios são muito caros, apesar de prolongarem a vida de pacientes

LONDRES - O Sistema Nacional de Saúde britânico (NHS) causou polêmica nesta quinta-feira, 7, ao anunciar que deixará de disponibilizar para as pessoas com câncer de rim quatro remédios que podem prolongar suas vidas, pois argumenta que eles são caros demais.

Grupos de pacientes que têm a doença afirmaram que a decisão, tomada pelo Instituto Nacional de Saúde e Excelência Clínica (Nice, na sigla em inglês) e que será aplicada na Inglaterra e no País de Gales, condenará muitas pessoas à “morte antecipada”.

Os quatro remédios são Sutent, Avastin, Nexavar e Torisel e podem prolongar em até dois anos a vida dos pacientes que têm câncer

de rim, embora não curem a doença caso ela esteja em estado avançado.

O Nice afirma que os medicamentos representam uma despesa excessiva para o NHS, calculada em 24 mil libras (aproximadamente 30,2 mil euros) ao ano por paciente, e não oferecem uma boa relação qualidade-preço.

“Apesar de estes medicamentos serem clinicamente eficazes, infelizmente em termos de custos não podem ser assumidos pelo NHS”, disse o professor Peter Littlejohns, diretor do Nice.

Pat Hanlon, da organização Kidney Cancer UK, que se dedica à luta contra o câncer de rim, afirmou que a decisão terá “um impacto devastador nos pacientes”.

Para o professor John Wagstaff, do Instituto do Câncer do Sul do País de Gales, ‘esta decisão significa que o Reino Unido terá os piores índices de sobrevivência (para este tipo de câncer) na Europa’.

James Whale, um conhecido apresentador de rádio britânico que contraiu câncer no rim em 2000, disse que remédios como o Sutent proporcionaram “esperança para o futuro” a muitas famílias e pediu ao Nice para mudar a decisão.

O sistema de saúde britânica diagnostica câncer renal em mais de sete mil pessoas a cada ano, das quais 1,7 mil chegam ao hospital com a doença em estado avançado.

2.4 DA EXISTÊNCIA DE REGULAÇÃO PARA O TRATAMENTO

Urge pontuar, ainda, que o Ministério da Saúde editou a Portaria MS/GM nº 81, de 20 de janeiro de 2009 (documento em anexo), que instituiu no âmbito do SUS a Política Nacional de Atenção Integral em Genética, prevendo que, por meio de Protocolos Clínicos a serem elaborados pela SAS/MS, os Centros de Referência e Serviços de Atenção Especializada em Genética Clínica deverão oferecer diagnóstico e tratamento para as doenças tratáveis, atuando em aconselhamento genético, anomalias congênitas, deficiência mental e erros inatos do metabolismo.

Ou seja, a política pública proposta não vai prever apenas o fornecimento da medicação para os portadores de Mucopolissacaridose, mas sim a assistência integral às doenças genéticas. Aduz também que a responsabilidade por tal política é de responsabilidade dos Municípios, dos Estados, do Distrito Federal e da União, a partir da decisão tomada pela Comissão Intergestores Tripartite – CIT, em reunião ordinária de 27 de novembro de 2008.

3 CONCLUSÃO

Por todo exposto, embora fundamentada em princípios jurídicos fluídos (pendentes de concretização no caso concreto a partir da Medicina Baseada em Evidências e de todo o fluxo de informações/atribuições instituído pela Portaria MS/GM nº 81), a pretensão do Ministério Público Federal, sem a precedente elaboração do PCDT, do impacto orçamentário de incorporação da medicação e das previsões contidas na regulação específica da matéria, mostra-se potencialmente lesiva à saúde pública e capaz de efetivar grave lesão à ordem.

Diante do exposto:

- a) Encaminhem-se cópia deste parecer e dos documentos que o instruem para a PU no Estado do Paraná, inclusive pelo e-mail (jair.pierotto@agu.gov.br e pu.pr@agu.gov.br), para auxiliar a manifestação da União.

Outrossim, diante dos indícios de haver pleito judicial de pacientes que participaram da pesquisa com o medicamento e que portanto deveriam receber gratuitamente o fármaco do laboratório farmacêutico, *solicita-se que a PU PR requeira ao Juiz condutor do feito AUTORIZAÇÃO*, a fim de que a Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde tenha acesso ao nome de todos os pacientes que participaram da pesquisa no Brasil para o registro/pesquisa da IDURSULFASE (Elapraxe), junto a CONEP – Comissão Nacional de Ética em Pesquisa, possibilitando à União adotar as medidas processuais cabíveis em face da Sociedade Empresária Farmacêutica.

- b) Remeta-se cópia dos autos para a SCTIE, solicitando que encaminhe para a CONJUR, até o dia 20/05/2009 todas as informações técnicas sobre o caso vertente.

-
- c) A remessa dos autos para a SAS, solicitando informações acerca da formulação do Protocolo Clínico em relação à Política Nacional de Atenção Integral em Genética e, em especial, para tratamento da Mucopolissacaridose tipo II.

Brasília, 13 de maio de 2009.

Ciro Carvalho Miranda
Advogado da União

JURISPRUDÊNCIA

**O INDEFERIMENTO DA ANTECIPAÇÃO
DOS EFEITOS DA TUTELA NAS
AÇÕES DE SAÚDE**

Maria Leiliane Xavier Cordeiro
Advogada da União
Coordenadora de Assuntos Judiciais do Ministério da Saúde

INTRODUÇÃO

O direito à saúde se traduz como uma das garantias sociais prioritárias consagradas pela Constituição Federal de 1988, sendo dever do Poder Público garantir o acesso universal e igualitário dos cidadãos aos meios de tratamento, ações e serviços de saúde. Neste sentido, os artigos 196 e seguintes da Constituição delinearão os parâmetros gerais de acesso à saúde pública, de forma que, constatado o não atendimento destes preceitos pelo Estado (Poder Executivo), cabe ao cidadão buscar a concretização de seu direito por meio do acesso à justiça.

Nos últimos anos, seja em razão das reconhecidas falhas do sistema de saúde público brasileiro, seja em razão da conscientização social de acesso às vias judiciais, estruturou-se um crescente movimento de judicialização das políticas públicas de saúde. Dados da Coordenação de Medicamentos e Correlatos do Ministério da Saúde (COMEC/MS), demonstram que entre o ano de 2005 e o mês de junho de 2008, houve uma evolução de quase 300% no número de ações judiciais que compelem a União a financiar medicamentos mediante a aquisição direta dos insumos¹, com valores unitários que variam de menos de dois até quase um milhão de reais, excluindo-se os custos de publicação no Diário Oficial, da dispensa de licitação e do envio postal dos insumos para a residência do autor.

Esta crescente perspectiva de judicialização da saúde alcançou patamares tão impressionantes que recentemente o presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Gilmar Mendes, designou audiência pública para discussão de uma série de questões pertinentes ao funcionamento do Sistema Único de Saúde brasileiro e os limites da atuação judicial nesta matéria. A referida audiência, realizada nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009, além de representar uma extraordinária oportunidade de exercício da democracia, proporcionando o debate entre os diversos atores sociais e políticos envolvidos na questão, despertou ainda a atenção da sociedade para tão relevante matéria.

1 Estudo comparativo elaborado pela Coordenação de Suprimentos de Medicamentos e Correlatos/Coordenação de Recursos Logísticos/Subsecretaria de Assuntos Administrativos/Secretaria Executiva enviado para apreciação da Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde. É importante ressaltar que esse quantitativo não inclui os processos judiciais no qual a União foi condenada a efetuar o cumprimento da decisão mediante depósito judicial do valor dos insumos e/ou tratamento médico

Não se duvida que o Poder Judiciário exerça um relevante e indispensável papel no interior do Estado Democrático de Direito ao procurar efetivar os direitos dos cidadãos que não foram atendidos de forma satisfatória pela legislação vigente ou pela política de execução. Desta forma, respeitando a clássica teoria da separação dos poderes, compete ao Poder Judiciário suprir as omissões flagrantes dos demais poderes constituídos *onde* e *quando* elas existirem, de forma que a sociedade não seja prejudicada na efetivação de seus direitos.

Ocorre, entretanto, que no afã de catalisar a concretização dos direitos fundamentais, muitas vezes os membros do Poder Judiciário extrapolam a competência de simplesmente implementá-los. Não raro percebe-se que as decisões se propõem a legislar sobre determinadas matérias (alterando dispositivos de leis ou portarias). Outras vezes, a decisão judicial chega ao ponto de atribuir ao Poder Executivo encargos financeiros e estruturais nem sempre viáveis de se executar.

Neste ínterim, destaca-se ainda a questão da implementação do financeiramente possível. Tal teoria, muitas vezes, tomada por insensível e protelatória, vem sendo cada vez mais rechaçada pela fundamentação dos julgamentos e decisões. Ocorre, entretanto, que não se vem observando outro prisma desta polêmica: a teoria da reserva do possível não se propõe a contrapor, de um lado, a previsão orçamentária do Estado, e do outro, a vida ou a saúde do indivíduo. A forma como estão sendo realocados recursos para o atendimento individualizado de um só paciente afeta diretamente a não prestação dos mesmos direitos (ou seja, vida e saúde) à coletividade. Por esta razão, a teoria da reserva do possível realiza uma ponderação entre direitos exatamente equivalentes, com a diferença que teremos, de um lado, o direito à saúde de um cidadão e no prato oposto da balança o direito a saúde do restante da sociedade.

A pergunta que o intérprete e aplicador da lei deve fazer não se restringe à quanto do orçamento pode ser disponibilizado em benefício da saúde individual. Não se deve atribuir valor à vida ou à saúde do autor. A responsabilidade do membro do Poder Judiciário vai muito além da saúde do demandante, pois o reflexo de uma determinada decisão repercute para toda a sociedade.

Estas seriam apenas alguns dos questionamentos a serem propostos ao julgador no momento da apreciação da liminar:

- a) O acesso *universal* à saúde previsto na norma constitucional representa a concessão ilimitada aos meios e recursos públicos (por exemplo, medicamentos ou tratamentos em fase experimental, sem eficácia clínica comprovada, não existentes no Brasil ou sem registro na ANVISA)?
- b) Se o acesso universal for tomado como ilimitado, até que ponto ele será *igualitário*? Por meio da inserção judicial de medicamentos, será que todos os indivíduos terão direito às mesmas ações e serviços de saúde?
- c) Realizando uma ponderação, é mais interessante que o Estado ofereça meios curativos e preventivos para um maior número de doenças e que estes sejam disponibilizados a toda a coletividade, ou que se disponibilize os meios mais modernos de tratamento para apenas algumas doenças e que estejam acessíveis a um restrito número de indivíduos?

Para ilustrar estas e outras questões afetas ao problema da judicialização das ações de saúde, trazemos a decisão do Juiz Federal Substituto da Vara Federal de Criciúma/SC, Germano Alberton Júnior. Apesar de representar um posicionamento relativamente isolado diante do imenso quantitativo de tutelas antecipadas concedidas, referido julgado demonstra que começam a despontar lentamente as primeiras decisões que se preocupam em realizar uma análise estrutural, técnica e jurídica e não simplesmente entusiástica a respeito dos requisitos preliminares a serem considerados antes da concessão da tutela jurídica que constanja o Poder Público a prestar o atendimento de saúde particularizado.

DECISÃO

ACÇÃO ORDINÁRIA (PROCEDIMENTO COMUM
ORDINÁRIO) Nº 2009.72.04.000338-1/SC. DECISÃO
(LIMINAR/ANTECIPAÇÃO DA TUTELA).

Cuida-se de ação ordinária proposta contra a UNIÃO, Estado de Santa Catarina e Município de Praia Grande, visando ao recebimento do medicamento TARCEVA® (Erlotinib), uma vez que é portador de neoplasia de pulmão. Acostou aos autos os documentos de fls.19-72. Vieram, então, os autos conclusos. Medicamentos.

O direito fundamental à saúde consta de cláusula expressa na Constituição Federal, mais precisamente em seu artigo 196, que possui a seguinte redação: “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” (grifo nosso)

O dispositivo assegura aos indivíduos ações de promoção, proteção e recuperação da saúde e atribui ao Estado a obrigação de cumprir tais ações. O Supremo Tribunal Federal ao se manifestar acerca da efetividade do dispositivo, tem, reiteradamente, declarado tratar-se de norma de eficácia imediata, apta a conferir direitos subjetivos aos indivíduos.

[...]

- O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

[...] (RE 393175 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/12/2006, DJ 02-02-2007 PP-00140 EMENT VOL-02262-08 PP-01524).

O precedente não deixa dúvidas acerca do direito subjetivo dos indivíduos, frente ao Poder Público, de receber deste os meios adequados e necessários à proteção da saúde. Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal reconhece a justiciabilidade desse direito, ou seja, a possibilidade de obter, no Poder Judiciário, proteção contra eventual lesão (por ação ou omissão) ou ameaça de lesão. O enunciado normativo veicula, inegavelmente, um princípio (espécie de norma, assim como as regras) que, por estar localizado dentro do texto constitucional, pode ser enquadrado como princípio constitucional. Princípio este, que trata de direito reconhecido como de direito fundamental.

[...]

- O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

[...] (RE-AgR 393175/RS. Min.CELSO DE MELLO. Julgamento: 12/12/2006. Segunda Turma).

A natureza de norma-princípio de direito fundamental do comando do art. 196 resulta num dever de otimização, ou seja, num dever de máxima efetivação possível dos fins nele previstos, observadas as limitações fáticas e jurídicas, conforme lição de ALEXY: “O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípio e que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por tanto, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento no solo depende das possibilidades reais senão também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos.” (ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Tradução para o espanhol de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, reimpressão de 2002, p. 86).

O artigo 196 da Constituição Federal, por ter natureza de princípio, assegura que todos os indivíduos receberão do Estado tratamento de enfermidades, já que essa interpretação proporciona máxima otimização quanto aos beneficiários da norma. A norma constitucional não permite leitura no sentido de que apenas parte dos indivíduos teria direito ao atendimento de saúde pelo Estado. Interpretação neste sentido violaria, inclusive, o art. 5º que assegura a isonomia de tratamento entre os indivíduos. [...]

Nesse sentido, a Ministra Ellen Gracie, na STA 91, ressaltou que, no seu entendimento, o art. 196 da Constituição refere-se, em princípio,

à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo. (STA 91-1/AL, Ministra Ellen Gracie, DJ 26.02.2007). [...] (Decisão monocrática em Suspensão de Tutela Antecipada 278-6/AL. Ministro GILMAR MENDES. 22.10.2008).

O mesmo enunciado normativo não permite, sem ferimento ao mandado otimização, exclusão de atendimento quanto ao tipo de enfermidade. O texto da norma refere à obrigação de “redução do risco de doença e de outros agravos” à saúde. Neste sentido, o Estado está constitucionalmente obrigado a promover atendimento de saúde para todas as doenças e agravos. Não há limite de cobertura quanto ao tipo de doença ou agravo.

Pelos argumentos até aqui apresentados tem-se como inafastável, a conclusão no sentido de que todos os indivíduos têm direito a receber do Estado tratamento de saúde para todas as enfermidades e agravos.

Ocorre que a questão, não se esgota no “para quem” e no “para que” o Estado deve fornecer tratamento; é preciso delimitar “o que” deve ser fornecido. A discussão sobre “o que” se deve fornecer, na verdade, veicula questão quanto aos meios para o atendimento da norma constitucional. Se há apenas um meio possível a questão se resolve de forma simples, ou seja, com a adoção do meio. Mas, quando são vários os meios possíveis para atendimento de um fim abre-se a possibilidade de escolha. E a possibilidade de escolha envolve, de um lado, a competência para escolha, ou seja, “quem escolhe” e, de outro, a forma dessa escolha “como se escolhe”.

A Constituição, em se tratando de implementação de políticas para promoção do direito fundamental à saúde, estabeleceu atribuição do Poder Legislativo e, primordialmente, do Poder Executivo para a realização dessa função. O Poder Legislativo tem competência para criar e delinear a amplitude de políticas públicas voltadas à promoção da saúde. Já o Poder Executivo, de forma mais efetiva e minuciosa é que, por meio de seus órgãos, realiza, na prática, a escolha dos meios que respeitem a norma constitucional e as normas regulamentadoras eventualmente editadas. Essa seleção de meios, todavia, não pode ser realizada de forma aleatória e arbitrária, ou seja, devem ser afastadas as escolhas que não sejam adequadas, necessárias ou proporcionais em sentido estrito (preceito da proporcionalidade).

A adequação do meio escolhido resta caracterizada quando demonstrada a eficácia do tratamento para a cura ou para o controle da doença. Neste ponto, cabe fixar que, havendo possibilidade de cura, o meio somente pode ser considerado adequado se for apto a isso. O meio que apenas represente controle de uma doença curável não pode ser considerado igualmente adequado. A necessidade do meio liga-se à regra que afasta a utilização de um meio que restringe outros princípios ou regras em favor do meio que não gera tais restrições. Assim, havendo dois meios possíveis, leia-se igualmente adequados, o Estado deve optar pelo que, por exemplo, represente menor custo ao Erário ou que cause menores efeitos colaterais para o paciente.

A propósito, as reações adversas de um determinado medicamento constituem elemento a ser considerado no subpreceito necessidade e não no subpreceito adequação, pois, neste, o que se avalia é a eficácia do medicamento em relação à enfermidade e não suas consequências em relação a outras funções do organismo, o que pode representar restrição a outros direitos.

Por fim, havendo vários meios que atendem de forma desigual ao fim pretendido e possuindo eles reflexos restritivos distintos quanto a outras normas necessário recorrer ao subpreceito da proporcionalidade em sentido estrito. Neste subpreceito, haverá a ponderação entre os interesses em jogo, de modo que um seja reconhecido como prevalente nas condições concretas.

A possibilidade de realização da ponderação pressupõe que nenhum direito seja absoluto, ou seja, que inexistam direitos assegurados constitucionalmente que, em quaisquer circunstâncias, devam ser privilegiados em detrimento de qualquer outro direito.

O Supremo Tribunal Federal já afastou, de forma exaustiva, a possibilidade de existência de direitos absolutos:

[...]

4. Ademais, não se pode esquecer que não há direitos absolutos, ilimitados e ilimitáveis.

[...]

(ADI 2566 MC, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2002, DJ 27-02-2004 PP-00020 EMENT VOL-02141-03 PP-00570).

[...]

6. Na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no art. 5º, da Constituição Federal, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos. Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais neste contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídico-valorativa.

[...]

(HC 93250, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 10/06/2008, DJe-117 DIVULG 26-06-2008 PUBLIC 27-06-2008 EMENT VOL-02325-04 PP-00644).

[...]

2. Inexistem garantias e direitos absolutos. As razões de relevante interesse público ou as exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades permitem, ainda que excepcionalmente, a restrição de prerrogativas individuais ou coletivas. Não há, portanto, violação do princípio da supremacia do interesse público.

[...]

(RE 455283 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 28/03/2006, DJ 05-05-2006 PP-00039 EMENT VOL-02231-05 PP-00947).

Esse reconhecimento implica em que, por força de dispositivos da própria Constituição, é possível que determinado direito fundamental nela previsto seja relativizado, em uma dada circunstância, em favor da aplicação de uma outra norma constitucional.

Mesmo o direito à vida não é absoluto:

Art. 5º. [...]

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

Em vários momentos a própria Constituição realiza a ponderação estabelecendo a prevalência de um direito em relação a outro em determinada circunstância. Cito como exemplo:

Art. 5º.

[...]

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

[...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

Noutros casos, é o próprio interprete que tem, em havendo colisão entre princípios, que realizar a ponderação, que deve vir acompanhada da necessária argumentação a fim de que sejam conhecidas e controladas as razões apresentadas para a escolha.

O que é certo é que, quanto mais próximo se chega da neutralização de um direito, maior deverá ser o grau de importância de manutenção do outro direito em colisão; maior será, conseqüentemente, a carga argumentativa necessária para a justificação de tal grau de restrição.

No caso do direito à saúde, existindo vários meios com diferentes níveis de eficácia estaria o Estado, obrigado a disponibilizar o

melhor meio?

A princípio, sim.

É que o Estado está obrigado a disponibilizar o meio que mais promove do direito, isso como decorrência do mandato de otimização. Havendo vários meios os adequados, a escolha do melhor promove de forma mais intensa a norma constitucional. Se, de outro lado, o melhor meio for dezenas de vezes mais caro (restringe, portanto, de forma mais intensa outros direitos) que um segundo meio, nasce um problema que exige recurso à ponderação dos interesses em jogo a fim de estabelecer se a promoção do direito à saúde justifica o grau de restrição do outro direito.

É preciso avaliar se a importância da promoção do direito à saúde, no caso concreto, justifica a intensidade de restrição de outras normas constitucionais, tais como as vinculadas ao princípio orçamentário, ao princípio democrático e à igualdade e outros. A realização da ponderação, nesse contexto, exige que sejam relacionadas e avaliadas as diversas circunstâncias presentes no caso concreto.

O relatório médico acostado à fl. 30 afirma que a parte autora já se submeteu a duas linhas de tratamento com medicamentos quimioterápicos antineoplásicos disponibilizados pelo SUS. Todavia, diante de alegada ineficácia dos medicamentos pretende ter acesso a medicamentos para quimioterapia de terceira linha.

O medicamento pretendido, no caso, é o TARCEVA® (Erlotinibe).

Preliminarmente, cumpre apresentar de forma breve as ações estatais previstas para o tratamento dos pacientes com câncer.

A Portaria nº 2.439/GM, de 8 de dezembro de 2005, instituiu a Política Nacional e Atenção Oncológica, traçando diretrizes para promoção, prevenção, diagnóstico, tratamento, reabilitação e cuidados paliativos a serem implantadas pelos órgãos do SUS. Regulamentando a Política Nacional de Atenção Oncológica, a Portaria nº 741/GM, 19 de dezembro de 2005, definiu as “unidades de assistência de alta complexidade em oncologia”, os “centros de assistência de alta complexidade em oncologia” (CACON) e os “Centros de Referência de alta complexidade em oncologia”,

especificando os procedimentos que podem realizar e as normas para se credenciar no Programa. Diferentemente de outros programas, a Atenção Oncológica não “padroniza” medicamentos, ou seja, não elabora uma lista de medicamentos que poderão ser disponibilizados aos pacientes.

Em tese, qualquer estratégia terapêutica (incluindo medicamentos) pode ser adotada pelo médico, entretanto, o ressarcimento pelo somente irá ocorrer nos limites estabelecidos. Assim, instituições credenciadas ao prestarem serviços oncológicos ao Sistema Único de Saúde escolhem os fármacos necessários à quimioterapia ou aos outros procedimentos e, posteriormente, requerem ao SUS o ressarcimento do valor gasto. Na prática, acabam escolhendo apenas os tratamentos cujos custos encontram-se dentro dos limites estabelecidos para ressarcimento pelo SUS. Na hipótese dos autos, o medicamento requerido, ultrapassa os limites de valores para tratamento transferidos pelo SUS para as instituições conveniadas.

A questão que se descortina, então, é saber se a norma constitucional assegura, ao indivíduo, direito subjetivo de acesso a tratamentos/medicamentos cujo valor ultrapasse o limite de custeio individual na forma estabelecida pelo programa de Atenção Oncológica.

Embora o programa de Atenção Oncológica não realize escolha de medicamentos e terapias, o fato de estabelecer um valor teto para o ressarcimento implica, na prática, numa escolha, qual seja, a de todos os meios cujos valores sejam inferiores aos limites estabelecidos. Assim, de acordo com os limites estabelecidos, tem-se uma redução ou ampliação da cobertura quanto aos tipos de terapias disponíveis. Um valor muito pequeno pode representar ausência de possibilidade de tratamento. Portanto, a questão trazida aos autos é a de saber se os limites estabelecidos pelo Programa de Atenção Oncológica são constitucionais, ou, dito de outra forma, se os valores teto permitem a disponibilização de um tratamento oncológico que promova o direito fundamental à saúde.

Numa primeira análise, tem-se que o Programa de Atenção Oncológica na forma em que está constituído disponibiliza tratamento que promove o direito à saúde, previsto no art. 196 da Constituição Federal, uma vez que os valores disponibilizados permitem uma ampla gama de terapias e medicamentos para a quase

totalidade dos casos de câncer. Os tratamentos disponibilizados atendem aos consensos médicos acerca de cada tipo de enfermidade. É sabido que para além dos tratamentos disponibilizados, sempre ou quase sempre é possível a utilização de alguma terapia a mais, em alguns casos terapias experimentais e com pequenos percentuais de sobrevida ou de melhora de qualidade de vida.

Ocorre que, a princípio, a negativa de disponibilização dessa última linha de tratamento não se apresenta inconstitucional, uma vez que limitações fáticas e jurídicas pesam em favor da não restrição de outros direitos também previstos constitucionalmente e que merecem promoção, fato que ficaria prejudicado pela utilização dos recursos financeiros para custeio dos tratamentos de “resgate”, em regra, extremamente dispendiosos.

No caso da Política de Atenção Oncológica é preciso distinguir a prestação de procedimentos baseados em tratamentos regulares do câncer da prestação de procedimentos baseados no que DWORKIN chama de “princípio do resgate”: Há milênios, os médicos fazem, no mínimo, apologias a uma justiça ideal na medicina, que chamarei de princípio do resgate. Ele tem duas partes vinculantes. A primeira afirma que a vida e a saúde são, como definiu René Descartes, os bens mais importantes: todo o resto tem menor importância e deve ser sacrificado em favor desses dois bens. A segunda afirma com veemência que se deve distribuir assistência médica com equidade, que mesmo em uma sociedade na qual as riquezas sejam muito desiguais e se deboche da igualdade, não se deve negar a ninguém a assistência médica, de que precisa só por ser pobre demais para custeá-la. São ideais compreensíveis e até nobres. Baseiam-se no conhecimento humano geral dos horrores da dor e, além disso, se serem a vida e a saúde indispensáveis a tudo mais que fazemos. (DWORKIN, Ronald. *Virtude soberana - a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes. 2005, p. 434 - destaque meu).

Esse princípio do resgate, segundo DWORKIN diz que:

[...] devemos gastar tudo o que pudermos até que não seja mais possível pagar nenhuma melhora de saúde ou na expectativa de vida. (DWORKIN, Ronald. *Virtude soberana - a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes. 2005, p. 435 - destaque

meu).

Constata, todavia, que: Nenhuma sociedade sadia tentaria alcançar esse padrão, da mesma forma que uma pessoa sadia também não organizaria a própria vida segundo tal princípio.

[...]

Assim, a resposta do princípio do resgate à pergunta de quanto a sociedade deve gastar com assistência médica em geral deve ser descartada por inaceitável. (DWORKIN, Ronald. *Virtude soberana - a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes. 2005, p. 435 - destaque meu).

E acrescenta: É claro que a maioria das pessoas gostaria de viver esses meses adicionais se não adoecessem: a maioria quer continuar viva o máximo possível, contanto que permaneçam conscientes e alertas, e a dor não seja grande demais. As pessoas prudentes, porém, não quereriam garantir esses meses adicionais à custa de sacrifícios durante a juventude, quando estão em pleno vigor, embora, novamente, decerto desejaríamos que o seguro oferecesse os tratamentos bem menos dispendiosos que manteria seu conforto e as afastasse da dor o máximo possível. (DWORKIN, Ronald. *Virtude soberana - a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes. 2005, p. 443 - destaque meu). Decisões com base princípio do resgate representam, na verdade, o reconhecimento de que o direito à saúde constitui-se de princípio absoluto, o que não pode ser reconhecido como constitucionalmente acolhido.

Em regra a Política de Atenção Oncológica disponibiliza meios que se constituem em terapias regulares e até avançadas na cura e no controle do câncer. Não se trata de um plano baseado no princípio do resgate. Trata-se de um, plano mediano e eficiente que promove o direito fundamental à saúde dos pacientes. Ainda que, eventualmente, de acordo com as condições do paciente, mesmo essas terapias não passem de paliativos não se pode considerar que o Estado brasileiro tenha optado por um programa baseado no princípio do resgate.

Pertinente mencionar a seguinte passagem em que o Ministro GILMAR MENDES reconhece que não existe direito absoluto à saúde, reforçando a conclusão de que o sistema não está obrigado,

constitucionalmente, a disponibilizar qualquer tratamento:

[...]

Não obstante, esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas. Ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde.

[...]

(Decisão monocrática em Suspensão de Tutela Antecipada 278-6/AL. Ministro GILMAR MENDES. 22.10.2008).

Uma das principais limitações em sede de prestações estatais é a insuficiência de recursos financeiros. Os recursos de que dispõe o Estado são escassos e insuficientes ao atendimento de todas as necessidades dos indivíduos, motivo pelo qual devem ser distribuídos e utilizados em todas as áreas nas quais o Estado esteja obrigado a atuar.

Há a possibilidade teórica de uma decisão no sentido de que uma determinada área de atuação estatal tenha todos os seus recursos redirecionados a outra(s) atividade(s)? Neste sentido, seria possível uma decisão que direcionasse todos os recursos de uma outra área para a de saúde?

A natureza não absoluta dos direitos indica que sim, todavia, é difícil imaginar uma situação em que haja a possibilidade de uma decisão nesse sentido com argumentação em grau suficiente ao reconhecimento de sua constitucionalidade.

Independentemente da possibilidade de prova em sentido contrário durante a instrução, tem-se, como pressuposto, que os recursos públicos destinados ao custeio das ações de saúde são escassos, limitados e que foram devidamente destinados e vinculados aos programas oficiais. Estabelecido esse pressuposto, qualquer ampliação na cobertura proporcionada pelos programas oficiais

de saúde representa comprometimento de verbas vinculadas, orçamentariamente, a outras finalidades, também contempladas constitucionalmente.

Somente se demonstrado que a ausência do tratamento pretendido implica em numa omissão quanto aos protocolos regulares de tratamento da doença é que se poderia entender como desproporcionais os limites do Programa de Atenção Oncológica.

Essa parece não ser a situação dos autos.

Dos documentos constantes nos autos, ressalto os seguintes dados fáticos como imprescindíveis para a análise do pedido:

a) a parte autora é portadora de neoplasia de pulmão CID C 34.9, em estágio IV com metástases pulmonares (fl. 24);

b) foram realizadas a primeira e segunda linhas de quimioterapia, entretanto

verificou-se a progressão da doença (fl. 24);

c) foi receitado o medicamento Erlotinib (TARCEVA®) por período indeterminado;

d) O relatório medido juntado aos autos traz a informação de que em pesquisa (Fase III) no grupo pesquisado o medicamento proporcionou sobrevida de 1 (um) ano em de 31% dos pacientes, percentual apenas 9 pontos percentuais superior ao obtido com uso do placebo, que foi de 22% dos pacientes (fl. 24).

d) o custo do tratamento para cada trinta dias é de R\$ 6.500,00(seis mil quinhentos reais).

e) o SUS disponibiliza tratamento para pacientes com câncer de pulmão (fl. 27). A CID C34.9 (neoplasia maligna dos brônquios ou pulmões, não especificado) indica carcinoma de pulmão com metástase (categoria M1 na TNM - Classification of Malignant Tumours). O relatório médico não informa se se trata de câncer de “pequenas células” ou de “não-pequenas células” (85% dos casos).

Informação colhida junto ao sítio do Instituto Nacional do Câncer – INCA indica que “no estágio IV a quimioterapia é o tratamento de escolha, porém as chances de cura são extremamente reduzidas”.

Aos casos de câncer “não-pequenas células”, Estádio IV (M1), segundo as “condutas clínicas” divulgadas pelo INCA: “O tratamento padrão é a quimioterapia paliativa, associada ou não a radioterapia paliativa do tumor primário ou da lesão metastática.”

Por sua vez, a indicação de quimioterapia paliativa prevista nas “condutas clínicas” do INCA não prevê a utilização do medicamento pretendido: Quimioterapia Paliativa Reservada para doentes com câncer pulmonar avançado e que se apresentem com PS = 70% (Karnofsky) ou PS = 1 (Zubrod). Esquema quimioterápico: Carboplatina - AUC (area under the curve) = 5 - EV - no dia D1, e Etoposido - 100mg/m²/dia - EV - do dia D1 a D3. a cada 21 dias, num total de 04 ciclos.

Da mesma forma em relação ao câncer de “pequenas células”. Destaca-se, por fim, que a advertência de que: “Para o INCA, qualquer conduta aplicada em suas unidades hospitalares que se encontre fora das aqui especificadas, é considerada experimental ou irregular.”

Vê-se, a princípio, que o tratamento pretendido além de não constar dos protocolos de condutas clínicas do INCA, constitui-se, em verdade, em medida baseada no princípio do resgate.

A ampliação do Programa de Atenção Oncológica para tratamentos de resgate não se apresenta, pelo menos por ora, como relevante de modo a justificar a restrição ao princípio democrático (atribuições constitucionais aos agentes eleitos para a realização da escolha dos meios para o implementação dos fins previstos na Constituição) e orçamentário (previsão e destinação das receitas e despesas do Estado durante determinado período).

Em resumo, sublinho que, a obrigação de universalização do direito à saúde impede, em tese, que todos os meios, para todas as doenças, para todos os indivíduos sejam os melhores e mais modernos, visto que, em regra, são várias vezes mais dispendiosos que os meios

regulares e resultam em restrições à promoção de outros direitos constitucionais.

Se se optasse pelo atendimento de, apenas, parte das doenças ou parte da população haveria a possibilidade de se cogitar acerca da adoção de todos os meios (nestes incluídos os mais dispendiosos). Todavia, essa não parece ser uma opção válida constitucionalmente, já que o texto constitucional não permite discriminação entre os brasileiros quanto ao acesso à saúde, nem parece limitar a ação estatal a determinadas doenças.

Nem seria possível admitir o entendimento de que todos os meios, para todas as doenças, para toda a população sejam os melhores e mais modernos, mesmo que isso tomasse quase todo o orçamento do Estado (“princípio do resgate”). Esta, também, parece ser uma opção inconstitucional, na medida em que os direitos não são absolutos e a Constituição determinou a atuação do Estado em diversas outras áreas, como educação, segurança, infra-estrutura o que, invariavelmente, representa gasto de verbas.

Em sendo assim, é de ser indeferido o pedido de liminar formulado pela parte autora, sem prejuízo de nova apreciação após agregados outros elementos de prova.

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

Intime-se. Citem-se.

Criciúma/SC, 06 de fevereiro de 2009.

GERMANO ALBERTON JUNIOR

Juiz Federal Substituto

CONCLUSÃO

O trabalho de conscientização do Poder Judiciário vem sendo realizado regularmente pelos membros da Advocacia-Geral da União, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Conforme observamos destas experiências, somente um empenho criterioso de esclarecimento e conscientização do Poder Judiciário a respeito das diversas peculiaridades legislação sanitária poderá gerar a reversão ou denegação de inúmeros pedidos ilegítimos de atuação do Estado, que incluem até mesmo a inserção forçada de medicamentos no Brasil pela Indústria Farmacêutica.

Ressalte-se, por fim que, analisando cotidianamente diversas decisões judiciais pertinentes à concessão de medicamento pelo Poder Público, observamos que existe uma variedade quase antagônica no conteúdo de alguns julgamentos, em especial, quando tomamos como critério de estudo a divisão proposta pela jurisdição federal.

Neste sentido, destaque-se que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região vem paulatinamente firmando uma jurisprudência cautelosa no que pertine à legitimidade passiva da União para o fornecimento direto de medicamento², bem como no que se refere à intervenção do Poder Judiciário nas ações de atenção à saúde, especialmente em razão do “efeito multiplicador” e das conseqüências que essas decisões podem gerar no atendimento de outras pessoas pelo Sistema Único de Saúde³.

Não obstante o exposto, ressalve-se que a jurisprudência trazida neste estudo foi reformada pelo TRF-4ª Região no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2009.04.00.007154-0/SC.

Como conclusão, apenas à título ilustrativo, apresentamos outras fontes de pesquisa de decisões contrárias à tese da antecipação dos efeitos da tutela contra a União nas ações de saúde:

2 Dente outros julgados, destaca-se o agravo de instrumento n° 2007.04.00.042197-8/SC. (Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?selForma=NU&txtValor=2007.04.00.042197-8&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspertes=&txtDataFase=01/01/1970&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=>>. Acesso em: 30 de junho de 2008).

3 Nesse sentido o agravo de instrumento n° 2008.04.00.012502-6/SC. (Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?selForma=NU&txtValor=2008.04.00.012502-6&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspertes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=>>. Acesso em: 30 de junho de 2008).

<<http://processual-pa.trf1.gov.br/Processos/ProcessosJEF/ConsProcJEFPro.php?SECAO=PA&proc=200739009273974>>

<http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=jfpr&documento=2595935&DocComposto=&Sequencia=&hash=3ba93fc0621d6d106e7302f6cc6d9d48>

<http://www.senado.gov.br/conleg/textos_discussao.htm>

<<http://www.trf3.gov.br/trf3r/index.php?id=26>>

<<http://processual-ba.trf1.gov.br/Processos/ProcessosSecaoOra/ConsProcSecapro.php?SECAO=BA&proc=200733000071589>>

<<http://www.stf.gov.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=43&dataPublicacaoDj=05/03/2007&numProcesso=91&siglaClasse=STA&codRecurso=0&tipoJulgamento=M&codCapitulo=6&numMateria=21&codMateria=7>>

<http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=2241771&hash=5af63557e545388d266b6cbf9bf7e7a>

<<http://www.jfsp.jus.br/jef/>>

<http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=jfsc&documento=1970170&DocComposto=&Sequencia=&hash=8881d9c86419590887500233f4288b6d>

<http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=jfsc&documento=1903031&DocComposto=&Sequencia=&hash=c47770b5664918405fbb2d2711ee3a19>

<<http://www.stj.gov.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700605703&pv=010000000000&tp=51>>

<http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa_popup.php?selForma=NU&txtValor=2007.72.10.001213-0&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspares=&txtDataFase=&selOrigem=SC&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=>

<<http://processual-mg.trf1.gov.br/Processos/ProcessosSecaoOra/ConsProcSecapro.php?SECAO=MG&proc=200738000048939>>

