

REVISTA DA
AGU

ANO VIII Nº 19 - Brasília-DF, jan./mar. 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

CONSELHO EDITORIAL

Membros Efetivos: Evandro Costa Gama - Substituto do AGU
Marcelo Siqueira Freitas - Procurador-Geral Federal
Luís Inácio Lucena Adams - Procurador-Geral da Fazenda Nacional
Ronaldo Jorge Araújo Vieira Junior - Consultor-Geral da União
Aldemário Araújo Castro - Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça - Secretária-Geral de Contencioso
Mauro Luciano Hauschild - Diretor da Escola da AGU.

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, José Tadeu
Neves Xavier, Marcelo Andrade Ferés, Regina Linden Ruaro, Sérgio Augusto
Zampol Pavani.

Membros Eletivos: Alexandre Bernardino Costa, Carlos José de Souza Guimarães,
Daniela Ferreira Marques, Kaline Davi, Marcelo Kokke Gomes Maria Rosa
Guimarães Loula, Rui Magalhães Piscitelli, Sueli Valentin Moro Miguel

Secretaria Editorial	Antonio Barbosa da Silva Niuza Gomes Barbosa de Lima
Diagramação/ABNT(ADAPTAÇÃO)	Niuza Gomes Barbosa de Lima
Capa	Fabiana Marangoni Costa do Amaral

Revista da AGU – Advocacia-Geral da União
Ano VIII – Número 19 - Brasília-DF, jan./mar. 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 Advocacia Pública Consultiva Federal e a Sustentabilidade Jurídico-Constitucional das Políticas Públicas: Dimensões, Obstáculos e Oportunidades na atuação da Advocacia-Geral da União

Ronaldo Jorge Araujo Vieira Junior 9

ARTIGOS

Reforma Política: aperfeiçoamento ou retrocesso para o pleno exercício da democracia brasileira?

Alceu José Cicco Filho 41

Da Privatividade do Exercício das Funções Institucionais da Advocacia-Geral da União por seus Membros

Aldemario Araujo Castro 63

A AGU, a “Lei da Mordaza” e a Sociedade

Bruno César da Luz Pontes 81

A Política do Desarmamento vista sob o Enfoque do Modelo Hermenêutico Constitucional Norte-Americano

Daniel Ivo Odon..... 135

A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade: interpretação conforme à constituição e declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

Fabiola Souza Araújo..... 157

Riscos do Intervencionismo Judicial para a Segurança Jurídica e Efetividade da Economia

Luís de Freitas Júnior..... 181

Prescrição das Ações de Improbidade Administrativa e de Ressarcimento ao Erário

Luiz Gonzaga Pereira Neto..... 205

Possibilidade de Concessão de Isenções Heterônomas de ICMS e ISS no Contexto da Integração Regional (Mercosul)

Luiz Henrique Diniz Araujo 215

A Evolução da Execução de Sentença no Direito Processual Civil e o Novo Regime Jurídico das Sentenças Após a Reforma Implementada pela Lei nº 11.232/2005.239	
<i>Mário Henrique Cavalcanti Gil Rodrigues</i>	227
Legislação Ambiental Brasileira. Licenciamento Ambiental.	
<i>Neide Aparecida de Sousa Sombrio</i>	253
O Benefício de Auxílio-acidente à luz do Direito Intertemporal	
<i>Ricardo Caldas</i>	275
Princípio da Moralidade e Controlejurisdicional dos Atos Administrativos	
<i>Victor Ximenes Nogueira</i>	291

PARECER

A Assistências Farmacêutica do Sistema Único de Saúde (SUS)	
<i>Eduardo Oliveira Decat de Moura</i>	307

JURISPRUDÊNCIA

Competência da Justiça do Trabalho para executar as contribuições previdenciárias incidentes sobre os salários pagos durante o período de vínculo reconhecido em suas decisões	
<i>Fábio Victor da Fonte Monnerat</i>	365

APRESENTAÇÃO

No início deste ano de 2009, a primeira edição da Revista da Advocacia-Geral da União, relativa ao primeiro trimestre do ano, dá continuidade ao importantíssimo trabalho de divulgação de idéias e teses jurídicas de membros da AGU.

No espaço institucional, voltado a apresentação da estrutura da Advocacia-Geral da União, contamos com um trabalho que analisa o importante papel da advocacia pública consultiva da União, muito bem realizado pela Consultoria-Geral da União e, de forma descentralizada, pelas Consultorias Jurídicas dos Ministérios e pelos Núcleos de Assessoramento Jurídico nos Estados.

Aqui, cumpre destacar, como muito bem mencionado no artigo, o importante trabalho de auxílio ao administrador na formulação das políticas públicas que vem sendo realizado por todas as unidades consultivas da AGU, tanto no que se refere aos órgãos de assessoramento da União como, também, àqueles que atuam no assessoramento das autarquias e fundações públicas.

Importante, ainda, frisar a relação de proximidade que vem sendo estabelecida junto ao Tribunal de Contas da União e a criação e concretização da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, que vem conferindo maior celeridade à solução dos conflitos que envolvem toda a administração pública federal.

Os demais artigos se mostram ricos tanto no conteúdo quanto em relação à variedade dos temas abordados, refletindo, nesta medida, o vasto âmbito de atuação da instituição.

A presente edição, portanto, traz trabalhos que abordam com profundidade os mais diversos assuntos afetos a atuação da Advocacia Pública e, por essa razão, espera-se que além de informar o leitor acerca dos temas especificamente tratados ofereça uma idéia da dimensão da atuação e do papel da Advocacia-Geral da União.

José Antonio Dias Toffoli
Advogado-Geral da União

EDITORIAL

Dando continuidade ao trabalho de difusão e divulgação do conhecimento dos membros da Advocacia-Geral da União, a edição n. 19 da Revista da AGU traz valiosas contribuições àqueles que se dedicam ao estudo do direito público e que exercem a advocacia de estado.

Os temas tratados são caros não apenas para própria carreira e para a reflexão e discussões interna, mas, também e principalmente, para aqueles que são diuturnamente representados e protegidas pela instituição responsável pela defesa do Estado brasileiro: a sociedade e o cidadão.

Reflexo desta realidade são os trabalhos que analisam a “Lei da Mordaca” e seus reflexos na atuação da AGU e em toda a sociedade, além do estudo voltado à política do desarmamento.

A par disso, os temas técnicos afetos ao dia a dia dos membros da instituição são trazidos e tratados com propriedade, como é o caso da discussão da recente decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no Recurso Extraordinário n. 569.056 acerca da competência para execução das contribuições previdenciárias, da prescrição nas ações de improbidade administrativa, da temática do licenciamento ambiental e do benefício do auxílio-acidente.

Também são abordadas com profundidade e qualidade as recentes reformas do Código de Processo Civil, em especial o regime de execução de sentença alterado pela Lei 11.232/2005, e a força normativa da Constituição à luz da teoria dos direitos fundamentais.

A amplitude e variedade dos temas abordados, somada à importância das questões tratadas para toda a sociedade, refletem, nesta edição, a grandeza da Advocacia-Geral da União, bem como sua vocação cidadã.

A ADVOCACIA PÚBLICA CONSULTIVA FEDERAL E A SUSTENTABILIDADE JURÍDICO- CONSTITUCIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: DIMENSÕES, OBSTÁCULOS E OPORTUNIDADES NA ATUAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO.

*Ronaldo Jorge Araujo Vieira Junior, Consultor-Geral da União.
Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília – UnB.
Consultor Legislativo do Senado Federal na área do Direito Constitucional,
Administrativo e Eleitoral. Especialista em Administração Pública e Planejamento
Governamental pela Universidade de Brasília – UnB.*

SUMÁRIO: 1 Antecedentes; 2 A Advocacia Geral da União – AGU e sua Missão Constitucional; 3 Dimensão Consultiva da AGU: o sistema da advocacia pública consultiva na administração pública federal; 3.1 O Órgão Central: a consultoria-geral da união; 3.2 Os Órgãos Setoriais: as consultorias jurídicas dos ministérios e órgãos jurídicos específicos.; 3.3 Os Órgãos Descentralizados: os núcleos de assessoramento jurídico nos estados; 4 Diretrizes para a Racionalização do Funcionamento do Sistema Consultivo; 4.1 Megadiretriz; 4.2 Macrodiretrizes; 5 Busca por Novos Paradigmas de Avaliação das Atividades da Advocacia Pública Consultiva: a inadequação de critérios meramente quantitativos; 6 Rumo à Missão Principal da área Consultiva da AGU: a sustentabilidade jurídico-constitucional das políticas públicas; 6.1 Algumas Questões Conceituais; 6.2 Os Poderes e as Políticas Públicas; 6.3 A AGU e as Políticas Públicas: possibilidades e desafios a serem enfrentados. 6.4 Pré-requisitos para a Atuação Efetiva na Formulação e Implementação de Políticas Públicas; 7 Conclusão.

RESUMO: No presente artigo serão apresentadas, a partir das balizas constitucionais, as partes integrantes do sistema de advocacia pública consultiva federal—órgão central, órgãos setoriais e órgãos descentralizados - suas principais características, estruturas e competências, assim como diretrizes que almejam a racionalização do sistema.

Nesse contexto, propõe-se debate sobre a necessidade de identificação e utilização de novos paradigmas de avaliação do desempenho das unidades que integram o referido sistema, a partir da constatação da absoluta insuficiência dos critérios meramente quantitativos até então utilizados.

Aponta o artigo para aquilo que parece ser o objetivo principal da advocacia pública em sua dimensão consultiva, qual seja, conferir sustentabilidade jurídico-constitucional às políticas públicas.

Para tanto, trata de alguns conceitos e características das políticas públicas, inclusive daquelas políticas com assento constitucional, indicando os principais gargalos e possibilidades de atuação da advocacia pública consultiva.

Sugere-se, por fim, como mecanismo apto a conferir maior efetividade à ação governamental, o necessário aprimoramento do diálogo entre as áreas finalísticas do Poder Executivo que fixam o mérito das políticas públicas e a área jurídica que atua na atividade consultiva.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia Geral da União – AGU. Missão Constitucional. Sistema da Advocacia Pública Consultiva Federal. Órgão Central. Consultoria-Geral da União. Órgãos Setoriais. Consultorias Jurídicas dos Ministérios. Órgãos Descentralizados: Núcleos de Assessoramento Jurídico. Diretrizes. Racionalização do Sistema. Megadiretriz. Macrodiretrizes. Novos Paradigmas de Avaliação. Inadequação de Critérios Quantitativos. Missão Principal da Advocacia Consultiva. Sustentabilidade Jurídico-Constitucional das Políticas Públicas. Políticas Públicas. Questões Conceituais. Poderes e Políticas Públicas. AGU e Políticas Públicas. Efetividade na Formulação e Implementação de Políticas Públicas. Pré-Requisitos.

1 ANTECEDENTES

O presente artigo tem como objetivo central expor as principais linhas estruturais e funcionais que distinguem a advocacia pública consultiva, no âmbito da administração pública federal, como um dos elementos essenciais à formulação, implementação e avaliação de políticas públicas constitucional e juridicamente sustentáveis.

Essa é, sem dúvida, a principal missão dos órgãos que atuam na advocacia pública consultiva e tentar-se-á demonstrar ao longo deste artigo, de que forma esse objetivo deve ser perseguido e finalmente alcançado.

Nesse sentido, serão apresentadas, de forma breve, as partes integrantes do sistema de advocacia pública consultiva – órgão central, órgãos setoriais e órgãos descentralizados - suas principais características, estruturas e competências.

Posteriormente, serão elencadas algumas diretrizes que, implementadas de forma articulada, poderão contribuir para a racionalização do funcionamento do sistema e para a consecução do objetivo principal.

O artigo também abordará conceitos e características das políticas públicas, apontando os principais gargalos e possibilidades de atuação da advocacia pública consultiva.

Essencial, contudo, que se demarque, desde logo, o campo de atuação da Advocacia-Geral da União e de seus órgãos, quando se trata de políticas públicas.

Essa atuação pauta-se na busca da conformação, da higidez e da sustentabilidade jurídico-constitucional dessas políticas, ou seja, cuida-se de, constantemente e em todas as etapas, aferir sua compatibilidade e adequação com as balizas constitucionais e do ordenamento jurídico infraconstitucional.

O mérito das políticas públicas, de outra parte, há de ser fixado por aqueles legítima e constitucionalmente designados a exercer a direção superior da administração federal, *ex vi* do art. 84, II da Constituição Federal: o Presidente da República e os Ministros de Estado.

Ver-se-á, também, que o aprimoramento do diálogo entre as áreas finalísticas do poder Executivo que desenham o mérito das políticas públicas e a área jurídica que atua na atividade consultiva continua a ser o grande desafio a ser enfrentado e superado.

2 A ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO – AGU E SUA MISSÃO CONSTITUCIONAL

A Advocacia-Geral da União foi inserida pelo constituinte originário, de 1988, no *TÍTULO IV - Da Organização dos Poderes, no CAPÍTULO IV - DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA, na Seção II - DA ADVOCACIA PÚBLICA.*

É sempre importante sublinhar quais são suas atribuições, constitucionalmente fixadas:

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

[...]

A missão constitucional posta a cargo da AGU foi regulamentada pela Lei Complementar nº 73 de 10.02.1993, que *“Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências”*.

Constata-se, pois, uma tripla missão constitucional da Advocacia-Geral da União:

- a) a representação judicial da União, incluídos aí os três Poderes da República;
- b) a representação extrajudicial da União, da mesma forma, abarcando os três Poderes; e
- c) a consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Como dito anteriormente, o presente artigo cuidará dessa terceira missão constitucional - a consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

3 DIMENSÃO CONSULTIVA DA AGU: O SISTEMA DA ADVOCACIA PÚBLICA CONSULTIVA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

3.1 O ÓRGÃO CENTRAL: A CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO

A Consultoria-Geral da União é órgão de direção superior da Advocacia-Geral da União.

A seu respeito, dispõe a Lei Orgânica da AGU (LC nº 73/93) em seu art. 10:

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.

Parágrafo único. Compõem a Consultoria-Geral da União o Consultor-Geral da União e a Consultoria da União.

O Ato Regimental nº 5 de 27/09/2007, que dispõe sobre a competência, a estrutura e o funcionamento da Consultoria-Geral da União e as atribuições de seu titular e demais dirigentes, por seu turno estabelece:

Art. 3º Compete à Consultoria-Geral da União:

I - colaborar com o Advogado-Geral da União no assessoramento jurídico ao Presidente da República, produzindo pareceres, notas, estudos, informações e outros trabalhos jurídicos;

II - preparar as informações a serem prestadas pelo Presidente da República ao Supremo Tribunal Federal;

III - atuar na representação extrajudicial da União, inclusive perante o Tribunal de Contas da União;

IV - assistir o Advogado-Geral da União no controle interno da legalidade dos atos da Administração Federal;

V - assistir o Advogado-Geral da União na interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos

a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal;

VI - participar do deslinde de controvérsia jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, objetivando sua solução em sede administrativa;

VII - participar, quando determinado pelo Advogado-Geral da União, de estudo de assunto a cargo do órgão jurídico de empresa pública ou de sociedade de economia mista;

VIII - orientar e coordenar a atuação das Consultorias Jurídicas dos Ministérios ou órgãos equivalentes e dos Núcleos de Assessoramento Jurídico, em especial no que concerne a:

a) controle interno da legalidade dos atos administrativos; e

b) elaboração ou alteração de teses e enfrentamento de temas que lhes sejam comuns;

IX - coordenar a elaboração de anteprojetos de leis, de medidas provisórias e de outros atos normativos de interesse da Advocacia-Geral da União;

X - cooperar no exame e na elaboração de anteprojetos de lei, de medidas provisórias e de outros atos normativos, e prestar esclarecimentos e demais subsídios jurídicos aos membros do Poder Legislativo quando necessário;

XI - analisar projetos de lei submetidos à sanção do Presidente da República;

XII - participar de grupos especiais constituídos para a análise de temas estratégicos;

XIII - coordenar os trabalhos do Colégio de Consultoria, criado pelo Ato Regimental nº 1, de 5 de março de 2007;

XIV - submeter ao Advogado-Geral da União proposta de alteração de ato regimental da Consultoria-Geral da União; e

XV - desenvolver outras atividades determinadas pelo Advogado-Geral da União.

Trata-se de uma ampla gama de atribuições que são desempenhadas pelo Consultor-Geral da União, pelos Consultores da União e pelos Departamentos que integram a Consultoria-Geral.

Aos Consultores da União compete, consoante o art. 8º do Ato Regimental nº 5, de 2007, a elaboração de pareceres, notas, informações, pesquisas, estudos e outros trabalhos jurídicos que lhe sejam atribuídos pelo Consultor-Geral da União.

São cinco os Departamentos que integram a estrutura da CGU/AGU.

O Departamento de Orientação e Coordenação de Órgãos Jurídicos – DECOR tem como funções precípua orientar e coordenar os trabalhos das Consultorias Jurídicas dos Ministérios ou órgãos equivalentes e dos Núcleos de Assessoramento Jurídico, especialmente no que se refere à uniformização da jurisprudência administrativa e à correta aplicação das leis e observância dos pareceres, notas e demais orientações da Advocacia-Geral da União¹.

Cabe-lhe, ainda, propor ao Consultor-Geral da União medidas relacionadas à atuação das Consultorias Jurídicas dos Ministérios ou órgãos equivalentes e dos Núcleos de Assessoramento Jurídico.

O Departamento de Análise de Atos Normativos – DENOR atua na coordenação da elaboração de anteprojetos de leis, de medidas provisórias e de outros atos normativos de interesse da Advocacia-Geral da União; na análise de anteprojetos de lei, de medidas provisórias e de outros atos normativos; e na prestação de esclarecimentos e demais subsídios jurídicos aos membros do Poder Legislativo, quando necessário².

Analisa todos os projetos de lei submetidos à sanção do Presidente da República que são enviados à Advocacia-Geral da União, além de participar de grupos de trabalho ou comissões voltados para a elaboração de atos normativos.

1 Ver art. 9º do Ato Regimental nº 5, de 2007.

2 Ver art. 11 do Ato Regimental nº 5, de 2007.

O Departamento de Assuntos Extrajudiciais – DEAEEX assessora o Consultor-Geral da União em suas atividades de representação extrajudicial da União³.

Atua, também, na coordenação da representação da União e no acompanhamento de processos de interesse da União perante o Tribunal de Contas da União.

Consolida as orientações do Tribunal de Contas da União que devam ser disseminadas aos órgãos jurídicos da Administração Federal.

Deve proceder a análise de constitucionalidade e de legalidade de acordos, tratados e convênios internacionais a serem celebrados pela União quando determinado pelo Advogado-Geral da União.

Por fim, é incumbido de acompanhar, em articulação com as Consultorias Jurídicas dos Ministérios ou órgãos equivalentes, a celebração de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta pelos órgãos da Administração Federal direta.

O Departamento de Informações Jurídico-Estratégicas – DEINF tem como missão institucional identificar as ações estratégicas empreendidas no âmbito da Consultoria-Geral da União; registrar, classificar, processar, tratar tecnicamente e arquivar as manifestações jurídicas produzidas na Consultoria-Geral da União; organizar e padronizar os procedimentos administrativos da Consultoria-Geral da União; prestar assessoria técnica à Consultoria-Geral da União; e elaborar pesquisas jurídicas solicitadas pelos servidores e membros da Consultoria-Geral da União⁴.

Por fim, à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF compete a identificação de litígios entre órgãos e entidades da Administração Federal; a manifestação quanto ao cabimento e à possibilidade de conciliação; a busca da conciliação entre órgãos e entidades da Administração Federal; e a supervisão das atividades conciliatórias no âmbito de outros órgãos da Advocacia-Geral da União⁵.

3 Ver art. 13 do Ato Regimental nº 5, de 2007.

4 Ver art. 15 do Ato Regimental nº 5, de 2007.

5 Ver art. 17 do Ato Regimental nº 5, de 2007.

É importante destacar que a CCAF tem adotado, por orientação do Advogado-Geral da União, postura pró-ativa no sentido de identificar, num primeiro momento, no âmbito dos Tribunais Superiores, ações judiciais que envolvam órgãos e entidades da administração pública federal com o objetivo de, com a aquiescência do Ministro responsável, suspender a ação enquanto se busca a conclusão das providências conciliatórias adotadas no âmbito administrativo.

Destaque-se, ainda, que por força da Portaria nº 1.099, de 2008, as atribuições da CCAF abrangem, também, a tentativa de conciliação quando a questão controversa envolve a União, seus órgãos e entidades e os Estados-membros⁶.

Registre-se, ainda, que o Ato Regimental nº 1 de 05/03/2007, criou o Colégio de Consultoria da Advocacia-Geral da União, que conta com a participação de representantes da Consultoria-Geral da União e das Consultorias Jurídicas dos Ministérios, com a finalidade de discutir temas relevantes de consultoria e assessoramento jurídico e propor ao Advogado-Geral da União a adoção de medidas visando à uniformização de interpretações e de procedimentos no âmbito dos órgãos jurídicos da Administração Pública Federal.

Esse Ato foi parcialmente alterado pelo Ato Regimental nº 6 de 27/09/2007, com o objetivo de acrescentar o inciso X ao art. 2º do Ato Regimental nº 1/2007 para dispor sobre a participação de cinco representantes dos Núcleos de Assessoramento Jurídico no Colégio de Consultoria.

Foram realizadas quatro reuniões ordinárias do Colégio de Consultoria em 2007 e 2008. Nessas reuniões, o foco dos debates, por solicitação de seus integrantes, foram as regras de transferência de recursos voluntários para Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades privadas.

3.2 OS ÓRGÃOS SETORIAIS: AS CONSULTORIAS JURÍDICAS DOS MINISTÉRIOS E ÓRGÃOS JURÍDICOS ESPECÍFICOS

Importante aspecto a ser destacado no funcionamento das Consultorias Jurídicas é que são, ao mesmo tempo, órgãos de

6 Ver Portaria nº 1.099, de 2008, que “Dispõe sobre a conciliação, em sede administrativa e no âmbito da Advocacia-Geral da União, das controvérsias de natureza jurídica entre a Administração Pública Federal e a Administração Pública dos Estados ou do Distrito Federal”.

execução da Advocacia-Geral da União, consoante o art. 2º II, “b” da Lei Complementar nº 73, de 1993, e órgãos que se subordinam administrativamente aos respectivos Ministros de Estado.

Esse caráter híbrido gera, não com pouca frequência, incompreensões de todas as partes, especialmente dos gestores e dos responsáveis pelas áreas finalísticas dos Ministérios quanto à necessária observância às orientações fixadas pela Advocacia-Geral da União, sob pena, inclusive, de responsabilização funcional, à luz do disposto no art. 28, II da Lei Complementar nº 73, de 1993.

Às Consultorias Jurídicas, segundo a Lei Complementar nº 73/93, compete:

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;

II - exercer a coordenação dos órgãos jurídicos dos respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas;

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;

IV - elaborar estudos e preparar informações, por solicitação de autoridade indicada 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 licitação.

As Consultorias Jurídicas, então, fixam a interpretação sobre a Constituição federal e ordenamento jurídico no que concerne às competências específicas atribuídas a cada Ministério pela Lei nº 10.683, de 2003, salvo se houver orientação da Advocacia-Geral da União.

Além da efetiva atuação das Consultorias Jurídicas no assessoramento aos respectivos Ministérios, há que se destacar seu papel essencial na elaboração das informações que são prestadas pelo Exm^o Sr. Presidente da República ao Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Mandado de Segurança e Mandado de Injunção.

Seria impossível o trabalho da Consultoria-Geral da União na elaboração dessas informações não fosse o aporte das Consultorias Jurídicas.

3.3 OS ÓRGÃOS DESCENTRALIZADOS: OS NÚCLEOS DE ASSESSORAMENTO JURÍDICO NOS ESTADOS

A previsão legal para criação dos Núcleos de Assessoramento Jurídico pela Advocacia-Geral da União veio com a publicação da Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001, que inseriu dispositivo na Lei 9.028 de 12.04.1995, nesses termos:

Art.8^o-F. O Advogado-Geral da União poderá instalar Núcleos de Assessoramento Jurídico nas Capitais dos Estados e, quando o interesse do serviço recomendar, em outras cidades.” (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35 de 2001).

O Ato Regimental nº 3 de 10/04/2002 e o Ato Regimental nº 05 de 27/09/2007, por seu turno, dispõem sobre a competência, a estrutura e o funcionamento dos Núcleos de Assessoramento Jurídico, bem como as atribuições de seus titulares e demais dirigentes⁷.

⁷ Ato Regimental nº 05/2007:

“Art. 4^o Integram a Consultoria-Geral da União:...

IX - os Núcleos de Assessoramento Jurídico.”

[...]

Os Núcleos de Assessoramento Jurídico – NAJs são, na verdade, a materialização de uma estratégia iniciada, ainda em 2002, no sentido da padronização e da harmonização das manifestações jurídicas prestadas aos órgãos descentralizados que integram a administração federal direta com sede nos Estados.

A criação dos NAJs se antepôs a uma realidade anterior em que o assessoramento e a consultoria jurídica eram prestados por unidades jurídicas de cada órgão.

Assim, se houvesse, num dado Estado da federação, por hipótese, vinte órgãos federais descentralizados, haveria, em tese, a possibilidade de existirem até vinte estruturas jurídicas autônomas.

A par das despesas relacionadas a cargos, espaço físico, material de custeios e outras tantas despesas, havia a indesejada proliferação de manifestações jurídicas.

Havia situações em que alguns órgãos federais num determinado Estado possuíam unidades jurídicas próprias e outros tantos não.

Enquanto os primeiros tinham resposta rápida para as suas demandas, os outros tinham que encaminhar suas solicitações às respectivas Consultorias Jurídicas em Brasília, com evidente retardamento no tempo de resposta.

Nesse sentido, a estratégia da unificação do assessoramento jurídico nos NAJs significa um passo essencial à racionalização do

“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;

[...]

IX - atuar junto às Secretarias de Controle Externo do Tribunal de Contas da União e às unidades da Controladoria da União nos Estados e fornecer subsídios à atuação do Departamento de Assuntos Extrajudiciais - DEAEX;

X - realizar atividades conciliatórias quando determinado pelo Consultor-Geral da União;

[...].”

funcionamento da AGU, no que concerne à contenção de despesas e à padronização das manifestações.

4 DIRETRIZES PARA A RACIONALIZAÇÃO DO FUNCIONAMENTO DO SISTEMA CONSULTIVO

Todo esse complexo arranjo institucional possui, como não poderia deixar de ser, anomalias que têm sido atacadas, sempre sob a perspectiva da racionalização e da busca da máxima efetividade.

Destaque-se, entre as disfunções, a ainda baixa padronização de manifestações, o que gera controvérsias em número indesejavelmente alto.

Sublinhe-se que divergências no que concerne à interpretação de normas sempre haverá. Importa atacar o excesso, que é um claro descritor da ausência de padrões mais homogêneos.

Outro importante problema detectado diz com a baixa racionalidade do sistema quanto à disseminação interna das informações produzidas.

Ainda é muito reduzido o acesso às manifestações jurídicas das Consultorias Jurídicas, dos NAJS e da própria Consultoria-Geral da União.

Ora, se o sistema é autoreferenciado e manifestações dos órgãos que o integram condicionam o posicionamento de outros, essencial é que haja um amplo conhecimento de todas as manifestações produzidas.

Conhecimento esse que deve ser obtido de forma ágil e expedita a tempo de atender demandas imediatas.

Feito, ainda que de forma breve, um diagnóstico do sistema da advocacia pública consultiva, expostas as principais estruturas e competências dos órgãos que o integram, assim como indicados alguns gargalos que afetam o seu adequado funcionamento, impõe-se informar quais têm sido as principais orientações que almejam conferir racionalidade e organicidade ao sistema.

E mais, serão apontados alguns atos que foram publicados visando dar concretude às diretrizes propostas, tudo com o objetivo de

impactar a realidade e promover as transformações necessárias a um melhor funcionamento da atividade consultiva.

Assim, elencam-se, a seguir, na matriz diretrizes/atos, as principais diretrizes e os mais importantes atos publicados para balizar a atuação dos órgãos que integram o sistema da Advocacia Pública Consultiva.

Perceba-se a categorização das diretrizes em que a megadiretriz baliza as macrodiretrizes, sendo que aquela somente será verdadeiramente efetivada como resultante do sucesso dessas.

4.1 MEGADIRETRIZ

Eis a megadiretriz:

PARTICIPAÇÃO MAIS EFETIVA NA FORMULAÇÃO, IMPLEMENTAÇÃO E AVALIAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PRIORITÁRIAS DO GOVERNO FEDERAL – redução da distância entre os órgãos finalísticos do Governo e os órgãos jurídicos; fornecimento dos contornos jurídico-constitucionais às políticas públicas.

4.2 MACRODIRETRIZES

Já as macrodiretrizes podem ser assim descritas:

- a) *AMPLIAÇÃO DA CAPACIDADE DE AÇÃO PRÓ-ATIVA NA ESTRUTURAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO* – sugestão de projetos de lei, medidas provisórias, decretos e demais atos normativos de modo a tornar efetivos os direitos e obrigações previstos no texto constitucional.

ATOS PUBLICADOS:

Ato Regimental nº 5, de 2007, que “Dispõe sobre a competência, a estrutura e o funcionamento da Consultoria-Geral da União e as atribuições de seu titular e demais dirigentes”⁸.

8 Ver Art. 11 que estabelece as competências do DENOR.

- b) *AMPLIAÇÃO DA COORDENAÇÃO E DO TRABALHO CONJUNTO ENVOLVENDO O ÓRGÃO CENTRAL (CGU), OS ÓRGÃOS DE EXECUÇÃO SETORIAIS (CONJURS E ÓRGÃOS JURÍDICOS) E OS ÓRGÃOS DESCENTRALIZADOS (NAJs)* – coordenação mais efetiva da atuação jurídica realizada pelo DECOR e regular funcionamento do COLÉGIO DE CONSULTORIA da Advocacia-Geral da União.

ATOS PUBLICADOS:

Ato Regimental nº 5, de 2007, que “Dispõe sobre a competência, a estrutura e o funcionamento da Consultoria-Geral da União e as atribuições de seu titular e demais dirigentes”⁹

Portaria nº 1.277, de 2007, que “Dispõe sobre a formação de cadastro de servidores que poderão ser designados para atuar, em regime de mutirão e em caso de comprovada necessidade, na solução de demandas em massa surgidas no âmbito da Consultoria-Geral da União, das Consultorias Jurídicas dos Ministérios ou órgãos equivalentes e dos Núcleos de Assessoramento jurídico”.

Portaria nº 1.280, de 2007, que dispõe sobre a “Constituição de Grupo de Trabalho no âmbito da CGU, com a finalidade de coordenar e exercer com exclusividade o assessoramento jurídico necessário aos atos relativos à Inventariança da extinta RFFSA”.

Portaria nº 234, de 2008, destinada a “Constituir grupo de trabalho com a finalidade de planejar e propor a sistematização e a uniformização dos regimentos internos das Consultorias Jurídicas e dos Núcleos de Assessoramento Jurídico”.

Portaria nº 538, de 2008, com a “Designação dos Advogados da União e Assistentes Jurídicos relacionados para atuar, em regime de mutirão, na execução de trabalhos da Consultoria Jurídica no Ministério da Previdência Social”.

Portaria nº 767, de 2008 que “Renova a designação dos

9 Ver art. 9º que estabelece as competências do DECOR.

Advogados da União e da Assistente Jurídico relacionados para atuar, em regime de mutirão, na execução de trabalhos da Consultoria Jurídica no Ministério da Previdência Social”.

- c) *AMPLIAÇÃO DA COOPERAÇÃO ENTRE A ÁREA CONSULTIVA E A ÁREA CONTENCIOSA DA AGU* – disciplinamento do fornecimento de subsídios para a defesa da União em juízo, participação dos órgãos do contencioso nos órgãos colegiados de deliberação, permanentes e temporários, instituídos no âmbito da CGU e ampliação da troca de informações antes da elaboração de teses jurídicas.

ATOS PUBLICADOS:

Portaria nº 1.547, de 2008, que “Dispõe sobre a requisição de elementos de fato e de direito necessários à atuação dos membros da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral Federal na defesa dos direitos e interesses da União, suas autarquias e fundações e dá outras providências”.

- d) *PERENIZAÇÃO E APROFUNDAMENTO DO TRABALHO DE MEDIAÇÃO E ACORDOS ADMINISTRATIVOS* – ampliação da atuação das Câmaras de Conciliação da Administração Federal da Consultoria-Geral da União, abrangendo matérias já judicializadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal e Tribunais Superiores.

ATOS PUBLICADOS:

Ato Regimental nº 5, de 2007, que “Dispõe sobre a competência, a estrutura e o funcionamento da Consultoria-Geral da União e as atribuições de seu titular e demais dirigentes”.¹⁰

Portaria nº 1.281, de 2007, que “Dispõe sobre o deslinde, em sede administrativa, de controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, no âmbito da Advocacia-Geral da União”.

¹⁰ Ver art. 17 que transforma a Câmara de Conciliação da Administração Federal em Departamento da CGU/AGU, perenizando sua atuação. Anteriormente havia na AGU as câmaras de conciliação “*ad hoc*”.

Portaria nº 1099, de 2008, que “Dispõe sobre a conciliação, em sede administrativa e no âmbito da Advocacia-Geral da União, das controvérsias de natureza jurídica entre a Administração Pública Federal e a Administração Pública dos Estados ou do Distrito Federal”.

- e) *DESCENTRALIZAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA CONSULTIVA - FORTALECIMENTO DOS NÚCLEOS DE ASSESSORAMENTO JURÍDICO - NAJs* – aumento da atuação no assessoramento de atividades finalísticas dos órgãos federais descentralizados, na mediação de conflitos entre os órgãos assessorados, na aproximação com os órgãos descentralizados do TCU e da Controladoria-Geral da União.

ATOS PUBLICADOS:

Ato Regimental nº 5, de 2007, que “Dispõe sobre a competência, a estrutura e o funcionamento da Consultoria-Geral da União e as atribuições de seu titular e demais dirigentes”.¹¹

Ato Regimental nº 6, de 2007, que “Acresce o inciso X ao art. 2º do Ato Regimental nº 1, de 5 de março de 2007, para dispor sobre a inclusão de cinco representantes dos Núcleos de Assessoramento Jurídico, escolhidos entre seus Coordenadores-Gerais, na forma do Regimento Interno de que trata o art. 4º, sendo um representante para cada região geográfica do país, para integrar o Colégio de Consultoria”.

Portaria CGU nº 2, de 2008, que “Cria o Grupo Virtual Institucional dos Núcleos de Assessoramento Jurídico – GVI, que atuará na discussão de temas jurídicos, com vistas à uniformização de entendimentos”.

- f) *PREVENÇÃO DE RISCOS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS IMEDIATOS* (atuação do DEAEEX junto ao TCU interpondo recursos e coordenando a defesa das teses jurídicas dos órgãos federais, atuação das *CÂMARAS DE CONCILIAÇÃO* e arbitramento de controvérsias jurídicas por intermédio dos pareceres e demais manifestações dos *CONSULTORES DA*

11 Ver Art. 19 que fixa as competências ampliadas dos NAJs.

UNIÃO) *E MEDIATOS* (análise efetiva dos atos normativos produzidos pelo Governo por intermédio do *DENOR*).

ATOS PUBLICADOS:

Ato Regimental nº 5, de 2007, que “Dispõe sobre a competência, a estrutura e o funcionamento da Consultoria-Geral da União e as atribuições de seu titular e demais dirigentes”.

Portaria nº 1.282, de 2007, que dispôs sobre a “Constituição de Grupo de Trabalho com a finalidade de examinar os Pareceres da Advocacia-Geral da União que, nos termos dos arts. 40, *caput* e § 1º, e 41 da Lei Complementar nº 73, de 1993, vinculam toda Administração Federal e indicar aqueles que, à luz da evolução legislativa e jurisprudencial, mereçam ser revistos”.

- g) *ÊNFASE NO ACOMPANHAMENTO PARIPASSO DO PROCESSO LEGISLATIVO NO CONGRESSO NACIONAL* – ampliação da interlocução com áreas técnicas do Poder Legislativo, bem como com os relatores das matérias, de ordem a eliminar dúvidas sobre projetos em tramitação; atuação mais próxima entre o DENOR e a Assessoria Parlamentar da AGU.

ATOS PUBLICADOS:

Ato Regimental nº 5, de 2007, que “Dispõe sobre a competência, a estrutura e o funcionamento da Consultoria-Geral da União e as atribuições de seu titular e demais dirigentes”¹²

- h) *PADRONIZAÇÃO E HARMONIZAÇÃO DE ATUAÇÃO NAS ATIVIDADES-MEIO* – ênfase na elaboração, atualização e disseminação de súmulas e pareceres da Advocacia-Geral da União, especialmente na área de licitações e contratos, tendo em vista as manifestações do Tribunal de Contas da União¹³ e

¹² Ver Art. 11 que estabelece as competências do DENOR.

¹³ Acórdão TCU nº 1850/2003 – 2ª Câmara

Ementa: Auditoria. INSS. Dataprev. Avaliação de custos relativos à prestação de serviços da Dataprev ao INSS. Exame do termo de convênio celebrado entre o antigo MPAS/INSS e o Centro Educacional de

do Supremo Tribunal Federal¹⁴ no sentido de responsabilização dos advogados públicos que atuam no consultivo, em face do que dispõe o art. 38 da Lei nº 8.666, de 1993¹⁵.

Tecnologia em Administração. Mandado de segurança impetrado junto ao STF visando a suspensão do ato que determinou a inclusão dos nomes dos ocupantes de cargos jurídicos junto às entidades auditadas. Concessão da liminar. Tornados sem efeito os itens do acórdão no que tange aos nomes dos interessados. Determinação. Apensamento a autos conexos.

14 **Mandado de Segurança nº 24073-3 – STF (27/11/2002)**

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377. II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. - Mandado de Segurança deferido.”

Mandado de Segurança nº 24584 – STF (Informativo STF 475)

“Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, denegou mandado de segurança impetrado contra ato do Tribunal de Contas da União - TCU que determinara a audiência de procuradores federais, para apresentarem, como responsáveis, as respectivas razões de justificativa sobre ocorrências apuradas na fiscalização de convênio firmado pelo INSS, em virtude da emissão de pareceres técnico-jurídicos no exercício profissional — v. Informativos 328, 343, 376 e 428. Entendeu-se que a aprovação ou ratificação de termo de convênio e aditivos, a teor do que dispõe o art. 38 da Lei 8.666/93, e diferentemente do que ocorre com a simples emissão de parecer opinativo, possibilita a responsabilização solidária, já que o administrador decide apoiado na manifestação do setor técnico competente (Lei 8.666/93, art. 38, parágrafo único: “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.”).

2. Considerou-se, ainda, a impossibilidade do afastamento da responsabilidade dos impetrantes em sede de mandado de segurança, ficando ressalvado, contudo, o direito de acionar o Poder Judiciário, na hipótese de virem a ser declarados responsáveis quando do encerramento do processo administrativo em curso no TCU. Vencidos os Ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia, que deferiam a ordem. MS 24584/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.8.2007. (MS-24584)”.

- 15 A Lei de Licitações (nº 8.666/93) dispõe: “Art.38.O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente. Parágrafo único. 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. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)”

ATOS PUBLICADOS:

Portaria nº 495/08, de 2008, que “Constitui Grupo de Trabalho, no âmbito da Consultoria-Geral da União, com a finalidade de elaborar manual de uniformização e padronização de entendimento a respeito de dispensa e inexigibilidade de licitações no âmbito da Administração Pública Federal”.

Portaria nº 1.094, de 2008, que “Constitui Grupo de Trabalho com a finalidade de propor a uniformização de entendimento, no âmbito da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral Federal, a respeito dos aspectos mais relevantes e controversos sobre licitações e contratos”.

O GT, instituído pela Portaria nº 1.094, de 2008, apresentou relatório final com proposta de 26 (vinte e seis) orientações normativas na área de licitações. As orientações foram publicadas no DOU de 07.04.2009 e vão balizar as manifestações das unidades consultivas da AGU.

- i) *ESTABELECEMENTO DE PARCERIAS INSTITUCIONAIS*: internalização e disseminação, quando for o caso, de sugestões e recomendações de órgãos parceiros (TCU, MPF e CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO).

ATOS PUBLICADOS:

Foram firmados termos de cooperação com o Tribunal de Contas da União e com a Controladoria-Geral da União.

- j) *ACESSIBILIDADE A SISTEMA DE INFORMAÇÕES ESTRATÉGICAS* – estruturação de sistema de informações estratégicas no âmbito da Consultoria-Geral da União integrado ao sistema geral de informações da AGU, que promova a integração dos diversos níveis onde as informações são produzidas (central, de execução e descentralizado) e entre as atividades consultiva e contenciosa¹⁶.

16 O sistema em tela vem sendo desenvolvido pela Gerência da Tecnologia da Informação – GTI da AGU.

Esta parte do artigo pretendeu expor a tríade sob a qual se move a Consultoria-Geral da União: diagnóstico (realidade)/diretrizes (indicação de rumos)/atos publicados (tentativa de transformação da realidade para a maior racionalidade do sistema).

5 BUSCA POR NOVOS PARADIGMAS DE AVALIAÇÃO DAS ATIVIDADES DA ADVOCACIA PÚBLICA CONSULTIVA: A INADEQUAÇÃO DE CRITÉRIOS MERAMENTE QUANTITATIVOS

Importante debate a ser travado no âmbito das unidades consultivas da AGU diz respeito aos critérios utilizados para dimensionar e avaliar seu desempenho.

Trata-se de identificar alternativas ao tradicional e inadequado critério quantitativo fundado na movimentação processual.

Em meados do ano de 2008, essa questão ganhou corpo no âmbito dos órgãos consultivos da AGU.

A Consultoria-Geral da União, com o apoio do Gabinete do Advogado-Geral da União Substituto e da Gerência de Tecnologia da Informação, está buscando junto a todas as unidades da Advocacia Pública Consultiva – Consultorias Jurídicas, NAJs e Departamentos da Consultoria-Geral –, a conformação de conjunto de critérios outros, mais adequados à natureza da atividade desenvolvida por essas unidades, que possa servir de baliza, tanto para a definição da lotação ideal nessas unidades, quanto para a parametrização das avaliações de desempenho e correções ordinárias e extraordinárias realizadas pelos órgãos de controle interno da AGU, do Poder Executivo e, ainda, pelos órgãos de controle externo.

Trata-se do sistema intitulado CGU/Gestão. As expectativas são imensas quanto à aplicação dos dados que estão sendo trabalhados e sistematizados.

Temos convicção que, a partir deles, os limitados e monocórdicos procedimentos de avaliação/correição e definição de lotação ideal, fundados unicamente em aspectos quantitativos, possam adquirir a estatura e a relevância que deles se espera.

Apenas como exemplo, o procedimento administrativo referente à definição de novo marco regulatório para a demarcação

de terras dos remanescentes de quilombos, em vista da necessidade de conferir concretude ao direito constitucional posto no art. 68 do ADCT, consta no sistema AGUDOC como um *único procedimento administrativo, um único processo*.

Para os padrões atuais de correição e definição de lotação, p.ex., pouco importa que esse procedimento, que levou um ano e dois meses desde o seu início até o relatório final, tenha envolvido a realização de um sem número de reuniões, que tomaram dezenas de horas, com cerca de 30 (trinta) órgãos ou entidades da administração pública federal, consultas a trezentas comunidades remanescentes de quilombos, reuniões com Ministros de Estado e até com o Sr. Presidente da República.

Ele vale, ao final, no encaminhamento do relatório do Grupo de Trabalho ao Gabinete do Sr. Advogado-Geral da União, uma única movimentação processual.

E mais, corre-se, ainda, o risco de, em casos como esse, os órgãos de controle apontarem *“demora excessiva para produção de manifestações jurídicas”*.

É evidente o equívoco dessa avaliação. Essas circunstâncias não de ser apreciadas com as ponderações necessárias.

Assim como a interpretação literal é o mais pobre de todos os recursos hermenêuticos, quando adotada isoladamente, a avaliação quantitativa, que se vale de calculadoras, fitas métricas, cronômetros e balanças, não é a mais adequada a aferir os trabalhos da advocacia pública consultiva, quando apartada de outros instrumentos de avaliação.

A crítica que aqui se formula a procedimentos e não a órgãos, reconhece, por justiça, que esses procedimentos valem-se de dados disponíveis, daí a necessidade de serem construídos novos dados, confiáveis, adequados, que constituam a base de uma nova cultura institucional. Assim se espera.

Registre-se, contudo, que mesmo em face do obsoleto critério quantitativo, os números impressionam. Dados obtidos junto ao Protocolo Central Unificado da AGU atestam um aumento estrondoso da movimentação processual de entrada (que demonstra

o aumento da demanda) e de saída de processos (que demonstra o aumento das respostas) no Gabinete do Consultor-Geral da União.

Eis os dados que integram série histórica que se inicia em 2004 e vai até 20.03.2009:

ENTRADA							
	2004	2005	2006	2007	2008	2009	SOMA
Jan	268	207	493	312	296	288	
Fev	241	165	276	240	347	420	
Mar	275	248	311	307	409	356	*
Abr	265	255	239	323	477	-	
Mai	215	300	362	409	372	-	
Jun	290	273	337	433	522	-	
Jul	277	244	347	407	518	-	
Ago	274	223	342	428	448	-	
Set	227	255	454	384	598	-	
Out	239	340	291	495	569	-	
Nov	219	276	281	309	608	-	
Dez	194	310	295	336	497	-	
Total	2984	3096	4028	4383	5661	1064	21216
SAÍDA							
	2004	2005	2006	2007	2008	2009	SOMA
Jan	241	226	598	399	295	323	
Fev	110	180	285	267	561	631	
Mar	254	245	377	291	475	717	*
Abr	200	277	301	290	557	-	
Mai	227	302	524	515	380	-	
Jun	361	250	427	601	596	-	
Jul	286	214	453	568	607	-	
Ago	338	347	378	595	584	-	
Set	268	299	504	486	623	-	
Out	266	379	383	733	634	-	
Nov	218	263	453	502	681	-	
Dez	184	272	350	415	554	-	
Total	2953	3254	5033	5662	6547	1671	25120

Algumas análises preliminares são possíveis, a partir dos dados disponíveis:

a) *Quanto à entrada de processos:*

- a.1) Foram recebidos 21.216 processos na Consultoria-Geral da União, de 2004 até 20.03.2009;
- a.2) O número de *entrada de processos* no GAB/CGU em **2008** – 5.661 processos – é **89,71 % superior** ao número de entrada em **2004** – 2.984;
- a.3) Adotando-se como ponto de partida de análise o ano de 2004, constata-se uma crescente evolução do número de entrada de processos: *em 2005, houve aumento de 3,75% no número de processos em relação a 2004; em 2006, houve aumento de 30,10% no número de processos em relação a 2005; em 2007, houve aumento de 8,81% no número de processos em relação a 2006; e em 2008, houve aumento de 29,16% no número de processos em relação a 2007.*

b) *Quanto à saída de processos:*

- b.1) Saíram 25.120 processos na Consultoria-Geral da União, de 2004 até 20.03.2009;
- b.2) O número de saída de processos do GAB/CGU em 2008 – 6.547 processos – é 121 % superior ao número de saída em 2004 – 2.953;
- b.3) Adotando-se como ponto de partida de análise o ano de 2004, constata-se uma crescente evolução do número de saída de processos: *em 2005, houve aumento de 10,19% no número de processos em relação a 2004; em 2006, houve aumento de 54,67% no número de processos em relação a 2005; em 2007, houve aumento de 12,50% no número de processos em relação a 2006; e em 2008, houve aumento de 15,63% no número de processos em relação a 2007.*

c) *Relação entrada/saída de processos:*

- c.1) O único ano em que a entrada foi superior a saída de processos, em valores absolutos, foi o ano de 2004: *houve um “deficit” de 31 processos;*

- c.2) Nos demais anos da série histórica, houve “*superavit*”, vale dizer, saíram, ano a ano, mais processos que entraram na Consultoria-Geral da União, o que implica dizer, de uma forma geral, que além de atender aos processos que ingressavam, eliminava-se, gradativamente, parte do “estoque” de processos pendentes;
- c.3) Eis os dados: em 2005, “*superavit*” de 158 processos; em 2006, “*superavit*” de 1.005 processos; em 2007, “*superavit*” de 1.279 processos; em 2008, “*superavit*” de 886 processos.

Outras análises serão possíveis a partir dos dados obtidos, que ficarão a cargo do Departamento de Informações Estratégicas desta Consultoria-Geral da União, além da consecução de novos dados, talvez mais esclarecedores que os atuais.

Registro, de plano, que uma importante conclusão pode ser extraída dos dados citados.

É o atendimento a uma das principais diretrizes estabelecidas pelo atual Advogado-Geral da União, em 2007, no início de sua gestão, qual seja, a necessidade de se viabilizar maior acessibilidade à AGU, maior visibilidade e reconhecimento da relevância de suas atribuições como órgão de Estado que provê interpretações e dirime controvérsias jurídico-constitucionais sobre questões que se arrastam por cinco, dez e até quinze anos na administração pública federal (e.g. o caso dos anistiados do Governo Collor), e que afetam diretamente os direitos dos cidadãos.

Os dados extraídos do Protocolo Central da AGU atestam essa afirmação.

6 RUMO À MISSÃO PRINCIPAL DA ÁREA CONSULTIVA DA AGU: A SUSTENTABILIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

6.1 ALGUMAS QUESTÕES CONCEITUAIS

Antes de tratar do papel da AGU na formulação e implementação das políticas públicas do Estado brasileiro, é fundamental que algumas questões conceituais sejam enfrentadas.

O primeiro aspecto a ser abordado diz com o conceito de políticas públicas.

Pode-se afirmar que são um conjunto de políticas, programas, projetos e atividades promovido pelo Estado brasileiro, por intermédio de seus órgãos

e entidades, destinado a ofertar bens e serviços públicos à população de modo a tornar efetivos os direitos individuais, econômicos, sociais e ambientais previstos no texto constitucional e no ordenamento infraconstitucional.

Há que se detalhar um pouco mais quais são os componentes desse conceito:

- a) as competências dos órgãos e entidades na formulação, implementação e avaliação das políticas públicas;
- b) o arranjo institucional – eventual articulação envolvendo órgãos e entidades da administração pública federal, outros Poderes, outros entes da federação, estruturação de sistemas e definição de contrapartidas;
- c) o financiamento da política pública - recursos públicos finitos - opções;
- d) os mecanismos que viabilizem a participação popular – controle social do Estado – definição sobre quais são os atores;
- e) os segmentos da população elegíveis para cada política;
- f) os mecanismos de operacionalização;
- g) a avaliação, a realimentação e a eventual redefinição das políticas públicas.

Importa lembrar que algumas políticas públicas e programas adquiriram, com a Constituição de 1988, *status* constitucional, entre outros: seguro-desemprego, saúde, educação, previdência social, assistência social, política de reforma agrária, política urbana, política ambiental, política indigenista, política fundiária para as comunidades remanescentes de quilombos, etc.

Esse modelo analítico de Constituição, lembre-se, foi fruto da legítima opção do poder constituinte originário em face das circunstâncias históricas, culturais, sociais e econômicas de nosso povo.

Assim, é necessário regulamentar, detalhar e conferir segurança àqueles que serão alcançados pelas políticas, em face da criação de direitos e deveres.

Decorrência lógica dessa constatação é que, em muitos casos, a formatação das políticas públicas necessariamente virá com a instrumentalização normativa, vale dizer, a criação de direitos e deveres dar-se-á por intermédio de emendas constitucionais, leis, decretos, portarias e instruções normativas¹⁷.

Assim, contata-se a necessidade de se conferir suporte jurídico à regulamentação das normas constitucionais que prevêm o dever do Estado brasileiro na oferta de bens e serviços públicos para a população, assim como detalhar e conferir segurança àqueles que serão alcançados por essas políticas.

6.2 OS PODERES E AS POLÍTICAS PÚBLICAS

O Poder Executivo é o Poder legitimado constitucionalmente a tomar a iniciativa de formular e implementar políticas.

Possui competência privativa de encaminhar matérias orçamentárias que instrumentalizam as políticas públicas e os programas de governo¹⁸.

Há, também, como visto, a necessidade de promover a densificação das políticas públicas que tenham sede constitucional.

As políticas públicas são, então, a materialização das promessas e propostas de campanha vitoriosas na eleição e que representam uma dada concepção de organização do Estado e da sociedade.

Trata-se de movimento legítimo e que representa a essência do regime democrático e republicano fundado em eleições livres e na alternância do poder.

Ao Poder Executivo também é atribuído o poder/dever de dispor sobre a organização e funcionamento da administração pública, quando

17 São exemplos do afirmado: o Programa de Aceleração do Crescimento – PAC (Decreto 6.025/07); Programa Universidade para Todos – PROUNI (Lei 11.096/05); Programa de Inclusão Digital (Lei 11.196/05 e Decreto 5.602/05); Plano Nacional de Políticas para as Mulheres - PNPM (Decreto 5.390/05); Programa Bolsa Família (Lei 10.836/04); o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03), dentre vários outros.

18 CF/88, art.165.

não implicar em aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos, de modo a tornar efetivas as políticas públicas¹⁹.

O Poder Legislativo, por seu turno, possui ampla possibilidade de manifestação e deliberação, ressalvados limites constitucionais significativos, como vedação de aumento de despesas em projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República²⁰.

Esses limites ao Poder Legislativo aplicam-se quando ocorrem as hipóteses constitucionais de iniciativa legislativa privativa do Presidente da República, como a criação de cargos, funções ou empregos públicos; a criação ou extinção de Ministérios e de órgãos e entidades da Administração Pública.

Atua, ainda, o Poder Legislativo no controle e fiscalização das políticas públicas com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

O Poder Judiciário promove o controle de constitucionalidade e de legalidade dos componentes das políticas públicas.

Há, inclusive, a possibilidade eventual de controle de mérito, nos casos de legislação desarrazoada. Segundo o Supremo Tribunal Federal, o poder de legislar não é ilimitado, há que se preservar o mínimo intangível assegurador da dignidade do ser humano.

A possibilidade de controle do mérito ocorre, também, quando os Poderes Executivo e Legislativo demitem-se da obrigação de tornar efetivos direitos constitucionais²¹.

A atuação do Poder Judiciário também tem sido considerada possível quando políticas públicas são previstas na própria Constituição, partindo-se da premissa de que a norma programática não pode ser vista como promessa constitucional incosequente²².

19 CF/88, art. 84, VI.

20 CF/88, art.63,I.

21 Precedente: ADPF nº 45, julgada em 29.04.2004, relator Ministro Celso de Mello.

22 Precedente: RE-AgR 410715/SP, 22.11.2005, Relator Celso de Mello.

6.3 A AGU E AS POLÍTICAS PÚBLICAS: POSSIBILIDADES E DESAFIOS A SEREM ENFRENTADOS

Na esfera consultiva da advocacia pública federal, é possível a participação da AGU, na etapa de formulação das políticas públicas, na definição dos contornos constitucionais e jurídicos, principalmente pelas Consultorias Jurídicas, em matérias setoriais.

Em matérias que transcendam a competência de um único órgão, temos participado ativamente, seja em grupos de trabalho, seja em resposta a consultas.

Outra atuação possível é aquela junto ao TCU e ao Congresso Nacional, destacando-se a necessidade de participação em audiências públicas e reuniões técnicas para que contornos jurídicos e constitucionais de políticas públicas complexas e polêmicas possam ser explicitados, antes da deliberação daqueles órgãos colegiados.

A análise dos projetos de lei, inclusive aqueles que tratam de políticas públicas, que retornam do Congresso para a sanção presidencial a fim de serem identificados vícios de inconstitucionalidade, *ex vi* do art. 66 da CF, também é uma espécie de atuação possível.

Na etapa da implementação das políticas públicas, as manifestações da advocacia pública consultiva podem ocorrer, no assessoramento dos órgãos públicos e na eliminação de dúvidas que surjam ao longo do processo.

A partir dessa análise pode ser proposto redirecionamento de rumos no caso de serem identificados gargalos jurídicos surgidos na implementação. Tal fenômeno relaciona-se ao processo de realimentação do ciclo das políticas públicas.

Outra possível atuação, bastante identificável nas políticas públicas de corte transversal, que perpassam diversos órgãos e entidades da administração pública federal, é a fixação da interpretação a ser seguida no âmbito da Administração Pública Federal a partir do equacionamento de controvérsias.

Tal fixação pode ocorrer por intermédio das conciliações promovidas no âmbito da Câmara de Conciliação da Administração Federal - CCAF, Departamento integrante da Consultoria-Geral da União.

Pode, também, no caso de não se obter êxito nos procedimentos conciliatórios ou não ser hipótese admissível no âmbito da CCAF, ser a controvérsia jurídica solucionada por intermédio da arbitragem.

Pareceres emitidos pela Consultoria-Geral da União aprovados pelo Advogado-Geral vinculam as partes que controvertem e, no caso de aprovação pelo Exmº Sr. Presidente da República, vinculam toda administração pública federal²³.

Destaque-se, contudo, que mesmo não sendo aprovada pelo Sr. Presidente da República, a manifestação do Advogado-Geral da União impõe, por força do contido na Lei Complementar nº 73, de 1993, sua observância por todos as unidades da Advocacia-Geral da União²⁴.

Lembro que os NAJs foram incorporados a esse esforço, em seu âmbito territorial de atuação, no que concerne à implementação das políticas públicas finalísticas dos órgãos federais descentralizados, seja por pareceres, arbitrando o conflito, seja na coordenação de procedimentos conciliatórios locais²⁵.

Outra possibilidade é a participação na elaboração de teses jurídicas e coordenação da atuação de órgãos e entidades em defesa de suas competências na formulação e implementação de políticas públicas junto ao Tribunal de Contas da União quando houver entendimento divergente entre a Corte de Contas e a Advocacia-Geral da União²⁶.

23 *Ex vi* do art. 40, da Lei Complementar nº 73, de 1993.

24 A Lei Complementar nº 73/93 dispõe:

“Art. 27. Os membros efetivos da Advocacia-Geral da União têm os deveres previstos na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, sujeitando-se ainda às proibições e impedimentos estabelecidos nesta lei complementar.

Art. 28. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros efetivos da Advocacia-Geral da União é vedado:

[...]

II - contrariar súmula, parecer normativo ou orientação técnica adotada pelo Advogado-Geral da União;

[...]

25 Ver art. 19 do Ato Regimental nº 05, de 2007.

26 Ver art. 19 do Ato Regimental nº 05, de 2007.

A assistência ao Sr. Presidente da República no controle interno da legalidade dos atos administrativos é outra modalidade de interface com as políticas públicas.

A disseminação de pareceres vinculantes já elaborados e a revisão daqueles ultrapassados pela evolução legislativa, jurisprudencial ou hermenêutica, também se inserem nesse âmbito de atuação da advocacia pública consultiva.

Por fim, o preparo de informações em Ações Direta de Inconstitucionalidade - ADIns e de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPFs em que esteja sendo questionada a constitucionalidade de normas que veiculem políticas públicas é uma clara manifestação desse recorrente contato da AGU com a temática das políticas públicas.

Percebe-se, então, o amplo espectro de atuações possíveis da área consultiva da AGU quando se trata de assegurar a higidez constitucional das políticas públicas.

6.4 PRÉ-REQUISITOS PARA A ATUAÇÃO EFETIVA NA FORMULAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Para que a advocacia pública consultiva possa exercer de forma efetiva seu principal mister, é fundamental que supere obstáculos presentes em seu cotidiano.

Cuida-se de atender a alguns requisitos prévios.

O primeiro deles é resistir ao “abraço da morte” das atribuições cotidianas: minimizar a influência e reduzir o tempo despendido com tarefas repetitivas, temas recorrentes, referentes à área-meio dos órgãos, que são fundamentais, mas que absorvem parte significativa da jornada.

Tal redução somente será alcançada com esforço de padronização e uniformização daquilo que pode ser (unificado), evitando-se o retrabalho em atividades-meio e disseminando-se orientações e pareceres normativos.

Outro requisito a ser cumprido é potencializar a integração das ações dos órgãos jurídicos.

A aproximação com as áreas finalísticas dos órgãos, para que os fundamentos das políticas públicas sejam compreendidos, faz parte da necessidade de aprofundar a cultura dialógica em que o Direito se relacione com outras áreas do conhecimento.

Há diversas questões, no âmbito das políticas públicas, para as quais o Direito não possui as respostas completas.

Deve-se buscar, com afinco, a eliminação da cultura do conflito envolvendo gestores e advogados públicos, a partir da superação de bloqueios, barreiras e pré-compreensões de parte a parte.

Há que se afastar o mito de que, de um lado, para os gestores, os advogados públicos são formalistas em excesso e impedem a execução das políticas públicas; e, de outro, para os advogados públicos, importa por de lado a idéia de que somente nós, técnicos do Direito, detemos o monopólio da virtude e da moralidade pública.

Assumindo o ônus da redundância, é imperiosa a aproximação entre as dimensões consultiva e contenciosa da AGU para que haja, de um lado, o esclarecimento sobre os fundamentos constitucionais e jurídicos de dada política pública e, de outro lado, sejam atualizadas as correções de rumo quanto à legalidade e eventualmente quanto ao mérito, empreendidas pelo Poder Judiciário.

7 CONCLUSÃO

É uma agenda monumental a ser enfrentada, que impõe uma constante reflexão sobre os reais motivos da existência dos órgãos de assessoramento jurídico.

Tentou-se, neste artigo, ainda que de forma precária e tangencial, demonstrar que a verdadeira missão da advocacia pública consultiva é conferir segurança jurídica às políticas públicas do Governo, já que essas são a materialização das promessas de campanha, escolhidas pela população, pelo voto direto, no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Conferir segurança jurídica significa, tendo como fundamento o ordenamento jurídico-constitucional, apontar as melhores alternativas, ou as alternativas possíveis, que levarão à concretização dos direitos fundamentais assegurados constitucionalmente a todos os cidadãos brasileiros.

Brasília, 27.03.2009.

REFORMA POLÍTICA: APERFEIÇOAMENTO OU RETROCESSO PARA O PLENO EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA BRASILEIRA?¹

Alceu José Cicco Filho

*Aluno do 8º semestre de Direito do Centro Universitário de Brasília – Uniceub.
Pesquisador do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq.
Orientadora: Prof. Doutora Maria Elizabeth Guimarães T. Rocha*

SUMÁRIO: 1 Ponderações Iniciais; 2 O Enigma da Lista Aberta Vs Lista Fechada; 3 Perspectivas da Lista Aberta e Fechada sobre a ótica do Cidadão; 4 Perspectivas da Lista Aberta e Fechada sobre a ótica do Candidato; 5 Perspectivas da Lista Aberta e Fechada sobre a ótica do Ente Partidário; 6 Conclusão; 7 Referências.

¹ Pesquisa realizada no VI Programa de Iniciação Científica do Uniceub sob a orientação da Ministra Maria Elizabeth G. T. Rocha, Ministra do Superior Tribunal Militar.

RESUMO: Esse trabalho acadêmico, cujo objeto de estudo alicerça-se na sistemática das listas partidárias, examinou os efeitos causados aos atores políticos - eleitor, candidato e partido - após o potencial advento de um novo modelo de lista partidária, inserido no Projeto de Lei 2.679/03, que se diferencia amplamente do arquétipo de lista aberta acolhido desde meados de 1945. A relevância desse estudo traduz-se, especialmente, na dualidade entre a lista aberta e a lista fechada, perpassando pela busca de cientificamente desmistificar algumas das múltiplas facetas do sistema eleitoral brasileiro, como também elucidar os aspectos positivos e negativos dessa potencial mudança de ordem político-constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Listas Partidárias. Reforma Política. Sistema Representativo. Sistema Eleitoral. Sufrágio.

1 PONDERAÇÕES INICIAIS

Consagrada nos Projetos de Lei 2.679/03 e 1.712/03, a Reforma Política dispõe acerca de numerosos institutos dentre os quais destacam-se as pesquisas eleitorais, o voto de legenda em listas partidárias preordenadas, a instituição de federações partidárias, o funcionamento parlamentar, a propaganda eleitoral, o financiamento de campanha e as coligações partidárias, alterando a Lei n.º 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), a Lei n.º 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos) bem como a Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições).

Presente na Ciência Política e no Direito Constitucional, a Reforma Política Brasileira tem sido objeto de análise e de estudo desde o fim dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte. Inicialmente, a proposta foi instituir o parlamentarismo como sistema de governo, adotar um sistema distrital misto com cláusula de barreira de 5% para a Câmara dos Deputados e acolher o Voto Facultativo. Essa primeira sugestão parte do pressuposto de que o sistema político brasileiro cada vez mais encontra-se em um estado político deplorável, resultante da combinação entre presidencialismo e multipartidarismo.²

Todavia, dezoito anos após a promulgação da Carta Magna, as modificações no sistema eleitoral brasileiro não foram em demasia surpreendentes:

- a) redução, por ocasião da Revisão Constitucional de 1993, do mandato presidencial de cinco para quatro anos;
- b) exclusão dos votos brancos do cálculo do quociente eleitoral (o que provocava sua elevação artificial);
- c) instituição, em 1996, da reeleição para os cargos executivos;
- d) extinção, em 1998, da regra que definia os deputados como candidatos natos (independentemente da vontade

2 Para Lessa, o que se nota é uma agenda marcada "por uma teoria da representação mínima". Conforme Santos, vislumbra-se uma tentativa de retomar o controle oligárquico sobre a competição política no Brasil, controle esse que estaria, segundo o autor, ameaçado na última década pelo acentuado crescimento numérico do eleitorado e do público atento. Apud MELO, Carlos MELO, Carlos Ranulfo. **Reforma Política em Perspectiva Comparada na América do Sul**. UFMG: Belo Horizonte. 2006. p. 55.

- das convenções partidárias) às eleições imediatamente subsequentes;
- e) aprovação em 2006, do fim da verticalização³ obrigatória das coligações partidárias;
 - f) aprovação em 2006 de regras mais rígidas sobre o financiamento das campanhas eleitorais, as quais determinam a) o cancelamento de registro de candidatura ou cassação de mandato no caso de uso comprovado de “caixa 2”; b) a divulgação de dois relatórios parciais de arrecadação e gastos por parte dos candidatos durante a campanha, sem necessidade de revelar doadores; c) a proibição de que entidades beneficentes e religiosas, entidades esportivas e organizações não-governamentais que recebam recursos públicos, organizações da sociedade civil de interesse público, façam doações de campanha; d) a proibição de showmícios e distribuição de brindes pelos candidatos.

Neste prisma, Carlos Ranulfo Melo ensina que:

[...] são modificações pontuais, nada que permita dizer que qualquer uma das duas agendas esteja sendo efetivada. Em dois casos, nos votos brancos e no quociente eleitoral, foram realizados aperfeiçoamentos incrementais da legislação. O fim da verticalização significou uma reação do Congresso a uma interpretação do TSE no que concerne às coligações para as eleições majoritárias. A redução do mandato presidencial teve como objetivo principal eliminar a figura da eleição solteira, fazendo coincidir as eleições estaduais e a nacional. Somente as modificações aprovadas nos mecanismos de financiamento eleitoral, em 2006, guardam relação com momentos de crise política e levam em conta os humores da opinião pública.⁴

3 A verticalização foi instituída pelo TSE para as eleições de 2002 por meio de uma interpretação da legislação já existente. Determinava que as coligações estabelecidas para as eleições estaduais fossem coerentes com aquelas definidas para a disputa da presidência da República. A doutrina é unânime ao dizer que longe de garantir coerência às coligações, a verticalização apresentou duas consequências não previstas: a) a proliferação de alianças informais nos estados entre partidos, ou setores de partidos, que no plano nacional concorriam em coligações diversas e, b) a desistência, por parte de alguns partidos, de participar formalmente da disputa presidencial – lançando candidato ou coligando-se – como forma de manter a liberdade para as coligações estaduais. Em 2006, o Congresso aprovou legislação específica sobre o assunto, liberando as coligações a partir de 2008.

4 MELO, Carlos Ranulfo, *op. cit.*, p. 56.

Essa questão restringe-se ao fato da Reforma Política não ter constado na agenda de quaisquer dos presidentes eleitos desde 1989. Tanto Fernando Henrique como Lula, e.g., lograram o feito de obter ao seu favor maioria legislativa, viabilizando não somente a aprovação de parte expressiva de suas metas e objetivos políticos, mas nos casos em que a iniciativa fosse parlamentar o projeto só seria amparado pelos demais membros do Congresso se guardasse conexão com os interesses do Executivo. Eis a justificativa para reformas específicas, ocultando-se em covardes aperfeiçoamentos, que unicamente contribuem para iludir e silenciar a *vox populi*, criando falsos estímulos à legitimidade no Poder e servindo como ilusão e mecanismo de arrefecimento às frágeis mentes doentis. Quiçá tenha sido nesse contexto que Nietzsche asseverou “O Estado é o mais frio de todos os monstros. Ele mente friamente; de sua boca sai esta mentira: Eu, o Estado, sou o povo”.⁵

Tendo em vista a nítida impossibilidade de dar a justa e merecedora atenção a todos os institutos presentes nos projetos de lei supramencionados, optou-se por limitar o estudo em questão sob a dualidade das listas fechadas e abertas, a fim de que o resultado final seja a apresentação de uma pesquisa minuciosa e atenta às diversas facetas inerentes ao tema que ora se propõe a examinar.

Nesse ponto cabe trazer a lume que a relevância e o estudo dessa questão estão associados ao fato de a Reforma Política se manifestar com grande presença e proximidade da realidade social contemporânea, proporcionando ao povo um instrumento hábil a materializar o sonho, talvez adormecido, de um governo pautado no interesse público, no bem da Polis e no progresso da coletividade.

Assim, mostrou-se e se impôs muito mais que um estudo doutrinário com teses puramente acadêmicas, carentes de uma proximidade com o corpo social. Fez-se merecedora da atenção da sociedade ao demonstrar que é o único meio capaz de sanar o câncer político que contamina por metástase a política nacional e corrompe o velho ideário de representantes *pro societatis*⁶.

5 NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zaratustra**. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 51.

6 Simone Goyard-Fabre relembra que em Platão “a desunião entre governantes e governados que aderem de maneira rígida a seus princípios leva uma Cidade-Estado à catástrofe: foi o que aconteceu com a Pérsia, que se autodestruíu devido a seu despotismo, assim como com Atenas, arruinada pelos excessos da liberdade. Em contrapartida, a conciliação, ou até a união estabelecida entre os princípios opostos defendidos pelos reis e pelos súditos, é o penhor de uma boa política na qual autoridade e liberdade precisam uma da outra”.

Tal estudo revela-se ainda mais imperioso, pois em um meio onde as diferenças entre classes cada vez mais se afirmam, onde o acesso a direitos mínimos e básicos é obstaculizado e a *vox populi* igualmente ignorada e negada, onde impera a impunidade e o desrespeito à legalidade constituída, sem dúvida, há que se pensar nas várias dimensões que fazem emergir e reforçar a necessidade de uma reforma, seja tributária, previdenciária, mas antes política.

2 O ENIGMA DA LISTA ABERTA VS LISTA FECHADA

Reveste-se de grande importância no sistema de representação proporcional a fixação em listas dos nomes dos candidatos a cargos políticos, a fim de que o eleitor, quando do sufrágio, possa indicar aquele que dentre os elencados melhor reflete suas aspirações e anseios.

Uma primeira opção é a lista fechada, também conhecida como preordenada, na qual os partidos definem previamente às eleições não somente os nomes que comporão a lista, mas também a ordem dos mesmos. Desta forma, o eleitor já não mais pode votar de forma pontual, precisa, isto é, em nomes específicos, mas apenas no partido, ou melhor, na lista proferida pela agremiação partidária. Seguindo este raciocínio, as vagas que a entidade política obtiver serão conferidas para os primeiros nomes, assim, se um partido elege dez representantes, tão-somente os dez primeiros nomes ocuparão tais vagas. Como adepta deste sistema, a Argentina,⁷ antes mesmo da reforma constitucional de 1994, contemplava em seu sistema eleitoral o instituto das listas fechadas, agregando-se também a este rol grandes democracias como a África do Sul, Espanha, Israel e Portugal, tendo a Itália utilizado o sistema de lista fechada pela primeira vez nas eleições de 2006.

Outra alternativa é a adoção da lista aberta, sistema em que a deliberação acerca de quais candidatos serão eleitos e legitimados a

O que deve se destacar desse raciocínio é tese de Platão ao afirmar que embora impossível uma política perfeita, possível seria, no entanto, a criação de uma política alicerçada na autoridade dos chefes e nas aspirações do povo. GOYARD-FABRE, Simone. **O que é a Democracia?**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 80.

7 Interessante mencionar que a lei argentina possui uma norma de obrigatoriedade de posição competitiva da lista. Assim, cada terceira posição deve ser ocupada por uma mulher. Se, por exemplo, um partido estiver concorrendo a somente duas vagas num Distrito, ao menos um dos candidatos deverá ser do sexo feminino. Nos países que usufruem deste sistema, mas que não internalizaram esta peculiaridade, como a Costa Rica, a República Dominicana e a Venezuela, a possibilidade de mulheres no exercício da função pública é reduzida. Na Costa Rica, por exemplo, os partidos tendem a colocar as mulheres nos últimas posições da lista partidária, dificultando a chance de eleição.

representar a *vox populi* depende exclusivamente dos eleitores. *A priori*, os partidos elaboram uma lista de candidatos e o eleitor vota em um dos nomes ali elencados, distribuindo-se as cadeiras obtidas pelo partido aos nomes que obtiveram maior aprovação social; aqueles que conseguiram auferir um maior número de votos. Esse sistema é amplamente utilizado no Brasil e em soberanias outras como Finlândia, Chile e Polônia⁸.

O Brasil faz uso do sistema proporcional de lista aberta desde 1945, antes de outros países que se notabilizaram por utilizá-la como a Finlândia em 1955 e o Chile em 1958. As vagas auferidas pelas entidades partidárias, ou também no caso de coligações entre partidos⁹, são ocupadas pelos aspirantes aos cargos políticos cujos votos foram superiores aos demais que compunham a lista. No Brasil, os eleitores possuem o condão de realizar uma votação pontual, no nome do eleitor, como também há a possibilidade de um voto partidário, isto é, na legenda¹⁰, a *contrario sensu*, pois, de outros países onde os eleitores obrigatoriamente devem votar em um dos nomes elencados na lista, a fim de que o seu voto seja contabilizado para o partido.

Jairo Nicolau ensina que por volta de 1950 o sistema de lista aberta brasileiro tornou-se um constante objeto de críticas da classe politizada e entendedor da *res publica*. O primeiro motivo que deu origem à propagação de críticas foi o fato de durante a campanha eleitoral, ao invés de cooperarem entre si, os candidatos seriam estimulados a competirem pelas possíveis cadeiras obtidas pelos partidos. Como consequência, os candidatos se sentiriam incentivados a pedir votos em prol de suas causas e de forma individual, gerando poucos incentivos para enfatizar a campanha partidária, colaborando para promover a “personalização” e desestruturar os partidos.¹¹

Em 2003, a Comissão Especial de Reforma Política da Câmara dos Deputados, presidida pelo deputado Ronaldo Caiado, sugeriu a substituição do sistema de lista aberta pelo de lista fechada nas eleições para Câmara

8 FLEISCHER, David. Reforma Política no Brasil: uma história sem fim. In: **Revista do Curso de Direito**. v. 5, n. 1, p. 11, jan./jun. 2004.

9 É importante sublinhar que as coligações entre os partidos funcionam como uma única lista; ou seja, os mais votados da coligação, independentemente do partido ao qual pertençam se elegem.

10 O voto de legenda é contado para distribuir as cadeiras entre os partidos, mas não tem nenhum efeito na distribuição das cadeiras entre os candidatos.

11 NICOLAU, Jairo. **Lista Aberta – Lista Fechada**. UFMG: Belo Horizonte, 2006. p. 134.

dos Deputados, Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais. O juízo vigorou sinalizando a favor da lista fechada por duas razões precípua: primeiro porque impulsionaria o fortalecimento de vínculos entre os eleitores e os partidos, como também porque atuaria de forma compatível com o financiamento exclusivamente público das campanhas eleitorais. No tocante a este último, o argumento estava alicerçado na dificuldade em se controlar os gastos do fundo de campanha devido ao imensurável contingente de candidatos que disputam as eleições.

3 PERSPECTIVAS DA LISTA ABERTA E FECHADA SOBRE A ÓTICA DO CIDADÃO

Aqueles que são contra a sistemática da lista fechada alegam que ela seria um óbice ao voto direto, consagrado a nível constitucional. Se considerada de forma pontual e específica, essa peculiaridade é um aspecto negativo, visto que renega a soberania popular e afasta os princípios democráticos que necessariamente devem perpetuar no sistema. Consoante Wessels, o controle dos eleitores sobre aqueles que devem ou não exercer a função pública é minimizado e fica cingido à distribuição geral dos votos entre as agremiações partidárias.¹² Nos dizeres de Cristian Klein, “em vez de escolher mais, o eleitor escolhe menos, pois há uma transferência de soberania para os partidos”¹³.

Se esse é o argumento que prepondera na justificação da continuidade da lista aberta no sistema, faz-se oportuno mencionar que esta última representa na mesma proporção um óbice à plena vontade do cidadão visto que deturpa e inebria, ao fim e ao cabo, a pretensão primeira do eleitor¹⁴. Tais fragilidades se traduzem no já decantado intercâmbio eloqüente de parlamentares para outras legendas, na possibilidade de as coligações permitirem que o sufrágio conferido a um candidato auxilie a nomear outros concorrentes, bem como faz imperar um baixo controle da atuação parlamentar pelo eleitor, devido à dificuldade de armazenar o nome dos candidatos tempos após a eleição. Logo, a lista aberta não representaria uma panacéia aos vícios e males petrificados no sistema representativo brasileiro.

Outro fundamento amparado por aqueles que admitem a lista fechada é a possibilidade de o eleitorado focar-se na figura do ente

¹² KLEIN, Cristian, op. cit., p. 43.

¹³ Ibid.

¹⁴ NICOLAU, Jairo. **O Sistema Eleitoral de Lista Aberta no Brasil**. Working Paper nº 70, Centre for Brazilian Studies.

político, em vez de votar em candidatos. Deste modo, deixar-se-ia de sufragar propostas individuais dos concorrentes, concentrando o eleitor sua preferência em torno de programas partidários, notável expoente da identificação partidária.

No que concerne a esta, a literatura estrangeira alicerçada sobretudo em Mainwaring e Sartori, esboça o Brasil como um país onde a relação entre agremiações partidárias e eleitor é extremamente precária, pois estes seriam avessos aos princípios doutrinários, ao programa do partido e às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção da entidade partidária. Essa assertiva, todavia, não merece prosperar. No ano 2000 o Ibope declarou que aproximadamente 58% da classe votante brasileira possui afinidade com algum partido político,¹⁵ um resultado extremamente favorável se comparado com a média mundial de 45,3%¹⁶.

Na mesma pesquisa, o Ibope asseverou não haver qualquer correlação entre o instituto da identificação partidária e o sistema eleitoral adotado em determinado país. Como dados concretos, as soberanias que fazem uso da lista fechada como Espanha, Eslovênia, Israel e Noruega apresentaram como média de afinidade a algum ente político o índice de 43,5%, ao passo que as nações que acolhem a lista com voto preferencial, isto entendido lista aberta, flexível e livre, mostraram resultados bem análogos, com 43%. Assim, a idéia de justificar o acolhimento das listas preordenadas com o intuito de fomentar a relação entre eleitor e partido é um marco equivocado, primeiro porque não há um resultado coerente e certo da influência do sistema eleitoral sobre a identificação partidária e mesmo que houvesse tal não seria necessário, pois o eleitorado brasileiro contempla laços relativamente estreitos e harmônicos com o ente político.

Ainda na esfera da identificação partidária, merece destaque a sua face reversa; o sentimento antipartidário. Naqueles sistemas em que há uma grande proximidade do eleitor na figura da entidade partidária, quando a sociedade passa por situações extremistas como crises políticas e perda da legitimidade institucional, o desencanto ou a ira do

15 Pesquisa Ibope (OPP 217/00). Amostra nacional com 2 mil entrevistados. Perguntou-se "O senhor tem preferência ou simpatia maior por algum destes partidos políticos?".

16 **Comparative Study Of Electoral Systems**. Disponível em: <www.csesdb.com>. Acesso em: 22 de janeiro de 2008. A indagação feita foi "*Do you usually think of yourself as close to any particular political party?*", isto é, você se considera próximo a algum partido político específico?. Tradução livre.

eleitor é direcionada principalmente às agremiações partidárias. Tem-se como exemplo clássico o caso da Venezuela e Bolívia onde o sistema utilizado perpassava pela dialética da lista fechada. Com o constante e crescente descontentamento social iniciaram reformas no sistema político direcionadas a acolher o voto personalizado em detrimento da cultura até então praticada do sufrágio partidário.

Na Venezuela a preocupação dos agentes políticos não mais era refletir no poder a vontade e as aspirações emanadas do seio da coletividade, função precípua de um sistema representativo¹⁷, mas focavam-se unicamente no interesse dos partidos.

O que bradava a sociedade venezuelana era que os parlamentares exercessem o seu mandato não em virtude de um direito próprio, mas em razão de sua qualidade de representantes¹⁸ ou, nos dizeres de Friedrich Glum, deveriam permitir que os fins transcendessem os interesses individuais¹⁹. Só aceitaram, contudo, modificar o sistema quando os índices de abstinência da população no sufrágio alcançaram picos elevadíssimos de 40%²⁰.

O caso boliviano, do mesmo modo, ocasionou uma grande perda da estabilidade institucional, acendendo a ruptura da legitimidade e sinalizando a necessidade de mudanças político-eleitorais. Logo, mesmo um sistema político alicerçado na centralização dos partidos, há sempre a possibilidade de os efeitos refletidos serem divergentes daqueles que se cobiçam, como a apatia e até mesmo a represália dos eleitores a todo o sistema político. Neste particular Cristian Klein entende que a lista aberta contempla em si um aspecto positivo, pois em situações de grande decepção do eleitorado, como o recente caso de corrupção que ocorreu no Brasil no período de 2005 a 2006, o eleitor se sente “tentado” a legitimar alguma candidatura individual, já que não associa o problema ao partido, o transfere, pois, a uma mera e solitária candidatura.

17 Conforme propunha o Marques de Mirabeau, em discurso na Assembléia de Provença em 1789, a função era a de fazer um mapa acurado das divisões e tendências da sociedade, nele se refletindo as várias correntes políticas. Buscou-se enfatizar que o sistema representativo seria o único meio para se realizar a representação exata a todos os grupos significativos do eleitorado. CARSTAIRS. Andrew McLaren. *A Short History of Electoral Systems in Western Europe*. Londres: George Allen&Unwin, 1980.

18 MEIRELLES TEIXEIRA, J.H. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Forense Universitária, 1991. p. 487.

19 BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 13. ed. Malheiros: São Paulo. 2006.

20 KLEIN, Cristian, op. cit., p. 52.

4 PERSPECTIVAS DA LISTA ABERTA E FECHADA SOBRE A ÓTICA DO CANDIDATO

Há que se ressaltar que as listas partidárias não exercem influência unicamente no eleitorado, não minimizam sua extensão ao cidadão, mas também refletem seus efeitos no próprio candidato. Assim, uma das múltiplas facetas que envolvem o tema é a relação existente entre lista partidária e o aspirante à função política.

Carey e Shugart ensinam que uma das primeiras conseqüências das listas sobre aqueles aspirantes ao cargo político é a maneira e os meios pelos quais realizarão sua campanha eleitoral rumo ao legislativo. A premissa que se tem é que na sistemática das listas fechadas o candidato possui grande incentivo para criar vínculo com o partido, sobretudo com os líderes, uma vez que se traduzem como responsáveis por ordenar a lista. No sistema aberto, a contrario sensu, os concorrentes buscam a simpatia dos eleitores, pois são eles quem legitima e sufraga os candidatos ao poder,²¹ atentando o pretendente à função política para além da entidade partidária; na lista fechada o candidato volta-se para os muros da agremiação, que se converte no seu principal distrito eleitoral.²²

Esse personalismo refletido nas listas abertas não é um aspecto intensamente negativo, já que proporciona benefícios na medida em que facilita o encargo dos representantes de prestar contas face aos representados, termo doutrinariamente conhecido como *accountability*. Justamente neste diapasão é que Estados como a Venezuela, Bolívia e Dinamarca, buscaram, em vários momentos históricos, impulsionar uma relação pessoal entre político e cidadão. Na Alemanha, por exemplo, a personalização da política é tão crucial que o sistema distrital misto é popularmente denominado “representação proporcional personalizada”.

A característica precípua, portanto, do modelo fechado de lista é que esse ratifica a dificuldade de disseminar a reputação pessoal e envolve o partido como magno protagonista da arena política. Nesse cenário a disputa entre candidatos do mesmo partido ocorre no

21 CAREY, John; SHUGART, Matthew. **Incentives to Cultivate a Personal Vote: a Rank Ordering of Electoral Formulas.** *Electoral Studies*, vol. 14, n.º. 4, 1995. p. 417.

22 KLEIN, Cristian, op. cit., p. 54

período pré-eleitoral e não no momento eleitoral propriamente dito,²³ adiantando-se os concorrentes à ocasião em que o ente indica os nomes que serão elencados na lista, visto que almejam posições de destaque face aos demais membros da mesma agremiação. Relevante deixar claro que a lista fechada não extingue a necessidade de se edificar uma reputação pessoal, mas a restringe, sobretudo, ao alcance da instituição partidária.

Na Alemanha, aquele que almeja um lugar político deve percorrer o que é chamado de *Ochsentour*²⁴, ou seja, inicia sua carreira no partido ostentando encargos em posições carecedoras de destaque e conforme este intenso e dificultoso processo de ascensão política vai se dando, ele é recompensado, aproximando-se cada vez mais do seu objetivo final que é, por certo, a oportunidade de entrar no Parlamento; uma trilha que leva em média 10,5 anos.

No esboço da lista fechada a competição entre os membros do partido no decorrer das eleições é desnecessária e irracional, visto que a lista já se encontra estruturada, consubstanciando os nomes e a ordem dos mesmos nessa engenharia política. O desígnio, *a posteriori*, passa a ser um lento e árduo processo de angariar os votos do eleitorado ao partido.

Contrapondo-se a esse paradigma, a lista aberta reduz a disputa intrapartidária no período pré-eleitoral, mas opera como uma onda aterrizante durante o momento eleitoral propriamente dito. Como a titularidade para se determinar a colocação final dos candidatos pertence unicamente aos cidadãos, que o faz por intermédio do sufrágio, não é equivocado afirmar que a grande competição só é impulsionada e ganha estímulos durante a campanha. Não há que se negar que a lista aberta instiga a competição entre candidatos do mesmo partido, afinal para que o aspirante à função pública logre a eleição é requisito precípuo constar entre os nomes mais votados da agremiação a qual encontra-se inserido. No entanto, ao contrário do que se anuncia, essa disputa não é alarmante, possuindo índices não muito robustos, tendo em vista que há uma grande cessão de votos tanto dos concorrentes sobrepujados, como daqueles que galgaram patamares ao superar o quociente eleitoral, e ao fim e ao cabo auxilia na eleição de integrantes do mesmo partido.

23 LIMONGI, Fernando. Voto Distrital, Voto Proporcional e Coligações. In: **Reforma Política e Cidadania**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo. 2003. p. 465.

24 A tradução literal do termo exprime a vulgar expressão "caminho de boi". No entanto, no meio político quer dizer todo e qualquer trajeto que tem que passar o agente até alcançar o reconhecimento político.

Nesse mister, reveste-se de essencialidade impedir que os concorrentes da mesma agremiação disputem eleitorados similares, tornando-se ausentes perante determinados agrupamentos de eleitores ou até mesmo permitindo que candidatos de outros partidos façam as vezes. Por tais motivos, o *modus faciendi* de elaboração da lista de candidatos é um fator vital para a estratégia eleitoral.

O argumento de que o sistema preordenado de lista é mais benéfico face à exacerbada competição intrapartidária consubstanciada na lista aberta não é merecedor de prestígio. Ainda que não alcançando índices elevados, é possível evitá-la ao investir no perfil do candidato, analisando-o e instruindo-o a atuar naquela específica base eleitoral, evitando, pois, a temida concorrência pelo mesmo eleitorado. Para tanto, imperioso é um procedimento que envolva minuciosa seleção interna, bem como uma efetiva coordenação pela direção partidária. Para Nicolau, deve-se ponderar “critérios geográficos, atraindo nomes de diversas regiões do estado, evitando superposições de candidatos da mesma área, e tenderiam a privilegiar nomes com prestígio junto a setores específicos do eleitorado”.²⁵

Não o bastante, bradam os idealistas afirmando que a lista aberta ocasiona ao candidato sensações de dúvida e incerteza, resultando uma instabilidade superior àquela contemplada na lista fechada. Defendem que no contexto idealizado pela lista aberta a disputa entre concorrentes se perfaz em ambiente público, e de uma forma ou de outra está sobre a égide dos caprichos e humores de um ator político que nem sempre se tem dados precisos sobre ele: o eleitor. Logo, tem-se mais incerteza. Partindo do princípio de que na sistemática da lista fechada quem a define é o dirigente partidário, alguém que o candidato conhece relativamente bem devido ao amplo convívio no decorrer da vida política, o resultado é a maior previsibilidade.²⁶

Essa instabilidade, portanto, resultante do sistema aberto fomentaria elevados investimentos na campanha. A possível economia do dispêndio com a implantação da lista fechada é factível, pois suprimir-se-ia a constante disputa entre os candidatos, restando tão-somente a competição entre as entidades partidárias; para aqueles que a amparam, a diminuição dos agentes em competição, do mesmo modo,

25 NICOLAU, Jairo. **O sistema Eleitoral de Lista Aberta no Brasil**. UFMG: Belo Horizonte. 2006.p.9.

26 NICOLAU, Jairo. **Lista Aberta – Lista Fechada**, *op. cit.*, p. 135.

minimizaria o esforço da Justiça Eleitoral de fiscalizar um contingente extremamente vasto de candidatos, focando-se unicamente nas entidades políticas e atuando de forma mais célere e eficiente no combate à corrupção.

Aos que acolhem a lista preordenada, conforme proposta elencada no Projeto de Lei nº. 2679, o bem maior seria a sua compatibilidade com o financiamento exclusivamente público de campanha,²⁷ atuando como mecanismo apto a impedir a prevalência do poder econômico nas disputas eleitorais, coibindo também a busca de recursos para tais campanhas junto a grupos econômicos, bancos, empreiteiras de obras e empresas concessionárias de serviços públicos.

Assim, a aliança conjurada entre lista preordenada e financiamento público de campanha afastaria, ao menos em tese, a inclinação à corrupção. De certo atuaria como um óbice à já decantada e repetitiva compra de votos, uma vez que a *ratio* do sistema giraria em torno do voto partidário e, por conseguinte, apta a obstaculizar a presença de recursos não contabilizados, o chamado caixa dois, visto que os atores políticos e patrocinadores privados estariam sobre a égide de uma fiscalização eficaz e seriam austeramente apenados²⁸.

Todavia, deve-se deparar com tais benefícios com grande precaução, pois a corrupção na dialética cerrada poderia se disseminar a outros ramos. Ao invés de ocorrer compra de votos, os concorrentes, com ânsia de colher êxitos nessa conquista, poderiam focar-se na aquisição de melhores posições na lista partidária, direcionando a propina aos dirigentes do partido. De acordo com este raciocínio, se, porventura, ocorressem eventuais escândalos na seara política, o sentimento de aversão da sociedade à classe politizada seria extremamente elevado, pois recursos públicos estariam sendo direcionados para a manutenção de um sistema eleitoral alicerçado em entidades partidárias antiéticas, sem qualquer apreço aos bons costumes, tampouco à lisura que deve nortear o exercício da função pública.

27 O atual modelo brasileiro é parcialmente público, uma vez que os partidos recebem recursos da União por meio do fundo partidário e da utilização do horário eleitoral gratuito, que apesar do nome, não é de graça; o Estado recompensa rádios e TVs, concedendo isenção fiscal.

28 NICOLAU, Jairo. **Lista Aberta – Lista Fechada**, op. cit., p. 135.

5 PERSPECTIVAS DA LISTA ABERTA E FECHADA SOBRE A ÓTICA DO ENTE PARTIDÁRIO

Outro aspecto de magna relevância no tocante ao tema em tela é, por certo, a análise dos efeitos e dos impactos causados aos partidos com o advento desse novo arquétipo de listas.

É cediço que em todas as democracias uma das funções precípuas que envolvem a entidade partidária gira em torno da deliberação daqueles que representarão o ente político, podendo esse processo sofrer variações de maior ou menor centralização. Processos abertos legitimam o *individualist behavior*, um comportamento individualista dos políticos, pois edificariam laços pessoais com seus eleitores, fragilizando o ente partidário. A *contrario sensu*, procedimentos mais estreitos atuariam como mecanismo de proteção à direção da agremiação, gerando liames organizacionais.

Explanado ao largo desse artigo, o sistema fechado de lista confere aos partidos a possibilidade de legitimar seus candidatos de forma centralizada, priorizando a obediência e a rígida disciplina às diretrizes da agremiação. Logo, a idéia de voto preferencial é rejeitada a fim de que candidatos não colham os ditos vínculos pessoais e, conseqüentemente, se subordinem ao ente.

Para Figueiredo e Limongi a lista aberta desestruturaria os partidos na medida em que subtrai das lideranças os mecanismos de punição daqueles que contradizem as diretrizes partidárias²⁹. Destarte, pelo fato de atenuar a supremacia das decisões dos dirigentes, a lista aberta seria a causa dos demais males que assolam o sistema político brasileiro, e ao fim acabaria por desestabilizar a coesão interna das legendas, desestruturaria o pensamento do eleitor e deturparia a identificação partidária.³⁰

Tal assertiva não deve ser acolhida sem um mínimo de cautela e razoabilidade em sua interpretação, visto que a modalidade aberta, do mesmo modo que os demais sistemas possuem o condão de definir

29 FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. Incentivos Eleitorais, Partidos e Política Orçamentária. **DADOS - Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 45, n. 2, p. 303-339, 2002.

30 DULCI, Otávio S. A Incomoda Questão dos Partidos no Brasil: Notas para o Debate da Reforma Política. In: M. V. Benevides, P. Vannuchi e F. Kerche (orgs.), **Reforma Política e Cidadania**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003. p. 12

os mecanismos de ordem procedimental e instrumental que partidos acolherão para controlar seus membros. Um nítido exemplo é o que ocorreu com o Partido dos Trabalhadores em meados de 1997. Ao concorrer na sistemática da lista aberta, fez-se uma organização disciplinada e dificultou o individualismo “através da institucionalização de diversos mecanismos de sanção, inclusive o controle do acesso à legenda e a ameaça de expulsão”³¹.

Outro exemplo a ser sopesado é o sistema partidário finlandês, reafirmando e ratificando que lista aberta não exclui a construção de partidos bem estruturados:

O caso finlandês torna evidente que não podemos formular uma hipótese geral de que sistemas de lista aberta sempre têm efeitos deletérios sobre a construção partidária [...]. O sistema partidário (finlandês) é marcado por profundas divisões ideológicas; os partidos são programáticos; as organizações partidárias são fortes³².

Nesse ponto, conveniente é a alusão ao estudo de Owens que ao contrário do que se espera, demonstra na dialética da lista fechada a possibilidade de persistirem partidos menos coesos e até mesmo individualistas, caso este que se vivencia e vislumbra na realidade política rotineira da Áustria, Bélgica, Venezuela e Argentina³³.

Shugart reconhece que o Brasil, ainda que no panorama das listas abertas, possui mecanismos de controle sobre as candidaturas, concedendo-lhe um *score* que corresponde ao dos países em que a supremacia do ente partidário se faz valer face aos seus membros³⁴. Sem embargo, mesmo que tal controle não fosse algo peculiar do sistema pátrio, o processo de seleção não é o único instrumento que legitima a disciplina partidária, visto que os dirigentes ainda possuem na arena eleitoral o controle do horário político e, na arena legislativa,

31 SAMUELS, David. Determinantes do Voto Partidário em Sistemas Eleitorais Centrados no Candidato: Evidências sobre o Brasil. **Dados - Revista de Ciências Sociais**, v. 40, n. 3, p. 526, 1997.

32 MAINWARING, Scott. op. cit., p. 46.

33 OWENS, John E. *Explaining Party Cohesion and Discipline in Democratic Legislatures: Purposiveness and Contexts*. The Journal of Legislative Studies, v. 9, nº. 4, 2003. p. 22.

34 SHUGART, Matthew S. *Extreme Electoral Systems and the Appeal of the Mixed-Member Alternative*. In: **M.S. Shugart e M. Wattenberg (eds.)**, Mixed-Member Electoral Systems – The Best of Both Worlds?. Oxford: Oxford University Press, 2001.p.37.

determinados direitos parlamentares que adjudicam à direção partidária a centralização desse condão decisório.³⁵ Assim:

[...] a construção de “partidos fortes” não passa, necessariamente, pela mudança do sistema eleitoral. Partidos são fortalecidos por regras internas, pertinentes à sua própria organização.

[...]

Nosso argumento é que as propostas de reforma eleitoral no Brasil têm sido enviesadas pela obsessão de fortalecer artificialmente os partidos, isto é, reforçando os poderes dos líderes – poderes esses, que, hoje, embora vulneráveis aos resultados das urnas, não são poucos³⁶.

Inserir, por conseguinte, a lista preordenada no atual cenário brasileiro iria de encontro ao aprimoramento dos pequenos grupos de liderança partidária. Não é difícil entender que o advento da lista fechada privilegiaria em maior ênfase os dirigentes das entidades políticas e o controle sobre as candidaturas atingiria tal nível de onipotência que resgataria e faria vívido antigos conceitos de caciquismo e oligarquização partidária.

6 CONCLUSÃO

Diante dos comentários tecidos ao largo desse artigo deve-se atentar que a necessidade de uma reforma no âmbito político-eleitoral está ligada à sociedade brasileira na mesma proporção em que estão os velhos valores de respeito à soberania popular, às regras de civismo e aos princípios que norteiam uma democracia verdadeiramente consolidada. Analisá-la é especialmente rememorar patriotismo e consciência política, é o chamado à construção de novos pilares, de novos fundamentos em prol de toda coletividade, favorecendo a restauração de um corpo social doentio e severamente molestado.

Em uma brevíssima síntese, pode-se inferir que várias das críticas e análises voltadas à lista aberta não se sustentam empiricamente e uma possível mudança para a lista preordenada não representaria

35 FIGUEIREDO; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na Nova Ordem Constitucional*. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

36 KLEIN, Cristian, op. cit., p. 80.

uma alternativa satisfatória, uma vez que a ausência de *accountability* personalizado, a tendência à oligarquização partidária e a possibilidade de estimular o sentimento antipartidário superaram em demasia os benefícios esperados. Essa conclusão não implica na afirmativa segundo a qual o sistema de lista aberta está livre de defeitos, consubstanciando a plenitude das virtudes, mas reconhece, sobretudo, a necessidade de reestruturá-lo e adequá-lo ao cenário político pátrio.

Essas, portanto, foram as conclusões oriundas desse minucioso estudo de investigação, devendo nortear e servir de suporte a qualquer perspectiva de mudança. A proposta de adoção da lista fechada no Brasil não somente gerou grande controvérsia e discussão entre estudiosos, mas também no âmbito político, na *ratio* dos jornalistas, formadores de opinião e até mesmo entre o cidadão, o “simples eleitor”, paciente de uma reforma que insurge-se em forma de ingerências dramáticas nas instituições brasileiras.

É de interesse legítimo do cidadão se interar e tecer comentários sobre a *res* pública, criticando o sistema político e propondo a melhoria de seus elementos constitutivos; é cidadania. Quicá tenha sido nesse contexto que Dallari salientou que construir cidadania é também construir novas relações e consciências, pois revela algo que não se aprende tão somente por intermédio doutrinário, mas com a convivência na vida social e pública.

É na vivência rotineira, cotidiana que aperfeiçoamos o senso de cidadania que paira e se acolhe na mente humana, por intermédio das relações desenvolvidas com a coisa pública e política. É um desafio que não chega ao fim, não é mera tarefa, onde se faz a sua parte, apresenta e tem-se cumprida a missão. Enquanto indivíduos inseridos e pertencentes a um constante processo de aperfeiçoamento, estaremos eternamente procurando, desmistificando e adquirindo consciência mais vasta dos direitos e das obrigações cívicas. Talvez jamais possamos ousar e apresentar a tarefa que nos foi proposta pronta, pois novos desafios na vida social e política surgirão, exigindo novas conquistas e, portanto, mais cidadania³⁷.

37 DALLARI, Dalmo. Disponível em: <http://64.233.169.104/search?q=cache:Os0RlaoHTwwJ:www.dhnet.org.br/ direitos/sos/textos/oque_e_cidadania.html+construir+cidadania+%C3%A9+tamb%C3%A9m+construir+novas+rela%C3%A7%C3%B5es+e+consci%C3%A4ncias&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=1&gl=br>. Acesso em: 18 de ago. 2008>.

7 REFERÊNCIAS

Aristóteles. **A Política**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BAWN, Kathleen. The Logic of Institutional Preferences: German Electoral Law as a Social Choice Outcome. **American Journal of Political Science**, v. 37, n. 4, nov.1993.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. 6. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 13. ed. Malheiros: São Paulo. 2006

_____. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CAIN, Bruce; FERREJOHN, John; FIORINA, Morris. **The Personal Vote – Constituency Service and Electoral Independence**. Harvard University Press, 1987.

CAREY, John; SHUGART, Matthew. **Incentives to Cultivate a Personal Vote: a Rank Ordering of Electoral Formulas**. Electoral Studies, vol. 14, n.º. 4, 1995.

CARSTAIRS. Andrew McLaren. *A Short History of Electoral Systems in Western Europe*. Londres: George Allen&Unwin, 1980

CINTRA, Antônio Octávio. **A Proposta de Reforma Política: Prós e Contras**. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/publicacoes/estnottec/tema3/pdf/2004_14292.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2007.

_____. **O Sistema Eleitoral Alemão como Modelo para a Reforma do Sistema Eleitoral Brasileiro**. Câmara dos Deputados: Brasília, 2000.

COMPARATIVE STUDY OF ELECTORAL SYSTEMS. Disponível em:<<http://www.csesdb.com>>. Acesso em: 22 de jan. de 2008.

DALLARI, Dalmo. Disponível em: <http://www.an.com.br/anescola_e/2007/jun/19/09.jsp> Acesso em:18 de ago. 2008.

DIRCEU, José; IANONI, Marcus. **Reforma Política: Instituições e Democracia no Brasil Atual**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1999.

- DOS SANTOS, Wanderley Guilherme. **Crise e Castigo: Os Partidos e Gerais na Política Brasileira**. Rio: Vértize-Iuperj, 1987.
- DULCI, Otávio S. A Incomoda Questão dos Partidos no Brasil: Notas para o Debate da Reforma Política. In: M. V. Benevides, P. Vannuchi e F. Kerche (orgs.). **Reforma Política e Cidadania**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003
- FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. **Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.
- _____. Incentivos Eleitorais, Partidos e Política Orçamentária. Rio de Janeiro, **DADOS - Revista de Ciências Sociais**, v. 45, n. 2, p. 303-339, 2002.
- _____. **Os Partidos Políticos nas Constituições Democráticas**. Belo Horizonte, 1966, versão em português da tese de doutorado *Le Statut Constitutionnel des Partis Politiques au Brasil, en Italie em Allemagne et em France Paris*, 1960.
- FLEISCHER, David. Reforma política e financiamento das campanhas eleitorais. In: **Cadernos Adenauer. nº 10. Os custos da corrupção**. Fundação Konrad Adenauer, 2000.
- _____. Reforma Política no Brasil: uma história sem fim. In: **Revista do Curso de Direito**. v. 5, n. 1, jan./jun. 2004.
- GOYARD-FABRE, Simone. **O que é a Democracia?** São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KINZO, Maria. Os Partidos no Eleitorado: Percepções Públicas e Laços Partidários no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v.20, n. 57, 2005.
- KLEIN, Cristian. **O Desafio da Reforma Política**. Mauad: Rio de Janeiro, 2007.
- LAMOUNIER, Bolívar. **A Democracia Brasileira no Limiar do Século 21**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 1996.
- LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. 3. ed. São Paulo: Minelli, 2006.
- LIJPHART, Arend. **As Democracias Contemporâneas**. Lisboa: Gradiva Publicações, 1989.
- _____. The Political Consequences of Electoral Laws, 1945-1985. **American Political Science Review**, v. 84, n. 2, 1990.

LIMONGI, Fernando. Mesa “Voto Distrital, Voto Proporcional e Coligações”. In M. V. Benevides, P. Vannuchi e F. Kerche (orgs.), **Reforma Política e Cidadania**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.

_____. Voto Distrital, Voto Proporcional e Coligações. In: **Reforma Política e Cidadania**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo. 2003.

MAINWARING, Scott. **Rething party systems in the third wave of democratization: The case of Brazil**. Stanford: Stanford University Press, 1999.

_____. Políticos, Partidos e Sistemas Eleitorais – O Brasil numa Perspectiva Comparada. **Novos Estudos Cebrap**, n. 29, 1991.

UNGLAUB, Manfred. Eleições e Sistema Político: Experiências com o Voto Distrital Misto na Alemanha. In: **Partidos e Sistemas Eleitorais em Tempos de Reforma**. Winfried Jung et al. Debates n.9, São Paulo: Konrad Adenauer Stiftung, 1995.

MANIN, Bernard. The Principles of representative government. Cambridge: Cambridge University Express, 2002.

MAYORGA, René. La democracia en Bolivia consolidación o desestabilización?. Pensamiento iberoamericano: **revista de economía política**, n.14, jul. 1988.

MEIRELLES TEIXEIRA, J.H. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

MELO, Carlos Ranulfo. **Reforma Política em Perspectiva Comparada na América do Sul**. UFMG: Belo Horizonte. 2006.

NICOLAU, Jairo M. **O Sistema Eleitoral de Lista Aberta no Brasil**. Working paper, n. 70, Centre for Brazilian Studies, 2006.

_____. **Lista Aberta – Lista Fechada**. UFMG: Belo Horizonte, 2006.

_____. **O sistema Eleitoral de Lista Aberta no Brasil**. UFMG: Belo Horizonte. 2006.

NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zaratustra**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

NOHLEN, Dieter. Changes and Choices in Electoral Systems. In: **Choosing an Electoral System: Issues and Alternatives**. A. Lijphart and B. Grofman. New York: Praeger, 1984.

- OWENS, John E. **Explaining Party Cohesion and Discipline in Democratic Legislatures: Purposiveness and Contexts**. *The Journal of Legislative Studies*, v. 9, nº. 4, 2003.
- RANULFO, Carlos. **Reforma Política em Perspectiva Comparada na América do Sul**. UFMG: Belo Horizonte. 2006.
- RICOLFI, Luca. Il Voto Proporzionale e il Nuovo Spazio Politico Italiano. **Rivista Italiana di Scienza Política**. anno XXIV, n.3, 1994.
- SAMUELS, David. Determinantes do Voto Partidário em Sistemas Eleitorais Centrados no Candidato: Evidências sobre o Brasil. **Dados - Revista de Ciências Sociais**, v. 40. n. 3, p. 526, 1997.
- _____. Sources of Mass Partisanship in **Brazil**: Latin America Politics and Society. v. 48, n. 2, p.1-27, 2006.
- SARTORI, Giovanni. **Engenharia Constitucional**: Como mudam as Constituições. Brasília: UnB, 1996.
- _____. Sistemas Electorales. In: **Elementos de Teoria Política**. G. Sartori. Madrid: Alianza Editorial, 1992.
- SHUGART, Matthew S. Extreme` Electoral Systems and the Appeal of the Mixed-Member Alternative. In: **M.S. Shugart e M. Wattenberg (eds.), Mixed-Member Electoral Systems – The Best of Both Worlds?**. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- SOARES, Gláucio; RENNÓ, Lucio. Projetos de Reforma Política na Câmara dos Deputados. In: **Reforma Política**: Lições da História Recente. Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- SOBIERAJSKI, Denise Goulart Schlickmann. **Financiamento de Campanhas Eleitorais**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.
- TAVARES, José Antônio Giusti Tavares. **Sistemas Eleitorais nas Democracias Contemporâneas**: Teoria, Instituições e Estratégias. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.
- TAAGEPERA, Rein; SHUGART, Matthews S. **Seats and Votes: The Effects and Determinants of Electoral Systems**. New Haven, Yale University Press, 1989.
- WEBER, Max. **A Política como Vocação**. UnB: Brasília. 2003.

DA PRIVATIVIDADE DO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO POR SEUS MEMBROS

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 A Constitucionalização das funções institucionais da Advocacia-Geral da União e de seus Membros; 3 A Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e o exercício de suas funções institucionais; 4 Outros diplomas legais que apontam no mesmo sentido; 5 A excepcionalidade do exercício das funções institucionais da Advocacia-Geral da União; 6 O entendimento sobre o tema consagrado no âmbito da Advocacia-Geral da União; 7 O entendimento sobre o tema no âmbito do Supremo Tribunal Federal; 8 Conclusões.

RESUMO: Quem pode exercer, de forma lícita, nas perspectivas constitucional e legal, as funções institucionais da Advocacia-Geral da União (a representação judicial e extrajudicial da União e as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo)? A Constituição, a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União (AGU), a legislação infraconstitucional pertinente, o posicionamento jurídico da própria AGU e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal apontam uniformemente no mesmo sentido. Em condições regulares ou normais, as funções institucionais da AGU são exercidas somente pelos ocupantes dos mais relevantes cargos comissionados de direção da instituição e pelos Membros titulares de cargos efetivos das carreiras jurídicas.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia. Advocacia Pública. Advocacia-Geral da União. Funções institucionais. Exercício. Privatividade.

1 INTRODUÇÃO

Quem pode exercer, de forma lícita, nas perspectivas constitucional e legal, as funções institucionais da Advocacia-Geral da União? Curiosamente, a indagação fundamental, componente da própria identidade da AGU, registra respostas inusitadas e, até mesmo, inaceitáveis, no seio da instituição.

Um dos casos mais emblemáticos das visões internas “distorcidas” em torno do tema pode ser encontrado no Parecer PGFN nº 970, de 1997. Ali restou consignado, por mais incrível que possa parecer, que os Procuradores da Fazenda Nacional, bem assim os demais membros das carreiras da Advocacia-Geral da União, não foram contemplados, quer pelo constituinte, quer pelo legislador ordinário, com atribuições “privativas” de representação judicial da União.

Nas Consultorias Jurídicas dos Ministérios ainda subsiste um quadro consideravelmente preocupante. Segundo levantamento realizado pela Corregedoria-Geral da Advocacia da União no final de 2007, a partir de Procedimento Correicional Extraordinário¹, quase 40% (quarenta por cento) dos servidores envolvidos diretamente com as atividades de assessoria e consultoria jurídicas da União naqueles órgãos não ocupavam cargos efetivos das carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União.

Portanto, estamos diante de uma daquelas situações em que é preciso afirmar, reafirmar e demonstrar o *óbvio*.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E DE SEUS MEMBROS

O Texto Maior definiu, no *caput* do art. 131, as funções institucionais da Advocacia-Geral da União². Com efeito, a representação judicial e extrajudicial da União e a consultoria e o assessoramento

1 “c) Procedimentos Correicionais - desenvolvidos, principalmente, no exercício das atribuições previstas nos artigos 5º, inciso II e 32, inciso II, da Lei Complementar nº 73/1993, quando a investigação não requeira deslocamento da equipe correicional para fins de inspeção *in loco*, mediante a busca e análise de informações relativas ao órgão correicionado, ou à servidor, cuja atuação funcional estiver sendo examinada, de ofício ou a partir de representação;”. Relatório de Atividades do Exercício de 2007 da Corregedoria-Geral da Advocacia da União. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2009.

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

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 títulos³.

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 Magna⁴. 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 União⁵ e b) a definição de que as funções institucionais da Advocacia-Geral da União são exercitáveis pelos integrantes de suas carreiras jurídicas⁶.

3 “§2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos”.

4 “II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”.

5 “Analisando a concepção de agentes públicos adotada pela Constituição de 1988, *Moreira Neto* (1991, p. 245) aduz que os agentes que exercem as funções essenciais à justiça (dentre os quais se incluem os membros da Advocacia-Geral da União) são verdadeiros ‘agentes políticos’. Isto porque ‘há muito que o direito político deixou de considerar o provimento eletivo como o critério definatório do político: o traço diferenciativo deslocou-se para a *indisponibilidade* da função pública desempenhada’ (MOREIRA NETO, 1991, p. 244). Tratam-se, portanto, de agentes públicos de existência necessária (e não contingente), a qual se prende ‘ao exercício diferenciado de funções derivadas do Poder Uno do Estado, estritamente vinculadas à sua finalidade e, por isso, com cargo de autoridade própria’ (MOREIRA NETO, 1991, p. 244). Tal concepção de agente político, por óbvio, pressupõe a exclusividade no exercício das atribuições de tais agentes, as quais, como regra, não podem ser desempenhadas por terceiros”. MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008. p. 57. A referência a *Moreira Neto* corresponde ao eminente jurista Diogo de Figueiredo *Moreira Neto*.

6 “No que tange à exclusividade no exercício das competências da Advocacia-Geral da União por parte de membros de suas carreiras (com exceção do próprio Advogado-Geral da União, de livre nomeação

O primeiro sentido, reafirmado, ainda no Texto Maior, precisamente no art. 29, parágrafo segundo, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias⁷, 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 “canibalismo” 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 1993⁸. 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

pelo Presidente da República), isto se revela corolário da própria leitura dos §§ 1º e 2º do art. 131 da Constituição de 1988. Clarividente, assim, a regra de que as referidas competências não podem ser exercidas por pessoas não integrantes das carreiras da instituição”. MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008. p. 57.

7 “§ 2º - Aos atuais Procuradores da República, nos termos da lei complementar, será facultada a opção, de forma irretroativa, entre as carreiras do Ministério Público Federal e da Advocacia-Geral da União”.

8 “Art. 28. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros efetivos da Advocacia-Geral da União é vedado: I - exercer advocacia fora das atribuições institucionais;”

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 instituição⁹. Depreende-se, pois, do discurso constitucional que instituição e carreiras formam uma necessária simbiose. Não existe um sem o outro.

9 A carreira de Procurador Federal convive com uma situação muito peculiar. Com efeito, os Procuradores Federais não são Membros da Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 2º, parágrafo quinto, da Lei Complementar nº 73, de 1993. Ocorre que a Procuradoria-Geral Federal, *habitat* natural dos Procuradores Federais, integra, de fato e de direito, a Advocacia-Geral da União. Assim, é de todo conveniente utilizar a expressão “carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União” envolvendo os Advogados da União, os Procuradores da Fazenda Nacional e os Procuradores Federais.

Convém destacar que o discurso da Lei nº 10.480, de 2002, particularmente o seu art. 9º, deve ser tomado com o devido cuidado e de forma sistêmica. Não guarda nenhuma lógica ou sentido a existência de um órgão (a PGF) despersonalizado e vinculado, portanto, estruturalmente alheio, à Advocacia-Geral da União. Notadamente, quando esse órgão não integra a Presidência da República ou algum dos Ministérios. Assim, a leitura racional do comando legal, segundo os cânones da ordem constitucional brasileira, impõe a conclusão de que a PGF integra, compõe ou faz parte da Advocacia-Geral da União, assim como a Procuradoria-Geral da União e a Consultoria-Geral da União.

Nesse sentido, observe-se que as leis orçamentárias da União para 2008 e 2009 não contemplam orçamentos separados para a AGU e para a PGF. As dotações orçamentárias para o funcionamento da PGF estão inseridas no âmbito da AGU.

Também deve ser ressaltada a correção da proposta de nova Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, elaborada sob a orientação do Advogado-Geral da União, Ministro José Antônio Dias Toffoli, que contempla explicitamente os Procuradores Federais como Membros da Advocacia-Geral da União, ao lado dos Advogados da União e dos Procuradores da Fazenda Nacional.

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.

3 A LEI ORGÂNICA DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E O EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS

A privatividade do exercício das funções institucionais da Advocacia-Geral da União por seus Membros pode perfeitamente ser desdobrada do quadro normativo constitucional regente da matéria.

Ocorre que o legislador complementar, especificamente o legislador da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, com precisão e propriedade, obediente ao Texto Maior, eliminou qualquer dúvida residual em torno do assunto.

A Lei Complementar nº 73, de 1993, elencou como Membros da Advocacia-Geral da União os ocupantes dos mais relevantes cargos comissionados de direção da instituição ao lado dos integrantes das carreiras de Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional e Assistente Jurídico¹⁰. Não há menção, sequer tangencial, a “outros” membros, mesmo transitórios, da instituição ou vinculados a ela, a quem poderia ser atribuído o exercício de alguma das funções institucionais da Advocacia-Geral da União.

Atribuiu-se à Corregedoria-Geral da Advocacia da União a competência básica, ou fundamental, de fiscalizar as atividades funcionais dos Membros da instituição, vale dizer, dos ocupantes dos cargos das carreiras antes indicadas, podendo, inclusive, receber e

10 “Art. 2º, § 5º - 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”.

Registre-se que o art. 11 da Lei nº 10.549, de 2002, transformou em cargos de Advogado da União os cargos efetivos, vagos e ocupados, da carreira de Assistente Jurídico.

processar representações relativas à atuação funcional¹¹. Mais uma vez, importa registrar, não há menção, sequer lateral, a fiscalização de “outros” agentes incumbidos do exercício das funções institucionais da AGU. Imagine-se o absurdo, sob todos os postos de vista, do exercício de estrita fiscalização sobre os integrantes das carreiras da Advocacia-Geral da União e a ausência desse controle, viabilizando “frouxa” atuação, sobre “outros”, mesmo transitórios, “agentes” da advocacia pública. Assim, restou consignada a fiscalização tão-somente sobre os Membros da instituição porque somente esses exercem, em condições regulares ou normais, as funções de consultoria e assessoramento jurídicos e de representação judicial e extrajudicial da União.

Como Membros da instituição Advocacia-Geral da União, aqui vista como um sistema de órgãos e agentes públicos responsáveis pelo exercício da Advocacia Pública da União, os integrantes das carreiras da Advocacia-Geral da União gozam de certas prerrogativas, ainda insuficientes, para garantia de isenção no exercício de suas atribuições. É justamente por essa razão que existe o Conselho Superior da AGU¹². É justamente por esse motivo que existem aspectos da vida funcional dos integrantes das carreiras da Advocacia-Geral da União que não são tratados de forma idêntica as dos demais servidores, notadamente os servidores de apoio administrativo da própria instituição. Esses aspectos são justamente os concursos, as promoções, as remoções e as habilitações em estágio confirmatório.

Essa última ordem de considerações, afastando o trato de inúmeros aspectos da vida funcional dos Membros da Advocacia-Geral da União da inserção, pura e simples, na organização tradicional dos serviços administrativos, permite a conclusão de que a existência de “outros” advogados da União, desprovidos das garantias inscritas na Lei Complementar nº 73, de 1993, não se coaduna com a condução do interesse público nessa seara. Não parece razoável que a União possa ter advogados de duas classes ou categorias: uma fração investida de garantias, ainda que insuficientes,

11 “Art. 5º - A Corregedoria-Geral da Advocacia da União tem como atribuições: I - fiscalizar as atividades funcionais dos Membros da Advocacia-Geral da União; [...] III - apreciar as representações relativas à atuação dos Membros da Advocacia-Geral da União; [...] VI - instaurar, de ofício ou por determinação superior, sindicâncias e processos administrativos contra os Membros da Advocacia-Geral da União”.

12 “Art. 7º - O Conselho Superior da Advocacia-Geral da União tem as seguintes atribuições: I - propor, organizar e dirigir os concursos de ingresso nas Carreiras da Advocacia-Geral da União; II - organizar as listas de promoção e de remoção, julgar reclamações e recursos contra a inclusão, exclusão e classificação em tais listas, e encaminhá-las ao Advogado-Geral da União; III - decidir, com base no parecer previsto no art. 5º, inciso V desta Lei Complementar, sobre a confirmação no cargo ou exoneração dos Membros das Carreiras da Advocacia-Geral da União submetidos à estágio confirmatório; IV - editar o respectivo Regimento Interno”.

para o exercício isento das atribuições¹³ e outra parte submetida a toda sorte de pressões ou injunções, sem os mecanismos ou meios para frear tais investidas indevidas.

Por outro lado, o legislador complementar, atento aos ditames constitucionais do art. 131, parágrafo segundo, regulou, em linhas gerais, notadamente no art. 21¹⁴, como se processam os concursos públicos para “ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição”, repetindo aqui o discurso constitucional. Custa crer que o legislador constituinte, seguido fielmente pelo complementar, tenha dispensado atenção aos integrantes das carreiras da Advocacia-Geral da União como alguns, entre “outros”, advogados da União.

O art. 28 da Lei Complementar nº 73, de 1993, fixou um austero, um rígido, um espartano modelo para o exercício da advocacia pública. Com efeito, o legislador, para os Membros da Advocacia-Geral da União, só permitiu o desempenho da advocacia no âmbito das funções institucionais¹⁵. Sublinhe-se que sequer em causa própria o Advogado da União ou o Procurador da Fazenda Nacional podem atuar¹⁶. Assim,

13 Não custa ressaltar a insuficiência das garantias e prerrogativas atualmente inscritas na Lei Complementar nº 73, de 1993. Tal quadro deve ser substancialmente alterado se vingar a proposta de nova Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, elaborada sob a orientação do Advogado-Geral da União, Ministro José Antônio Dias Toffoli.

14 “Art. 21. O ingresso nas carreiras da Advocacia-Geral da União ocorre nas categorias iniciais, mediante nomeação, em caráter efetivo, de candidatos habilitados em concursos públicos, de provas e títulos, obedecida a ordem de classificação. §1º Os concursos públicos devem ser realizados na hipótese em que o número de vagas da carreira exceda a dez por cento dos respectivos cargos, ou, com menor número, observado o interesse da Administração e a critério do Advogado-Geral da União. §2º O candidato, no momento da inscrição, há de comprovar um mínimo de dois anos de prática forense. §3º Considera-se título, para o fim previsto neste artigo, além de outros regularmente admitidos em direito, o exercício profissional de consultoria, assessoria e diretoria, bem como o desempenho de cargo, emprego ou função de nível superior, com atividades eminentemente jurídicas. §4º A Ordem dos Advogados do Brasil é representada na banca examinadora dos concursos de ingresso nas carreiras da Advocacia-Geral da União. §5º Nos dez dias seguintes à nomeação, o Conselho Superior da Advocacia-Geral da União deve convocar os nomeados para escolha de vagas, fixando-lhes prazo improrrogável. §6º Perde o direito à escolha de vaga o nomeado que não atender à convocação a que se refere o parágrafo anterior”.

15 “Art. 28. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros efetivos da Advocacia-Geral da União é vedado: I - exercer advocacia fora das atribuições institucionais;”. Segundo o GLOSSÁRIO (de atos normativos e entendimentos) da Corregedoria-Geral da Advocacia da União, “a suspensão pelo exercício da advocacia privada correspondeu a cerca de 30% das punições aplicadas pelo Advogado-Geral da União nos anos de 2007 e 2008 (até outubro)”. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 11 jan. 2009.

16 A vedação não se aplica quando a postulação, mesmo em juízo, como nos Juizados Especiais Cíveis, não reclama a condição de advogado e não caracteriza ato privativo dessa última condição. Nesse sentido é

mais uma vez não parece razoável que o legislador tenha construído uma sistemática que volta, de forma cogente e preponderante, as atenções profissionais dos advogados públicos para o exercício das funções institucionais enquanto para “outros” advogados da União não existe tão salutar imposição.

Os arts. 29 e 30 da Lei Complementar nº 73, de 1993, estabelecem casos expressos de proibição e impedimento de atuação dos Membros efetivos da Advocacia-Geral da União¹⁷. São regras de resguardo da moralidade e da impessoalidade no trato da coisa pública. Ainda outra vez seria um rematado absurdo admitir “outros” advogados da União não submetidos a tais restrições.

O art. 38 da Lei Complementar nº 73, de 1993, revela, para além de qualquer dúvida razoável, quem são, em condições regulares ou normais, os advogados da União, aqueles que oficiam nos autos em que a União é parte: o Advogado da União e o Procurador da Fazenda Nacional¹⁸. Não há uma menção, por menor que seja, a “outros” representantes judiciais da União.

O art. 66 da Lei Complementar nº 73, de 1993, de forma sintomática, ao mencionar bacharéis em direito em atividade no âmbito da Advocacia-Geral da União, o faz num contexto de absoluta excepcionalidade¹⁹. Assim, admitiu-se a ocupação de certos cargos

a conclusão da Nota DECOR/CGU/AGU nº 162/2007-MCL, da lavra da Advogada da União Márcia Cristina Novais Labanca, aprovada pelo Consultor-Geral da União e pelo Advogado-Geral da União.

17 “Art. 29. É defeso aos membros efetivos da Advocacia-Geral da União exercer suas funções em processo judicial ou administrativo: I - em que sejam parte; II - em que hajam atuado como advogado de qualquer das partes; III - em que seja interessado parente consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o segundo grau, bem como cônjuge ou companheiro; IV - nas hipóteses da legislação processual.

Art. 30. Os membros efetivos da Advocacia-Geral da União devem dar-se por impedidos: I - quando hajam proferido parecer favorável à pretensão deduzida em juízo pela parte adversa; II - nas hipóteses da legislação processual. Parágrafo único. Nas situações previstas neste artigo, cumpre seja dada ciência, ao superior hierárquico imediato, em expediente reservado, dos motivos do impedimento, objetivando a designação de substituto”.

18 “Art. 38. As intimações e notificações são feitas nas pessoas do Advogado da União ou do Procurador da Fazenda Nacional que officie nos respectivos autos”.

19 “Art. 66. Nos primeiros dezoito meses de vigência desta lei complementar, os cargos de confiança referidos no §1º do art. 49 podem ser exercidos por Bacharel em Direito não integrante das carreiras de Advogado da União e de Procurador da Fazenda Nacional, observados os requisitos impostos pelos arts. 55 e 58, bem como o disposto no Capítulo IV do Título III desta lei complementar”.

comissionados por não integrantes das carreiras da Advocacia-Geral da União no momento de instalação e consolidação da nova instituição.

Observe-se que o prazo de manutenção da excepcionalidade referida no parágrafo anterior subsistiu até 11 de fevereiro de 2003²⁰. Depois daquela data não temos mais “bacharel em Direito não integrante das carreiras de Advogado da União e de Procurador da Fazenda Nacional” ocupando os cargos comissionados de Procurador-Sectional, Procurador-Estadual e Procurador-Regional no âmbito da Advocacia-Geral da União.

Impõe-se destacar que vingou, inclusive, a interpretação mais inteligente da Lei Complementar nº 73, de 1993, no sentido de não prestigiar a literalidade do art. 49, parágrafo primeiro, admitindo Procuradores-Sectionais, não mencionados expressamente no dispositivo em questão, alheios às carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União²¹.

A excepcionalidade do exercício das atribuições de representação judicial por não integrante das carreiras da Advocacia-Geral da União, já patente diante do estabelecido no art. 66 da Lei Complementar nº 73, de 1993, fica mais saliente com o disposto no art. 69 do mesmo diploma legal (“*O Advogado-Geral da União poderá, tendo em vista a necessidade do serviço, designar, excepcional e provisoriamente, como representantes judiciais da União, titulares de cargos de Procurador da Fazenda Nacional e de Assistente Jurídico*”). Aqui restou consagrado que mesmo entre as carreiras da Advocacia-Geral da União não há, em condições normais, “comunicação” ou equivalência no tocante à representação judicial da União. Por conseguinte, os Procuradores da Fazenda Nacional atuam na representação judicial da União em matéria fiscal, na dicção do art. 12 da Lei Complementar nº 73, de 1993²². Os Advogados da União, por

20 Conforme o art. 20 da Lei nº 9.028, de 1995, art. 6º da Lei nº 9.366, de 1996, art. 26 da Lei nº 9.651, de 1998, e art. 5º da Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001.

21 “§1º São escolhidos dentre os membros efetivos da Advocacia-Geral da União o Corregedor-Geral, os Corregedores-Auxiliares, os Procuradores Regionais e os Procuradores-Chefes”.

22 “Art. 12 - À Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, órgão administrativamente subordinado ao titular do Ministério da Fazenda, compete especialmente: I - apurar a liquidez e certeza da dívida ativa da União de natureza tributária, inscrevendo-a para fins de cobrança, amigável ou judicial; II - representar privativamente a União, na execução de sua dívida ativa de caráter tributário; III - (VETADO) IV - examinar previamente a legalidade dos contratos, acordos, ajustes e convênios que interessem ao Ministério da Fazenda, inclusive os referentes à dívida pública externa, e promover a respectiva rescisão por via administrativa ou judicial; V - representar a União nas causas de natureza fiscal. Parágrafo único - São consideradas causas de natureza fiscal as relativas a: I - tributos de competência da União, inclusive

sua vez, atuam em juízo, em nome da União, nas matérias remanescentes ao disposto no mencionado art. 12.

Nesse ponto, flagramos mais um absurdo, admitindo a inusitada figura do “outro” representante judicial da União. Em certos casos a representação judicial da União seria inviável para integrante das carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União, carreiras constitucionalizadas não custa repisar, mas aceita para os “outros” representantes judiciais da União, sequer vislumbrados no Texto Maior e meros observadores, com considerável e “confortável” distância, do procedimento constitucional de seleção dos representantes judiciais da União (o concurso público). Não é crível, por exemplo, que numa ação bilionária de natureza indenizatória não possa atuar um Procurador da Fazenda Nacional (devidamente concursado para um cargo de advogado público federal) e um “outro” representante judicial da União venha a intervir normalmente!

4 OUTROS DIPLOMAS LEGAIS QUE APONTAM NO MESMO SENTIDO

Constatamos, ainda, em inúmeras disposições da legislação infraconstitucional aplicável à Advocacia-Geral da União, o regramento da atividade dos Membros da AGU “na defesa dos direitos e interesses da União”. Não há nenhuma menção a “outros” advogado da União. É riquíssimo de significado, a título de exemplo, o comando inserto no art. 4º da Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995, vazado nestes termos:

Art. 4º Na defesa dos direitos ou interesses da União, os órgãos ou entidades da Administração Federal fornecerão os elementos de fato, de direito e outros necessários à *atuação dos membros da AGU*, inclusive nas hipóteses de mandado de segurança, habeas data e habeas corpus impetrados contra ato ou omissão de autoridade federal.

§1º As requisições objeto deste artigo terão tratamento preferencial e serão atendidas no prazo nelas assinalado.

§2º A responsabilidade pela inobservância do disposto neste artigo será apurada na forma da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

infrações à legislação tributária; II - empréstimos compulsórios; III - apreensão de mercadorias, nacionais ou estrangeiras; IV - decisões de órgãos do contencioso administrativo fiscal; V - benefícios e isenções fiscais; VI - créditos e estímulos fiscais à exportação; VII - responsabilidade tributária de transportadores e agentes marítimos; VIII - incidentes processuais suscitados em ações de natureza fiscal”.

§3º O disposto neste artigo aplica-se às requisições feitas pelos representantes judiciais da União designados na forma do art. 69 da Lei Complementar nº 73, de 1993. (grifo nosso)

Outro diploma legal de inegável valia no balizamento da problemática ora em deslinde é a Lei nº 10.549, de 13 de novembro de 2002, que “dispõe sobre a remuneração dos Cargos da Carreira de Procurador da Fazenda Nacional, e dá outras providências”. O art. 4º da citada Lei estabelece:

O *pro labore* de que trata a Lei nº 7.711, de 22 de dezembro de 1988, será pago exclusivamente aos integrantes da Carreira de Procurador da Fazenda Nacional no valor correspondente a até trinta por cento do vencimento básico do servidor.

§1º Excepcionalmente, os atuais ocupantes de cargos comissionados, não integrantes da Carreira de Procurador da Fazenda Nacional, continuarão percebendo o *pro labore* de que trata o *caput* nos valores vigentes em fevereiro de 2002, cessando o pagamento desta vantagem com a exoneração do cargo.

§2º O *pro labore* será atribuído em função da eficiência individual e coletiva e dos resultados alcançados pela Procuradoria da Fazenda Nacional, conforme dispuser o regulamento.

Verifica-se que o legislador, de forma inequívoca, prestigiou a carreira de Procurador da Fazenda Nacional, em detrimento daqueles que, por ocuparem tão-somente cargos comissionados, pudessem estar em exercício funcional nas unidades da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Observe-se que foi caracterizado como “excepcional” o exercício de cargos comissionados na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional por não integrantes da carreira de Procurador da Fazenda Nacional.

4 A EXCEPCIONALIDADE DO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Vale destacar que as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos e de representação judicial e extrajudicial da União pelos Membros da Advocacia-Geral da União são desenvolvidas no plano da normalidade administrativa.

Em casos excepcionais, previstos em norma própria²³, na linha dos arts. 66 e 69 da Lei Complementar nº 73, de 1993, de decisões do Supremo Tribunal Federal e de manifestações da própria Advocacia-Geral da União, admite-se o exercício de funções institucionais da AGU por advogado alheio às carreiras da instituição.

O Advogado da União Rommel Macedo, em sua obra *ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988*, apresenta o entendimento de vários juristas de relevo no sentido da excepcionalidade do exercício das funções próprias da advocacia públicas por terceiros (não integrantes das carreiras jurídicas do Poder Público). São arrolados os entendimentos de Mário Bernardo Sesta, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Celso Ribeiro Bastos e João Fernandes de Carvalho²⁴. No final do Capítulo 1 de sua obra, Rommel Macedo também sustenta a aludida excepcionalidade²⁵.

6 O ENTENDIMENTO SOBRE O TEMA CONSAGRADO NO ÂMBITO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

No âmbito da Advocacia-Geral da União a temática foi enfrentada diretamente. Destaca-se, nessa seara, o Parecer GQ-163, *vinculante* (porque aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República). Eis as conclusões da manifestação (com destaques inexistentes no original):

a) a Constituição Federal reservou à AGU a representação judicial e extrajudicial da União (art. 131). Essa competência, a AGU a exerce diretamente por seus Membros, ou indiretamente, por meio de seus Órgãos vinculados, que são os órgãos jurídicos das autarquias e das fundações públicas;

23 A Portaria AGU nº 1.830, de 2008, disciplina a contratação excepcional e extraordinária de consultoria advocatícia especializada por órgãos ou entidades da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional.

24 Cf. pp. 57 a 59.

25 “Por fim, no que tange à possibilidade de contratação de advogados privados em caráter excepcional, isto somente parece possível mediante autorização expressa e devidamente justificada do chefe de Advocacia-Geral da União ou de algum membro da instituição por ele designado para este fim. Isto porque a Constituição de 1988 traçou um múnus público em caráter específico para a Advocacia-Geral da União, cujas carreiras somente poderão ser acessadas mediante concurso público, não podendo o exercício de suas competências ser conferido a advogados privados sem autorização emanada daquela instituição”. MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008. p. 59- 60.

b) a partir da Lei Complementar nº 73, de 1993, que regulou o art. 131 da Constituição Federal, a representação judicial e extrajudicial das autarquias e das fundações públicas cabe exclusivamente aos órgãos jurídicos das entidades;

c) estão derogados os dispositivos legais que outorgavam aos dirigentes das autarquias e fundações públicas a sua representação em juízo, ativa e passivamente;

d) no caso dos autos, a representação judicial e extrajudicial do DNOCS compete à Procuradoria, que a exerce por intermédio dos titulares de cargos de Procurador Autárquico e dos titulares de cargos em comissão que impliquem a atuação em juízo, a representação judicial (Procurador-Geral, Procurador-Regional, Procurador-Chefe, etc.), ainda que não sejam titulares de cargos efetivos (se assim o permitir a respectiva legislação). Está derogada a alínea “c” do art. 11 da Lei nº 4.229, de 1º de janeiro de 1963, que outorgava ao Diretor-Geral do DNOCS a representação da autarquia, ativa e passivamente, em juízo ou fora dele. *Esclareça-se que Assessor, por mais alto que seja o cargo ocupado, apenas assessora, não fala em nome da entidade. A denominação o diz: é auxiliar; de muita valia; às vezes até imprescindível, mas auxiliar; jamais pode falar em nome da entidade;*

e) as funções institucionais da AGU, aqui compreendidos (art. 17, Lei Complementar n. 73, de 1993) os órgãos jurídicos das autarquias e das fundações públicas, só podem ser exercidas, (a) diretamente, pelos Membros da AGU especificados na Lei Complementar n. 73 e, (b) indiretamente, pelos titulares dos cargos efetivos de Procurador e de Advogado dos órgãos jurídicos daquelas entidades e, também, pelos titulares dos cargos em comissão que impliquem atuação em juízo;

f) a representação institucional é exercida sem necessidade de procuração ad judicium; pelo simples fato da posse e exercício no cargo respectivo seu titular está habilitado a falar em nome da União, compreendidas aí a autarquia e a fundação pública. O art. 9º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, apenas tornou expresso o conteúdo do art. 131 da Constituição Federal e da Lei Complementar nº 73;

g) pelo princípio da legalidade, na Administração Pública só se pode fazer o que a lei autoriza;

h) as funções institucionais da AGU, aqui compreendidos seus Órgãos vinculados (os órgãos jurídicos das autarquias e das fundações públicas), são indelegáveis;

i) a representação institucional não afasta a convencional, devendo a última observar o que prescreve o Parecer GQ – 77;

j) não encontram amparo legal: 1) os atos que designaram, para a representação judicial da Autarquia, servidores, bacharéis em Direito, ocupantes de outros cargos efetivos estranhos ao quadro da Procuradoria do DNOCS; 2) as outorgas de procuração de que tratam estes autos; 3) os atos de delegação de competência noticiados neste processo (além de vedada a delegação, a autoridade delegante não mais tinha a competência objeto da delegação);

l) em conseqüência do exposto na alínea anterior, os petiçãoários não têm direito de perceber a gratificação cuja extensão requerem;

m) as irregularidades trazidas ao conhecimento do Chefe da AGU recomendam sua comunicação ao Exmo. Sr. Ministro do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal para as providências pertinentes, sem prejuízo da possibilidade de serem também averiguadas pela Corregedoria-Geral desta Instituição.

A ênfase e a propriedade da aludida manifestação dispensam comentários e observações adicionais, além daqueles já realizados anteriormente.

7 O ENTENDIMENTO SOBRE O TEMA NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal também já enfrentou o assunto. Uma das manifestações mais emblemáticas pode ser encontrada na ADInMC nº 881. Eis algumas das considerações do relator, Ministro Celso de Mello (destaques existentes no original):

As normas legais em questão, que criaram cargos de Assessor Jurídico na esfera do Poder Executivo local, deferiram aos seus titulares o desempenho de funções de assessoramento, assistência e consultoria na área jurídica, qualificando os referidos cargos como de provimento em comissão, de livre escolha e exoneração pelo Governador do Estado.

[...]

O conteúdo normativo do artigo 132 da Constituição da República revela os limites materiais em cujo âmbito processar-se-á a atuação funcional dos *integrantes* da Procuradoria-Geral do Estado e do Distrito Federal. Nele contém-se norma que, revestida de eficácia vinculante e cogente para as unidades federadas locais, não permite conferir a terceiros – *senão aos próprios Procuradores do Estado e do Distrito Federal, selecionados em concurso público de provas e títulos* – o exercício intransferível e indisponível das funções de representação estatal e de consultoria jurídica do Poder Executivo”.

Percebe-se claramente que mesmo o Tribunal Maior não descuidou de afirmar, com energia, a privatidade do exercício das funções dos órgãos da Advocacia Pública pelos integrantes de suas carreiras jurídicas organizadas na forma da lei.

8 CONCLUSÕES

O art. 131, parágrafo segundo, da Constituição, possui, ao menos, dois sentidos importantes, notadamente quando realçada a sua topografia. A regra em questão impõe:

- 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.

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 definição, 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.

O constituinte originário, ao mesmo tempo, criou a instituição Advocacia-Geral da União e o seu princípio ativo, a sua sustentação visceral: as carreiras jurídicas da instituição. Depreende-se, pois,

do discurso constitucional que instituição e carreiras formam uma necessária simbiose. Não existe um sem o outro.

A Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, com precisão, propriedade e estrita obediência ao Texto Maior, explicitou a privatividade do exercício das funções institucionais da Advocacia-Geral da União pelos integrantes de suas carreiras jurídicas.

A Lei Complementar nº 73, de 1993, elencou como Membros da Advocacia-Geral da União os ocupantes dos mais relevantes cargos comissionados de direção da instituição ao lado dos integrantes das carreiras de Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional e Assistente Jurídico. Não há menção, sequer tangencial, a “outros” membros, mesmo transitórios, da instituição ou vinculados a ela, a quem poderia ser atribuída o exercício das funções institucionais da AGU.

Observa-se, ainda, em inúmeras disposições da legislação infraconstitucional aplicável à Advocacia-Geral da União, a exemplo da Lei nº 9.028, de 1995 (art. 4º), o regramento da atividade dos Membros da AGU “na defesa dos direitos e interesses da União”. Não há nenhuma menção a “outros” advogados da União.

Somente em casos excepcionais, previstos em norma própria, admite-se o exercício de funções institucionais da AGU por advogado alheio às carreiras da instituição.

No âmbito da Advocacia-Geral da União a temática foi enfrentada diretamente. Destaca-se, nessa seara, o Parecer GQ-163, vinculante, depois de aprovado pelo Presidente da República, para toda a Administração Pública Federal.

O Supremo Tribunal Federal também já enfrentou o assunto. Uma das manifestações mais emblemáticas pode ser encontrada na ADInMC nº 881, relatada pelo eminente Ministro Celso de Mello.

REFERÊNCIAS

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

A AGU, A “LEI DA MORDAÇA” E A SOCIEDADE

Bruno César da Luz Pontes
Procurador-Chefe da Procuradoria Federal em Goiás

Sumário: 1 Introdução; 2 A necessidade humana de se expressar; 3 Direito constitucional de liberdade de expressão e a visão do Supremo Tribunal Federal; 4 Restrições possíveis à liberdade de expressão e os “limites dos limites”; 4.1 Teoria do núcleo essencial; 4.2 Teorias absoluta, relativa, objetiva, subjetiva, interna e externa; 4.3 Reserva legal simples e qualificada; 4.4 Limitação do direito fundamental da liberdade de manifestação do pensamento; 4.5 Duplo controle da proporcionalidade; 5 A proibição contida no art. 28, III, da LC 73/93; 5.1 Da inconstitucionalidade do dispositivo legal restritivo; 5.2 Da eventual constitucionalidade; 6 A necessidade de propaganda pública institucional; 7 A necessidade aproximação da AGU com a sociedade; 8 Conclusão; 9 Referências.

RESUMO: A Advocacia-Geral da União, como função essencial à Justiça, precisa ser conhecida pela população brasileira, e o meio mais seguro e legítimo é a propaganda institucional. Entretanto, esta propaganda, por si só, não basta, porque é preciso a participação efetiva de seus membros junto à imprensa em geral, como agentes propagadores da Instituição, mas para que isto ocorra, impõe-se uma nova visão sobre a “lei da mordaza” (art. 28, III, LC 73/93; art. 28, §1º, III, da MP 2.229-43/01), que é a proibição aos membros da AGU de se manifestem publicamente sobre assuntos pertinentes às suas funções sem prévia autorização do Advogado-Geral da União. Atualmente, diante da modernidade midiática e da rapidez da imprensa, não há como a Instituição passar a ter inserções na mídia sem que seus membros possam, sem receio, divulgar suas funções, suas conquistas e todo o trabalho jurídico realizado em prol do Estado e da sociedade. Assim, analisando a restrição legal sob o prisma constitucional, impõe-se uma releitura da mordaza, seja pela declaração da sua inconstitucionalidade, seja pela interpretação conforme ou ainda pela consideração do duplo controle de proporcionalidade, porque a lei não pode limitar o direito fundamental de liberdade de expressão de modo desproporcional, para ferir o seu núcleo essencial, como ocorre no caso da Lei Complementar 73, até porque tal liberdade é considerada verdadeira pedra de toque da Democracia. Por isso, a divulgação institucional da Advocacia-Geral da União passa, necessariamente, pela nova política de utilização maciça da propaganda institucional, como também pela releitura da “lei da mordaza” ou pela declaração de sua inconstitucionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia-Geral da União. Propaganda institucional. Mordaza. Sociedade. Liberdade de expressão.

1 INTRODUÇÃO

O texto tem por objetivo traçar uma correlação lógica entre a necessidade da Advocacia-Geral da União de se aproximar da sociedade, esclarecendo-a sobre sua missão, e as dificuldades de concretização deste intento diante do art. 28, inciso III, da Lei Complementar 73, de 10 de fevereiro de 1994 - Lei Orgânica da AGU, que proíbe os membros da Instituição de se manifestarem, em qualquer meio de comunicação, sobre assunto pertinente às suas funções. Por isso, acaba analisando a constitucionalidade do dispositivo e sua correta interpretação, sem olvidar a necessidade de adaptação da AGU aos novos tempos da propaganda institucional.

2 A NECESSIDADE HUMANA DE SE EXPRESSAR

No Estado Democrático de Direito, o que mais alivia a permanência do homem em sociedade é a ampla possibilidade de falar e dar opiniões sobre tudo; é, por assim dizer, a ventura de se expressar, de dizer o que pensa, sem que isto se transforme em uma Espada de Dâmocles sobre sua cabeça.

Afinal, não há nada melhor que falar, discutir e analisar as instituições, os problemas e as situações que nos afligem, mesmo com amparo em idéias equivocadas. Esta necessidade humana acompanhou o desenvolvimento da sociedade e somente naquelas onde foi possível, desde o início, discutir abertamente os problemas e as instituições, o desenvolvimento se fez notar mais rapidamente.

Não há dúvida de que, se hoje o mundo apresenta evoluções, seja no campo econômico, social, cultural ou político, elas devem ser ressaltadas como consequência do debate, do enfrentamento público de situações que, antigamente, ficavam à mercê dos esconderijos sociais e muitas vezes das repulsas hipócritas e preconceituosas.

Imagine o nobre leitor o fosso humanitário que existia neste mundo, quando o imperialismo proibia terminantemente a discussão sobre o Império... Quantos foram à fogueira porque tinham Síndrome de Down, Mal de Parkinson, Mal de Alzheimer e Epilepsia, em consequência da proibição de uma só palavra de amor em defesa dos doentes? E atualmente, quantos assuntos ainda pairam duvidosos, indiscutíveis, desconhecidos e involuídos, pelo fato de que, mesmo podendo sobre eles

falar, não se fala por falta de incentivo e desconhecimento? Quantos assuntos permanecem involuídos porque ainda não se discutiu suficientemente?

Talvez tudo isso fosse resumido pelas seguintes perguntas: Se Gutenberg não tivesse inventado a imprensa (ou a massificado), o mundo estaria evoluído como hoje está? Se a imprensa não tivesse liberdade de expressão, e os cidadãos não pudessem revelar livremente o que pensam, onde estaríamos? Onde estaríamos se fosse proibido falar livremente sobre homossexualismo, liberação de maconha, cotas para Universidades Públicas, aborto, tributação do Estado, privilégios de políticos, corrupção, violência, projetos de lei etc? O que seria da dignidade humana, se o homem não pudesse, sem amarras, expressar seus pensamentos?

O certo é que os males da sociedade e do Estado só foram arrefecidos, aos poucos, porque os homens se deram o direito de falar, de se expressar, para que a humanidade passasse a ser cada vez mais humana, e as Instituições cada vez mais organizadas e eficientes.

Diferentemente dos seres irracionais, o homem desenvolve a aptidão de conversar e dar sentido às palavras, e este dom força naturalmente que ele, internamente, procure desenvolver suas teses, suas idéias e suas análises, sendo inimaginável que, em um Estado Democrático de Direito, o homem seja privado de se manifestar sobre tudo isso que construiu internamente. O direito de se expressar, antes de ser um direito constitucional, é um atributo inerente à condição humana¹, daí porque consta na Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo XIX).

1 Recorde-se, aqui, a polêmica sobre os fundamentos dos direitos fundamentais. Nas primeiras declarações sobre direitos fundamentais, havia uma certeza: eles seriam direitos naturais, porque inerentes ao ser humano, anteriores e superiores ao Estado, e independentemente de previsão positivada. Estava em voga o jusnaturalismo. Passou-se, depois, a acreditar que o fundamento estava na Declaração Universal, que acabou caindo por terra por se tratar de apenas um "ideal", e também porque se iniciou a noção de que seriam apenas aqueles positivados na ordem jurídica (positivismo/normativismo). Seria o principal fundamento, então, em um acordo básico universal (*communis opinio*), vigente para todos os povos? Também esta noção não foi aceita, já que há culturas, como a hindu, a chinesa e islâmica que não aceitam direitos do homem, mas apenas deveres. Acrescente-se na polêmica o fato de que muitos direitos fundamentais positivados nas constituições, como é o caso da Constituição brasileira, não são direitos naturais do ser humano - fenômeno próprio do neoconstitucionalismo -, como é o direito de utilização, pela autoridade competente, de propriedade particular, em caso de iminente perigo público (art. 5º, XXV) e o direito de proteção às participações individuais em obras coletivas (art. 5º, XXVIII, "a", primeira parte). Esta polêmica está sendo aqui rememorada pelo fato de que, em relação ao direito de se expressar,

Foi Pimenta Bueno que melhor expressou esta condição humana:

O homem porém não vive concentrado só em seu espírito, não vive isolado, por isso mesmo que por sua natureza é um ente social. Ele tem viva tendência e necessidade de expressar e trocar suas idéias e opiniões com os outros homens, de cultivar mútuas relações, seria mesmo impossível vedar, porque fora para isso necessário dissolver e proibir a sociedade.²

Correto, então, enfatizar que o direito de se expressar é um direito natural do ser humano, muito mais que um simples direito positivo, porque se torna impossível dissociar da sua índole humana a capacidade de se expressar e divulgar o que sente e o que pensa sobre isso ou aquilo.

O Estado que tolhe a liberdade de expressão, ou que impõe barreiras para sua livre utilização, não pode ser considerado democrático.

3 DIREITO CONSTITUCIONAL DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Diferentemente do direito à liberdade do corpo, a liberdade de expressão é tão intensa que, diferentemente daquela, não pode ser tolhida; pode, simplesmente, ser punida pelos excessos. É dizer: o Estado não pode fazer calar o ser humano, restringindo o direito de expressão, salvo pela morte ou pela paralisia corporal, mas pode restringir o direito de liberdade corporal, impondo a prisão.

Não por outro motivo, o Supremo Tribunal Federal, na ADIN 3741/DF³, tenha declarado, com todas as letras, que a garantia da liberdade de expressão e do direito à informação *é livre e plural, indissociável da idéia de democracia*. Com a licença do nobre leitor, importante transcrever parte do voto do Relator, Min. Ricardo Lewandowski:

assim como o direito à vida e à liberdade, a tese jusnaturalista encontra respaldo, porque se trata de um direito tão fundamental que, sem ele, o homem que hoje conhecemos seria outro, sem olvidar o fato de que, mais que o direito à liberdade corporal, não há como impedir alguém de se expressar, mesmo que lhe cortem a língua.

2 PIMENTA BUENO, José Antônio. Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império. Rio de Janeiro, Ministério da Justiça/Serviço de Documentação, 1958. p. 385.

3 STF, ADI 3741/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJ 23.02.2007, p. 16

Ora, a liberdade de informação, como corolário da liberdade de expressão, vem sendo protegida desde os primórdios da Era Moderna, encontrando abrigo já na célebre Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na qual se podia ler que a livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos direitos *mais preciosos do homem*. Desde então, passou a constar de praticamente todos os textos constitucionais das nações civilizadas, bem como das declarações e pactos internacionais de proteção dos direitos humanos. Nesse sentido é emblemático o teor do art. 19 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que apresenta a seguinte dicção: *‘Todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e de transmitir informações e idéias por quaisquer meios independentemente de fronteiras’*.

O Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, adotado pela Organização das Nações Unidas em 1966 e subscrito pelo Brasil na mesma data, de forma ainda mais abrangente, estabelece, em seu art. 19, item 2, que: *‘Toda a pessoa tem direito à liberdade de expressão; este direito compreende a liberdade de procurar, receber e de espalhar informações e idéias de toda a espécie, sem consideração de fronteiras, sob a forma oral, escrita, impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha’*.

Filiando-se a essa tradição, a Constituição de 1988, no art. 5º, IX, não apenas garante a todos a mais ampla liberdade de expressão, independentemente de censura ou licença, como também assegura, no inciso XIV daquele mesmo dispositivo, inovando com relação aos textos constitucionais precedentes, *‘o acesso à informação’*. Reforçando esse direito, o art. 220, estabelece que a *‘manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição’*. E o seu § 1º arremata o seguinte: *‘Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV’*.

Cumprir notar que as restrições admissíveis ao direito à informação são estabelecidas na própria Carta Magna, e dizem respeito à proibição do anonimato, ao direito de resposta e à indenização por dano material ou moral, à proteção da intimidade, privacidade, honra e imagem da pessoa, ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício

ou profissão e, finalmente, ao resguardo do sigilo da fonte, quando necessário. O que a Constituição protege, nesse aspecto, é exatamente, na precisa lição de José Afonso da Silva, *‘a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou idéias por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer’*. A liberdade de expressão do pensamento, portanto, completa-se no direito à informação, livre e plural, que constitui um valor indissociável da idéia de democracia no mundo contemporâneo.

Trata-se de um direito tão importante para a cidadania que somente pode ser suspenso na vigência do estado de sítio, a teor do art. 139, III, da Carta Magna, decretado nos casos de *‘comoção grave de repercussão nacional’* ou, ainda, de *‘declaração de guerra ou resposta à agressão armada’* (art. 137, I e II).

Nesta ADIN 3741, o STF acabou julgando inconstitucional o art. 35-A da Lei 9.504/97, que tinha sido introduzido pela Lei 11.300/06, e que proibia a divulgação de pesquisas eleitorais 15 (quinze) dias antes do pleito. Acabou superando alegações, como ferimento ao princípio da isonomia entre os partidos políticos e candidatos, prejuízo à normalidade das eleições e tantas outras, para prevalecer a liberdade de expressão.

Também foi emblemático o julgamento do *Habeas Corpus* 83.996/RJ⁴. Neste caso, forte na liberdade de expressão, o Supremo Tribunal Federal afastou a tipicidade do crime de ato obsceno, ao entender que o diretor de teatro Gerald Thomas, quando reagiu às vaias simulando masturbação e exibindo as nádegas para a platéia, apenas manifestou seu pensamento em um contexto protegido pelo fundamental direito de livre manifestação do pensamento, mesmo que tenha havido má educação e inadequação social da conduta. O Supremo, a um só tempo, trancou a ação penal e consagrou que a liberdade de expressão é tão intensamente defendida pelo texto constitucional que deve ser expandida para proteger as *expressões simbólicas*: a Constituição, ao proteger a manifestação do pensamento, protege também as manifestações feitas por gestos ou expressões faciais ou corporais.

A liberdade de informação jornalística, por exemplo, foi extremamente fortificada quando o STF consagrou o *direito de crítica* e colocou a liberdade de imprensa, como natural direito fundamental de manifestação do pensamento,

4 STF, HC 83.996/RJ, Relator Min. Carlos Velloso, Relator para o acórdão Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJ 26.08.2005, p. 65.

no epicentro da democracia⁵. OSTF aceitou como dentro do jogo democrático, ásperas críticas do jornalista Diogo Mainard ao Presidente da República, enfatizando que “*a Constituição da República revelou hostilidade extrema a quaisquer práticas estatais tendentes a restringir ou reprimir o legítimo exercício da liberdade de expressão e de comunicação de idéias e de pensamento*”, colocando a crítica jornalística, por mais dura que seja, como um direito constitucional e legítimo, “*sobrepondo-se a eventuais suscetibilidades dos detentores do poder*”.

O pensamento resumido do Ministro Celso de Melo, nesta Petição 3486, serviu de parâmetro para definir razoavelmente bem como pensa do Supremo Tribunal Federal:

Essa garantia básica da liberdade de expressão do pensamento [...] representa, em seu próprio e essencial significado, um dos fundamentos em que repousa a ordem democrática. Nenhuma autoridade pode prescrever o que será ortodoxo em política, ou em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, ideológica ou confessional, nem estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição aos meios de divulgação do pensamento.

Na ADPF n. 130-7/DF⁶, o Supremo Tribunal Federal cravou uma ampla noção de proteção à liberdade de expressão, ao expungir do cenário jurídico nacional diversos dispositivos da Lei de Imprensa que, de forma direta ou indireta, limitasse esta liberdade⁷. Merece destaque que, em relação à parte inicial do parágrafo 2º do art. 1º da Lei 5.250/67, ficou claro que, *em espetáculos e diversões públicas, deve haver livre manifestação do pensamento, sem dependência de censura*.

Por fim, merece destaque a tentativa do Governo do Distrito Federal em limitar o direito fundamental de reunião e associação, quando então foram expedidos sucessivos Decretos proibindo manifestações

5 STF, Pet. 3486-4/DF, Rel. Min. Celso de Melo, agosto de 2005.

6 STF, ADPF 130-7/DR, Rel. Min. Carlos Ayres Brito

7 Na decisão, foi concedida a liminar para que ficassem suspensos os processos que implicassem na aplicação de alguns dispositivos da Lei de imprensa: (a) “a parte inicial do parágrafo 2º do artigo 1º (a expressão “...a espetáculos e diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem ...”); (b) o parágrafo 2º; (c) a íntegra dos artigos 3º, 4º, 5º, 6º, 20, 21, 23, 51, 52; (d) a parte final do artigo 56 (o fraseado “...e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de três meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa...”); (e) os parágrafos 3º e 6º do artigo 57; (f) os parágrafos 1º e 2º do artigo 60; (g) a íntegra dos artigos 61, 62, 63, 64 e 65”. A decisão do Min. Carlos Ayres Brito foi referendada pelos demais Ministros (dos dez Ministros que participaram, cinco votaram nos termos do voto do Ministro Relator – Cármen Lúcia Antunes Rocha, Ellen Gracie, Ricardo Lexandowski, César Peluso e Gilmar Mendes- e outros três foram além, pois tinham a intenção de suspender toda a Lei de Imprensa – Carlos Alberto Menezes Direito, Eros Grau e Celso Mello. Apenas o Min. Marco Aurélio decidiu não referendar a decisão liminar.

públicas, com utilização de carros de som e assemelhados, nas imediações da Praça dos Três Poderes, na Esplanada dos Ministérios e na Praça dos Buritis (Decreto 20.007, de 14.01.1999, que enfrentou a ADI 1944; Decreto 20.010, de 20.01.1999, revogando o anterior, que enfrentou a ADI 1947; Decreto 20.098, de 15.05.1999, que também revogou o imediatamente anterior, e que enfrentou, por sua vez, a ADI 1967⁸).

A alegação era de que o direito de reunião e associação deveria ser disciplinado, considerando, inclusive, o bom funcionamento dos órgãos públicos. Entretanto, o STF, considerando a autonomia normativa dos Decretos, julgou procedente todas as ações diretas de inconstitucionalidade, em especial a última (ADI 1967), para permitir as manifestações públicas, inclusive com carros de som, levando em consideração que os direitos fundamentais de reunião e associação estão umbilicalmente ligados ao direito fundamental de liberdade de expressão, lembrando, inclusive, o gênio de Konrad Hesse, quando observava que o direito dos cidadãos de se reunirem pacificamente e sem armas encontra-se intimamente ligado à liberdade de expressão, porque *“a formação de opinião ou formação preliminar de vontade política, pressupõe uma comunicação que se consuma, em parte essencial, em reuniões”*.

Não pode haver dúvida, então, que a liberdade de expressão é amplíssima, porque está no centro da Democracia. Qualquer restrição deve ser vista com desconfiança e, se julgada possível, somente terá legitimidade constitucional se for aplicada de modo excepcional, a depender do caso concreto (vide adiante).

4 RESTRIÇÕES POSSÍVEIS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS “LIMITES DOS LIMITES”

A Constituição Federal brasileira de 1988, apesar de declarar os direitos fundamentais do ser humano (Título II, Capítulo I, art. 5º), não definiu os parâmetros gerais para a regulamentação dos limites que o legislador poderia impor a tais direitos, ao contrário de outras Constituições, como é caso da Constituição de Portugal de 1973 (art. 18) e da Constituição da Alemanha de 1949 (art. 19).

Por este motivo, coube à jurisprudência e à doutrina formular os parâmetros a respeito do delicado tema, que é o limite imposto ao legislador, quando este desejar restringir os direitos fundamentais.

8 STF, ADI 1967, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 31.08.2007.

De forma geral, o que a jurisprudência e a doutrina formulam, ou tentam formular, nada mais é o que está escrito nos itens 1, 2 e 3 do art. 18 da Constituição Portuguesa, e nos itens 1, 2, 3 e 4 do art. 19 da Constituição Alemã:

Art. 18

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

Art. 19.

1. Quando, segundo esta Lei Fundamental, um direito fundamental for restringido por lei ou em virtude de lei, essa lei será aplicada de maneira geral e não apenas para um caso particular. Além disso, a lei deverá especificar o direito fundamental afetado e o artigo que o prevê.

2. Em hipótese nenhuma um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência.

3. Os direitos fundamentais se aplicarão igualmente às pessoas jurídicas nacionais, na medida em que a natureza desses direitos o permitir.

4. Quem tiver seus direitos lesados pelo Poder Público poderá recorrer à via judicial. Não havendo foro especial, o recurso deverá ser encaminhado à Justiça comum. Este parágrafo não interferirá no disposto na segunda frase do § 2 do artigo 10.

No Brasil, a CF/88 não estabeleceu, de forma expressa como na Constituição da Alemanha e na Constituição de Portugal, os

chamados “limites dos limites”, que seriam os limites para a atuação restritiva do legislador perante os direitos fundamentais. É dizer, não há, no corpo da CF/88, norma expressa dispondo até onde pode ir o legislador infraconstitucional, no trabalho de contornar e limitar os direitos fundamentais.

4.1 TEORIA DO NÚCLEO ESSENCIAL

A omissão de disposição expressa na CF/88 não significa, entretanto, que não existam tais limites, porque no Brasil eles são implícitos, decorrentes do princípio da proporcionalidade (ou princípio da proibição do excesso, ou do devido processo legal substancial), considerados “limites imanentes” ou “limites implícitos”.

Estes limites imanentes decorrem da própria Constituição, e referem-se à proibição de diminuir sensivelmente o direito fundamental por obra do legislador infraconstitucional a ponto de desfigurá-lo, de modo que há uma *proteção ao núcleo essencial ao direito fundamental*: só pode ser restringido de maneira excepcional e sempre respeitando o princípio da proporcionalidade, para não afetar seu núcleo impenetrável. A interferência do legislador no direito fundamental, então, não pode ser tão sensível a ponto de tornar o direito fundamental impraticável ou muito dificultoso. Daí porque o núcleo essencial é uma verdadeira fronteira para a atuação do legislador infraconstitucional, que o impede de invadir de modo desproporcional o círculo mínimo de existência dos direitos fundamentais, como se houvesse um coração que lhe dá a vida, que lhe dá a essência mínima.

Assim, há que se levar em conta, na limitação dos direitos fundamentais, a teoria do núcleo essencial: não pode o legislador ferir de morte um núcleo a salvo da sua ação porque, apesar de não haver direitos fundamentais absolutos, como já enfatizou o STF em face do princípio da convivência entre liberdades⁹, não podem eles ser reduzidos e, na prática, não terem significação; não pode o legislador, então, afetar sensivelmente o benefício traduzido pelo direito fundamental, sob pena de inconstitucionalidade.

Como disse Paulo Bonavides, citando jurisprudência alemã:

9 STF, MS 3.452, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 12.05.2000; STF, RE-AgR 455283/RR, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJ 05.05.2006, p. 39.

E que a liberdade espiritual, política e econômica do ser humano também não pode ser alvo de limitações que lhe atinjam o âmago. Dos arts. 1º, 2º e 19 da Lei Fundamental o aresto infere a ocorrência, em proveito do cidadão, de uma esfera existencial privada, colocada sob a proteção do estatuto magno, e reconhecida por círculo inviolável da liberdade humana, que se subtrai à interferência do poder público. Nessa formulação intrinsecamente liberal, a sentença proclama: 'Uma lei que ali interferisse, não poderia ser parte da ordem constitucional, teria que ser declarada nula pelo Tribunal Constitucional'¹⁰

É muito citada a decisão do STF no HC 82.959-7¹¹, que julgou inconstitucional, por maioria mínima (6 x 5), o §1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) - este dispositivo legal impunha¹² o cumprimento da pena em regime integralmente fechado. No caso, o STF entendeu que o cumprimento de pena em regime integralmente fechado *feria o núcleo essencial do princípio da individualização da pena*. No mesmo sentido, no caso da imunidade do advogado, sabe-se que ela é relativa, porque há casos em que ela não prevalece, especialmente quando o advogado age de modo desproporcional, fora das suas atribuições funcionais, mas a relatividade não pode ser utilizada para se afetar o núcleo essencial da imunidade.¹³

Não pode haver dúvida que, no Brasil, os direitos fundamentais são compostos por núcleos essenciais protegidos constitucionalmente contra abalos sísmicos.

4.2 TEORIAS ABSOLUTA, RELATIVA, OBJETIVA, SUBJETIVA, INTERNA E EXTERNA

Em face deste núcleo essencial, surgiram algumas teorias, merecendo destaque, mesmo que resumidamente, as principais.

10 BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, 20. ed. São Paulo: Malheiros, p. 422.

11 STF, HC 82.959-7/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 01.09.2006, p. 18.

12 O então §1º do art. 1º da Lei 8.072/90, que obrigava o cumprimento integral da pena em regime fechado, foi modificado pela Lei 11.464/07, e passou a impor apenas o início da pena em regime fechado.

13 "A imunidade do advogado - além e condicionada aos limites da lei, o que, obviamente, não dispensa o respeito ao núcleo essencial da garantia da libertas conviciandi - não alcança as relações do profissional com o seu próprio cliente" (STF, RE 387.945/AC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 10.03.2006 - grifo sem originalidade).

A *teoria absoluta* defende que o núcleo essencial está a salvo de qualquer interferência legislativa, porque é uma unidade substancial autônoma, com espaço livre de intervenção estatal. A *teoria relativa* defende que o núcleo essencial não é estático, porque só poderá ser revelado pela análise do caso concreto, de modo que existiria um mínimo de proteção que está a salvo de qualquer interferência, mas há espaço para restrições, a depender da análise prática da situação, até porque a própria idéia de “núcleo” pressupõe um elemento central e outros elementos acidentais/periféricos. Assim, para a teoria absoluta, o conteúdo essencial é fixo, imutável, porque é autônomo; para a teoria relativa, o direito fundamental possui uma parte fixa, a salvo de qualquer interferência (núcleo essencial), mas existe uma parte possível de restrição, porque ele não é autônomo.

Ainda se fala em *teoria objetiva*, no sentido de que o direito fundamental não pode ser retirado do ordenamento jurídico, é dizer, a intangibilidade do direito fundamental significa que a limitação quer dizer que o legislador não pode retirá-lo do mundo jurídico, porque a proteção é da sociedade, e não propriamente da pessoa individual; e em *teoria subjetiva*, que defende a impossibilidade de limitar um direito subjetivo determinado, isto é, não pode eliminar um benefício para o beneficiário do direito fundamental.

De maior interesse, em especial para o caso ora analisado neste trabalho, são as *teorias externa e interna*.

Uma defende que a restrição está fora do direito, em um lugar externo a ele, daí porque a lei seria este lugar externo. Trata-se da *teoria externa*. Ela entende, então, que há uma relação lógica e necessária entre o direito individual e a restrição a tal direito, restrição esta que deve ser imposta para preservar os bens coletivos, porque há que se levar em conta a dimensão objetiva do direito fundamental. Há, portanto, viabilidade para se impor restrições aos direitos fundamentais.

Por outro lado, a *teoria interna* defende que tanto o direito quanto a limitação a tal direito está em uma só previsão. Quando um dispositivo constitucional prevê um direito, neste mesmo dispositivo deve ser encontrada a possibilidade de limitação. O limite ao direito fundamental, então, está no seu próprio conceito, internamente a ele, não havendo que se falar em possibilidade de se criar externamente

as restrições, porque os limites estão no próprio direito (para a teoria interna, não pode se falar em restrição, e sim em limite imanente ao direito). Daí porque, quando houver dúvida de até quando se pode ir para se estabelecer limites a um direito fundamental, a dúvida existe, na verdade, sobre a extensão do conceito do direito fundamental, e não sobre a extensão da liberdade do legislador infraconstitucional. Para a teoria interna não há como estabelecer restrições aos direitos fundamentais, porque os limites, se existirem, estão no seu próprio conteúdo. Da teoria interna, decorre outra, que na verdade só complementa seu sentido, que é a *teoria da interpretação*: as limitações aos direitos fundamentais não poderia ser feita pelo legislador, e sim pelo intérprete, porque tais limites estão no conteúdo do direito fundamental, que precisa ser bem compreendido.

Diante das teorias externas e internas, os direitos fundamentais exercem posição jurídica definitiva?

Como se viu, caso se adota a teoria externa, os direitos fundamentais podem ser restringidos por obra do legislador infraconstitucional, que assim agirá em uma atividade externa ao direito fundamental, exercendo este uma posição jurídica não definitiva, justamente porque precisa de uma complementação para ser totalmente compreendido. Se se adota a teoria interna, os direitos fundamentais exercem posição jurídica definitiva, porque não há espaço para atividades externas e limitadoras do legislador infraconstitucional.

Seria definitivo, assim, no sentido de que não há mais o que se considerar para dar o total contorno do direito fundamental. Por outro lado, seria não-definitivo no sentido de que o contorno final do direito fundamental precisaria passar pela análise não só do direito fundamental em si, mas das restrições impostas pelo legislador.

É possível dizer que a CF/88 adotou, por regra, a teoria externa, já que o direito fundamental exerce posição jurídica definitiva apenas quanto ao seu núcleo essencial. Isto é assim porque previu, em uma grande quantidade de dispositivos, a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais por obra do legislador infraconstitucional. Inúmeros são os exemplos:

- a) art. 5º, VII: “*é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva*”. A

lei, em uma atividade externa, é quem dirá como será feita a assistência religiosa, dando contornos da sua efetivação e podendo, então, estabelecer os limites e as condições;

- b) art. 5º, XXVIII: “*são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas*”. Estes direitos fundamentais, veja, são assegurados nos termos dos contornos dados pela lei, em uma nítida atividade externa que independe da pesquisa sobre o conteúdo destes direitos;
- c) art. 5º, XV: “*é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens*”. O direito de livre trânsito alfandegário pode ser limitado nos casos previstos na lei, e não nos casos previstos internamente no próprio direito constitucional;
- d) art. 5º, LVIII: “*o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei*”. Este é um caso clássico de utilização da teoria externa, porque a própria Constituição está prevendo, com muita clareza, que as limitações ao direito de não ser identificado criminalmente, serão impostas pelo legislador (o que foi feito pela Lei 10.054/2000).
- e) art. 5º, XIII: “*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”. As qualificações profissionais a serem exigidas dependem de uma correta análise do dispositivo, ou fica para que o legislador as defina? Neste caso, apesar da menor liberdade do legislador, porque ele não pode estabelecer qualificações desproporcionais que afete o próprio direito ao trabalho, continua ele com o poder de definir as qualificações, novamente em uma atividade externa que não pressupõe a análise das eventuais limitações inseridas no conteúdo do inciso. A Lei 8.906/94, por exemplo, em seu art. 8º, IV, diz que uma das qualificações para a inscrição como advogado é

a aprovação em Exame de Ordem, de modo que houve uma restrição ao direito fundamental de exercício de qualquer profissão por obra externa do legislador.

Existem, entretanto, alguns direitos fundamentais que não estão abertos expressamente à atuação do legislador infraconstitucional. Nestes casos, a atuação do legislador deveria partir, necessariamente, da compreensão do direito fundamental, para entender quais os limites que ele mesmo permite que o legislador faça. Se a Constituição, ao prever um direito fundamental, não prever que o legislador poderá operar para dar os contornos restritivos, é porque está exigindo uma correta interpretação do direito fundamental para possibilitar uma limitação apenas proporcional, razoável, dentro do seu conteúdo, para que seu núcleo essencial não possa ser destruído. Estaremos, então, em uma seara sensível e perigosa, porque a interpretação da Constituição cabe apenas ao STF, e não ao legislador, porque o Tribunal que é seu Guardião. Assim, nesta interpretação, o legislador acabaria invadindo uma função do STF, daí porque a teoria interna é de difícil sedimentação na medida em que o legislador porque, ao limitar os direitos fundamentais, acaba por invadir competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

De todo modo, se existirem direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988 sem que haja previsão de atuação explícita do legislador (“na forma da lei”; “nos termos da lei”; “nos casos previstos em lei”; “a lei regulará”; “a lei estabelecerá” etc.), ou então com previsão de casos onde a própria Constituição delimita os contornos do direito fundamental, teria aplicação a teoria interna.

Há quem defenda que o inciso XII do art. 5º da CF/88 (“*é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*”) teria estabelecido uma espécie de direito fundamental sem reserva legal, adotando-se a teoria interna. É que, para eles, a única hipótese de atuação restritiva do legislador seria para o caso de interceptação telefônica, porque as expressões “no último caso” *se referem ao caso do sigilo das comunicações telefônicas, e não aos casos excepcionais onde não há outra opção*. Assim, o legislador só poderia limitar o direito fundamental de sigilo telefônico, mas não poderia limitar o sigilo da correspondência e nem o sigilo das comunicações telegráficas.¹⁴

14 Não é, entretanto, a posição do STF, porque ele entende, de forma geral, que não há direito fundamental absoluto, todos podendo ser relativizados em face da convivência entre as liberdades públicas e, de forma

Considerando, então, que as expressões realmente têm o sentido de remeter ao caso dos sigilos das comunicações telefônicas, como poderiam ser limitados os direitos aos sigilos de correspondência e das comunicações telegráficas e de dados? A única hipótese, para quem assim entende, seria adotar a teoria interna e, assim, encontrar nos próprios direitos (direito ao sigilo de correspondência e comunicações telegráficas), isto é, em seus próprios conceitos, as possibilidades de limitações.

4.3 RESERVA LEGAL SIMPLES E QUALIFICADA

Chegamos, aqui, ao caso das reservas legais simples e qualificadas.

Interessante notar que a teoria externa faz surgir a restrição pela atividade externa do legislador, como vimos, e esta restrição pode ser feita de modo mais intenso ou de modo mais limitado. É dizer: a liberdade conferida para o legislador restringir os direitos fundamentais pode ser maior ou menor, porque a liberdade de conformação concedida pela Constituição ao legislador pode ser pequena/contida/restringida, porque não estabelece requisitos ou qualificações para a lei, ou pode ser grande/expansiva, quando então a Constituição estabelece algumas condicionantes, como é o caso de estabelecer objetivos e permitir restrições apenas para algumas questões específicas. Quando a liberdade de conformação, para estabelecer as restrições for maior, dá-se o que se convencionou chamar de *reserva legal simples*; quando a liberdade é menor, existe *reserva legal qualificada*.

Por isso que, no caso da reserva simples, o legislador tem fundamental importância, porque acaba dando maiores contornos ao direito, e sua atividade assume papel de grande importância, seja porque substancializa o direito fundamental, seja porque dá condições procedimentais para seu exercício. Na reserva qualificada, a Constituição já delimita o trabalho do legislador, dando as condições, os fins e até os meios que serão utilizados, daí porque o legislador terá menos liberdade.

Aquele caso do inciso XII do art. 5º, por exemplo, seria um caso de reserva legal qualificada, porque ali a liberdade de conformação é restringida, e o legislador não pode dizer quais os fins que servirá a

específica, acabou entendendo, no HC 70.814, que o diretor de penitenciária pode interceptar carta de presos, nos termos do art. 41, parágrafo único, da LEP, desde que em casos excepcionais e atendendo a segurança pública, a disciplina prisional ou a ordem jurídica.

quebra do sigilo telefônico. Diversos dispositivos analisados (sendo maioria, aliás), dão maior liberdade para o legislador (art. 5º, VI, VII, XV, XXIV, XXVI, XXVII, XXVIII, XXIX, XXXIII, XLIII, XLV, XLVI, LVIII), aplicando-se, portanto, a reserva legal simples.

Ainda se fala em direitos fundamentais sem expressa previsão legal, quando a Constituição não explicita a possibilidade de intervenção legislativa, impedindo o legislador de ir além dos limites definidos no próprio âmbito de proteção do direito.

Vale lembrar, neste íterim, o escólio de Gomes Canotilho¹⁵. Para ele, a compreensão da problemática das restrições aos direitos e garantias fundamentais merece uma sistematização (“sistemática de limites”) com base na seguinte classificação:

- a) restrições constitucionais *diretas ou imediatas*, que são aquelas traçadas *pelas próprias normas constitucionais*;
- b) restrições *estabelecidas por lei* mediante *autorização expressa da constituição*;
- c) restrições *não expressamente autorizadas pela constituição*, que decorrem da *resolução de conflitos entre direitos contrapostos*.

É preciso verificar, então, se a Constituição abre ao legislador infraconstitucional a possibilidade dele agir restritivamente em relação aos direitos fundamentais ou, não abrindo, se a própria Constituição traça estes limites ou os deixa para serem estabelecidos na análise ponderada do caso concreto.

4.4 LIMITAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO

Depois desta visão ampla sobre a questão dos limites aos limites dos direitos fundamentais, pergunta-se: para o direito fundamental de liberdade de expressão, aplica-se a teoria externa ou a interna? É caso de reserva legal simples ou qualificada? Ou não há reserva legal? A Constituição autorizou o legislador a agir restritivamente quanto ao direito de manifestação do pensamento, ou ela mesma traçou

15 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1276.

estes limites, ou, ainda, deixou apenas para a limitação ser feita pela ponderação do caso concreto? Se pode, até onde pode ir o legislador, na limitação a tal liberdade?

Dês logo é possível afastar a idéia de que se adotou a reserva legal simples, no que tange à liberdade de expressão, pelo simples fato de que o legislador não tem ampla liberdade para fazer restrição a tal direito fundamental, por tudo quanto visto anteriormente, em especial pela decisão do STF contida na ADIN 3741.

O direito fundamental de liberdade de expressão e informação está constitucionalmente assegurado em mais de um dispositivo da Constituição Federal de 1988. Vejamos:

Art. 5º, IV: é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato

Art. 5º, IX: é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença

Art. 5º, XIV: é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional

Art. 5º, VI: é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias

Art. 220, “caput”: A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição

Art. 220, §1º: Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV

Ampliando ainda mais o cabedal constitucional, o art. 206 diz que até mesmo o deverá ser ministrado com base, dentre outros princípios, na liberdade de *divulgar o pensamento* e no *pluralismo de idéias*.

Veja, portanto, que a manifestação do pensamento, como direito fundamental, é ampla: e engloba a liberdade de expressão, artística, intelectual, científica, de comunicação, de informação e de informação jornalística. No art. 5º, IV, a *Constituição diz que a única restrição é a vedação ao anonimato*; no art. 5º, IX, a Constituição foi além, porque enfatizou que *não pode haver qualquer censura ou licença*; o art. 5º, XIV novamente enfatiza que, *em relação ao acesso à informação, resguarda-se inclusive o sigilo da fonte*; o art. 220 diz que a manifestação do pensamento *só pode ser restringida pela observação do que dispõe a própria Constituição*; o §1º do art. 220 é mais enfático em relação à informação jornalística, *ao proibir a atuação da lei para criar embaraços a tal liberdade*, levando Manoel Gonçalves Ferreira Filho a dizer, com todas as letras, que *“a inspiração do artigo é de assegurar, de forma ampla, a liberdade de comunicação social, seja para publicações, seja para os meios audiovisuais de comunicação. Nele a censura é proibida de modo absoluto”*.¹⁶

O que temos no parágrafo 3º do art. 220 é uma autorização restritiva ao legislador em relação à regulação *das diversões e dos espetáculos públicos*, e também aos meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem *de programas ou programações de rádio e televisão* que contrariem os princípios do art. 221, bem como da propaganda *de produtos, práticas e serviços* que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. O §4º do art. 220 complementa que a possibilidade de restrição à liberdade jornalística *somente pode ocorrer em casos específicos permitidos pela Constituição*, como é o caso de propaganda de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias em geral.

Em função destes dispositivos constitucionais, a conclusão não pode ser outra: só pode haver limitação à liberdade de manifestação do pensamento e à liberdade jornalística nos casos definidos pela própria Constituição Federal. E quais seriam estes casos? Não é difícil responder que os casos restritivos a este direito fundamental são aqueles previstos nos parágrafos 3º e 4º do art. 220, assim como aqueles dos incisos IV (vedação ao anonimato), V (garantia do direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem), X (garantia do direito à indenização pelo dano causado à violação da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas), XIII (necessidade de atender as qualificações da lei para exercer trabalho,

16 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos do direito constitucional contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 300.

ofício ou profissão) e XIV (resguardo do sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional).¹⁷

O espírito constitucional revela que não há como o legislador infraconstitucional agir para limitar a livre manifestação do pensamento *sem considerar os danos causados por ela*, porque a única ressalva constitucional para tal atuação é em relação à manifestação da informação midiática (§3º do art. 220), naqueles casos específicos, tanto é verdade que a própria Constituição, repita-se (“caput” do art. 220), é muito enfática: em relação à manifestação do pensamento, as restrições possíveis são apenas aquelas estabelecidas na própria Constituição, claramente se reportando às hipóteses de indenização posterior.

Mas então o direito fundamental à livre manifestação do pensamento é absoluto, não pode ser limitado? Não, ele não é absoluto. O que a Constituição fez foi assegurar que *a relatividade encontra guarida na própria Constituição, e não pela ação do legislador infraconstitucional*. E qual a limitação, ou relativização, feita pela Constituição? A Constituição foi bastante clara ao definir a seguinte mensagem: em relação à liberdade de pensamento, não há como ser limitada por lei infraconstitucional, porque ela é natural ao ser humano, e a única coisa a se fazer é punir quem agir de forma despropositada, sem os cuidados necessários ao se manifestar e desconsiderando uma situação peculiar em que se encontra. Aliás, seria impossível o legislador, ou o Judiciário, controlar o pensamento de alguém e dizer para ele “*você está proibido de falar ou expressar isto ou aquilo!*”, sem preocupação única e exclusiva com o alcance prejudicial da manifestação do pensamento, *em uma proibição por si mesma*. Se isto fosse possível, não estaríamos mais em um Estado Democrático de Direito.

A única forma de conciliar, de um lado, a liberdade de manifestação do pensamento (e o natural perigo de abusos), e, de outro, a necessária limitação deste direito (e o perigo de ferir a democracia e criar um Estado Totalitário), é dar ampla liberdade para todos se manifestarem, porém com a presença da Espada de Dâmocles, exigindo cuidado e ponderação nas palavras e nas afirmações.

17 Acrescente-se a estas possibilidades de restrições autorizadas pela Constituição, a possibilidade de limitação do direito à informação perante órgãos públicos, quando o sigilo “*seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado*” (inciso XXXIII). Calha lembrar que esta restrição, entretanto, não se refere ao direito fundamental de liberdade de expressão, mas apenas de obter informações.

Trata-se de um caso raro de inexistência de reserva legal. Em nenhum momento a Constituição fez referência à atuação do legislador, salvo no caso do art. 220, §3º, que, como já visto, é destinado à liberdade de expressão da imprensa e não à liberdade de expressão (*freedom of press* e não *freedom of expression*). Aparentemente e mesmo não intencional, adotou-se, aqui, a teoria interna, na medida em que a limitação da livre manifestação do pensamento está no seu próprio conceito, que quer dizer: há liberdade de manifestação *razoável* do pensamento; há ampla liberdade de expressão, porém limitada ao seu próprio conceito, que é a liberdade condicionada à reparação do dano que ocasionar em função do uso abusivo.

Assim, no conceito de legítima liberdade de pensamento está, necessariamente, a limitação do seu uso quanto aos danos causados em face da utilização insensata e se os cuidados necessários em relação à situação em que se encontra.

É preciso entender, então, que qualquer limitação à liberdade de pensamento é totalmente excepcional. Isto não quer dizer que a lei não poderá *traçar parâmetros gerais* para punição para quem, de forma desproporcional, se manifestar desarrazoadamente e sem preocupação com o prejuízo que poderá causar, como é o caso do servidor público em relação às questões sigilosas que ficar sabendo em relação ao seu cargo, ou à pessoa que firma contrato prevendo seu silêncio sobre alguma questão, ou à própria previsão de que a manifestação do pensamento deve ser utilizada com razoabilidade.

As previsões legais, portanto, sempre devem ser gerais e abstratas, porque, do mesmo modo que o Judiciário não pode ter uma posição fixa quando se deparar com o conflito de direitos fundamentais, haja vista que deve utilizar a ponderação do caso concreto, o legislador também não está autorizado a estabelecer previsões específicas de resolução do conflito.

Nada demais, então, punir quem utiliza a liberdade de expressão de modo indevido, porque, assim como os demais direitos fundamentais, este não é absoluto. Imagine-se alguém, em uma sala de cinema, gritar: “fogo!”, para deliberadamente causar pânico. Ou então aquele que se encontre em um avião e, mesmo com intenção de gracejo, grita: “*é um seqüestro, sou terrorista!*”, provocando tumulto e perigo. Imagine-se, também, o *discurso de ódio* (contra homossexuais, travestis, negros,

judeus, deficientes físicos e mentais, religiosos e grupos em geral) e a propagação de idéias anti-semitas¹⁸.

Há proteção da liberdade de expressão, nestes casos, a ponto de se impedir punição? Evidentemente que não, até porque, se não fosse possível a punição, seria impossível criminalizar a injúria, a calúnia e a difamação, mas é preciso ficar claro que o caminho escolhido pela Constituição não foi o prévio e abstrato impedimento de se expressar. Neste sentido, a lei infraconstitucional não pode, então, *simplesmente impedir que alguém manifeste seu pensamento sem levar em conta os prejuízos que poderá ocasionar*. Uma eventual lei neste sentido seria totalmente inconstitucional, porque estaria ferindo o direito de liberdade de expressão e invertendo o sistema de limitação imposto pela Constituição de 1988.

Assim, é possível que uma lei infraconstitucional considere irregular, ilícito e até criminal, a conduta de alguém expressar seu pensamento com abuso ou de modo desproporcional ou, ainda, diante das circunstâncias, desconsiderando o contexto em que está inserido. *Porém, jamais a lei poderá punir ou impedir alguém de expor seu pensamento sem que haja um prejuízo posterior, como se fosse uma limitação por si mesma, sem qualquer consideração dos valores que são contrapostos à liberdade de expressão, como é o caso da honra, da intimidade e da privacidade.*

A proibição de se expressar, pela simples vontade de proibir, não se justifica, porque qualquer limitação aos direitos fundamentais deve ser feita levando em consideração os outros direitos fundamentais que poderão ser atingidos. No caso do direito fundamental à liberdade de expressão, os direitos fundamentais que mais poderão ser castigados são os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, sendo estes direitos que devem influenciar a eventual punição pelo uso inadequado

18 O STF, no HC 82424/RS, Rel. Min. Moreira Alves, Rel. para o acórdão Min. Maurício Corrêa, DJ 19.03.2004, p. 17, afastou a publicação de livros anti-semitas, de cunho racista, deixando claro que: *“Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que impliquem ilicitude penal. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica”*. Mais uma vez, como se vê, o STF deixa claro que a liberdade de expressão está limitada por ela mesma, no seu conteúdo, que inevitavelmente deve ser entendido como a liberdade de divulgar razoavelmente o pensamento para não causar prejuízos indevidos.

daquele, mais um motivo para ser benévolo na interpretação de eventual proibição da liberdade de expressão para proteger outros direitos, como ocorre na “Lei da Mordaca” da AGU, que visa proteger o direito fundamental da ampla defesa da União, como se verá.

Não por outro motivo o STF já deixou assentado a incompatibilidade do art. 52¹⁹ e 56²⁰ da Lei de Imprensa, com a Constituição de 1988, ao limitar o direito do cidadão de exercer ação judicial contra quem lhe causa danos pelo uso abusivo ou indevido da liberdade de expressão. O STF, por certo mais que ninguém, sabe que o caminho escolhido pela CF/88 para limitar a liberdade de expressão, é o repressivo, com punição para quem dela se utilizada indevidamente, daí porque não pode haver limitação de apenas três meses de prazo decadencial para propor ação de indenização, e nem a limitação prévia e abstrata dos valores da indenização.

No caso da imunidade do advogado, o Supremo deu o tom da liberdade de expressão: se o advogado utiliza sua imunidade, junto com o direito de liberdade de expressão, de modo regular, proporcional, no exercício da profissão e na discussão da causa, estará protegido, mesmo em se tratando de críticas ácidas e até com expressões injuriosas, não havendo que se falar em crime ou irregularidade na conduta²¹. Por outro lado, se o advogado utiliza sua inviolabilidade de modo desproporcional, com destempero e desvencilhado do uso correto e adequado do seu exercício profissional, haverá conseqüências criminais, civis e funcionais.²² É mais uma comprovação de que a utilização da liberdade de expressão é punida “a posteriori”, levando-se em conta a dificuldade e a impossibilidade, salvo situações excepcionalíssimas, de impedir “a priori” a divulgação do pensamento.

19 ‘STF, RE 447584/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, DJ 16.03.2007, p. 43 (confirmada a incompatibilidade com o texto constitucional na ADPF 130, Rel. Min. Carlos Ayres Brito, que suspendeu diversos dispositivos da Lei de Imprensa, entre eles, o art. 52).

20 ‘STF, RE 348.827/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 06.08.2004, 2ª Turma (idem, em relação à ADPF 130).

21 STF, RHC 81.750/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 10.08.2007, p. 64; HC 87.451/RS, Rel. Min. Eros Grau, DJ 10.03.2006; MS 26.975/DF, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJe 152, de 15.08.2008; HC 89.973/CE, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJe 87, de 24.08.2007.

22 ‘STF, AO 933, Rel. Min. Carlos Brito, DJ 06.02.2004; STF, AO 1.300, Rel. Min. Carlos Brito, DJ 07.04.2006. No RE 387.945/AC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 10.03.2006, o STF desconsiderou a imunidade para o advogado que, utilizando-se de expressões injuriosas, encaminhou carta ao cliente, cobrando os honorários advocatícios, por se tratar de questão pessoal fora do âmbito de atuação profissional.

O que se pode concluir, então, é o seguinte: *caso uma lei imponha uma limitação ao direito fundamental de liberdade de manifestação do pensamento, ela deve passar pelo duplo controle de proporcionalidade.*

4.5 DUPLO CONTROLE DA PROPORCIONALIDADE

Antes de analisar propriamente a “Lei da Mordação” no âmbito da Advocacia-Geral da União, não há como fugir à análise da cláusula, ou teoria, do “duplo controle de proporcionalidade”.

O duplo controle de proporcionalidade é o controle feito não só a constitucionalidade da lei, mas também dos efeitos concretos dela, quando faz uma restrição aos direitos fundamentais (dupla auditoria). Assim, para saber se é possível restringir algum direito fundamental, primeiro se faz uma análise do princípio da proporcionalidade para se saber se a lei, em abstrato, feriu direitos fundamentais e, depois de verificada a constitucionalidade, precisaria passar por uma segunda etapa, para verificar se, no caso concreto, este princípio foi ferido. Haveria, então, um duplo controle: um abstrato, para atestar a constitucionalidade da lei, e um concreto, para aferir se a aplicação da lei no caso concreto poderá ferir o princípio da proporcionalidade.

Imagine-se, por exemplo, que uma lei estabeleça critérios para que o julgador, com base neles, resolva os conflitos entre direitos fundamentais. Esta lei seria constitucional? Luís Roberto Barroso responde a questão da seguinte forma:

Situação diversa se coloca, porém, quando o legislador procura arbitrar diretamente colisões entre direitos. Como se afirmou acima, uma regra que estabeleça uma preferência abstrata de um direito fundamental sobre outro não será válida por desrespeitar o direito preterido de forma permanente e violar a unidade da Constituição. *O legislador, portanto, deverá limitar-se a estabelecer parâmetros gerais, diretrizes a serem consideradas pelo intérprete, sem privá-lo, todavia, do sopesamento dos elementos do caso concreto e do juízo de equidade que lhe cabe fazer.* Mesmo nas hipóteses em que se admita como legítimo que o legislador formule uma solução específica para o conflito potencial de direitos fundamentais, sua validade em tese não afasta a possibilidade de que se venha a reconhecer sua inadequação em concreto.

Um exemplo, respaldado em diversos precedentes judiciais, ilustrará o argumento. Como é de conhecimento geral, existem inúmeras leis que disciplinam ou restringem a concessão de tutela antecipada ou de medidas cautelares em processos judiciais. A postulação de uma dessas providências, *initio litis*, desencadeia uma colisão de direitos fundamentais, assim identificada: de um lado, o direito ao devido processo legal – do qual decorreria que somente após o procedimento adequado, com instrução e contraditório, seria possível que uma decisão judicial produzisse efeitos sobre a parte; e, de outro, o direito de acesso ao Judiciário, no qual está implícita a prestação jurisdicional eficaz: deve-se impedir que uma ameaça a direito se converta em uma lesão efetiva. Pois bem, a legislação não apenas estabelece requisitos específicos para esse tipo de tutela (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), com impõe, em muitos casos, restrições à sua concessão, em razão do objeto do pedido ou do sujeito em face de quem se faz o requerimento.

Nada obstante, o entendimento que prevalece é o de que a lei não pode impor solução rígida e abstrata para esta colisão, assim como para quaisquer outras. E ainda quando a solução proposta encontre respaldo constitucional e seja em tese válida, isso não impedirá o julgador, diante do caso concreto, de se afastar da fórmula legal se ela produzir uma situação indesejada pela Constituição. Há um interessante julgado do Supremo Tribunal Federal (STF, DJ 29.06.90, ADInMC 223-DF, Rel. Min. Paulo Brossard) sobre o tema. Em ação direta de inconstitucionalidade, pleiteava-se a declaração de inconstitucionalidade da Medida Provisória n. 173/90, por afronta ao princípio do acesso à justiça e/ou da inafastabilidade do controle judicial. É que ela vedava a concessão de liminar em mandados de segurança e em ações ordinárias e cautelares decorrentes de um conjunto de dez outras medidas provisórias, bem como proibia a execução das sentenças proferidas em tais ações antes de seu trânsito em julgado.

No julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente o pedido. Vale dizer: considerou constitucional em tese a vedação. Nada obstante, o acórdão fez a ressalva de que tal pronunciamento não impedia o juiz do caso concreto de conceder a liminar, se em relação à situação que lhe competisse julgar não fosse razoável a aplicação da norma proibitiva. O raciocínio subjacente é o de que uma norma pode ser

constitucional em tese e inconstitucional em concreto, à vista das circunstâncias de fato sobre as quais deverá incidir.”²³

Gilmar Mendes²⁴ dá exemplo alemão: é possível que a lei dê ampla liberdade de imprensa para se noticiar fatos delituosos, sendo a lei abstratamente considerada constitucional. Entretanto, se no caso concreto há repetição de notícia sobre o fato delituoso ocorridos no passado, durante anos a fio, não mais coberta pelo interesse da atualidade, pode ser proibida porque se coloca em risco o processo de ressocialização do autor do delito. Outro caso seria o *crime de batatela*: a lei poderá considerar crime, por exemplo, o furto (“*subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel*”), o que é natural, mas se determinada pessoa furta uma caixa de fósforos, ou algo insignificante, a previsão abstrata desta conduta é possível, mas no caso concreto a norma poderá deixar de ser aplicada, em função da análise das circunstâncias do caso concreto.

A lei, vez por outra, acaba invadindo na competência do STF, ao traçar especificamente as proibições para que alguém possa se manifestar, como se a própria lei pudesse fazer um juízo de ponderação do caso concreto. A Lei 5.443/68, que, ao tratar dos símbolos nacionais, em diversos momentos faz a ponderação do uso da livre expressão, como é o caso de proibir qualquer indicação na bandeira nacional (art. 27, §2º), além da proibição de utilização de qualquer bandeira de outro país que não esteja acompanhada da bandeira brasileira (art. 28) e da proibição de execução vocal do hino nacional por outro motivo que não aquele definido na Lei (art. 22), dentre outras. Assim, não seria possível sequer utilizar a bandeira nacional em uma charge, substituindo os escritos “Ordem e Progresso” por outros, para expressar algum pensamento. Da mesma forma, a conduta de rasgar a bandeira, nela colocar fogo ou outra forma aparentemente ofensiva, estaria protegida pela liberdade de expressão se for utilizada dentro de um modo de expressão do pensamento, e se a lei tipificar esta conduta como crime, ou proibi-la pura e simplesmente, ela seria inconstitucional porque não estaria trazendo mensagens genéricas e diretrizes para o intérprete, mas já o substituindo; mesmo que fosse, “*ad argumentandum tantum*”, considerada abstratamente constitucional, nunca seria concretamente

²³ BARROSO, Luis Roberto. Conflitos entre direitos fundamentais, in *Lições de Direito Constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*, Saraiva, 2005, André Ramos Tavares *et al*, p. 331.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, 2007, p. 327.

constitucional, se com a conduta estivesse sendo realizada para expressar um pensamento.

E em relação à lei que limite a liberdade de manifestação de pensamento? Para que esta lei seja legitimamente aplicada ao caso concreto, é preciso que ela passe pelo duplo controle de constitucionalidade: Ela é, por si mesma, constitucional? Sendo constitucional, sua aplicação causou alguma desproporcionalidade no caso concreto?

Pelo que vimos anteriormente, esta pretensa lei sequer passaria pelo primeiro controle, o abstrato, porque a Constituição não permite, para tal direito fundamental, a atividade limitadora do legislador infraconstitucional, levando-se em conta que tal limitação já está na própria Constituição. Entretanto, mesmo que se discorde deste posicionamento, não se pode perder de vista que é necessário um segundo controle, porque é muitíssimo provável que a aplicação da lei, no caso concreto, acabe por causar arbitrariedade com determinada pessoa que expôs seu pensamento.

Assim, se uma lei vem e diz: não pode fulano ou beltrano falar sobre este ou aquele assunto. Se o fulano ou o beltrano falar, ele pode ser punido? Evidentemente que não, a não ser aquela punição estabelecida na própria Constituição, que é indenizar quem foi ofendido, e isto se causar dano a alguém e ainda assim se manifestar seu pensamento de modo desarrazoado e sem os cuidados necessários. Se a lei está proibindo a manifestação do pensamento, ela está punindo previamente ao dano, isto é, ela está presumindo que alguém irá manifestar seu pensamento de modo abusivo. Esta lei, então, será inconstitucional.

Veja que não pode o julgador e o intérprete deixar de analisar as circunstâncias do caso concreto, sempre, quando se tratar de limitação ao direito fundamental da livre manifestação do pensamento. Isto nada mais é que, ultrapassado controle abstrato da proporcionalidade, utilizar a técnica da ponderação no caso concreto, como defendeu Alexy e atualmente aceito pela doutrina e pelos tribunais, muito embora tenha sido criticado por Habermas²⁵.

²⁵ Diante da liberdade do Judiciário em dizer qual direito constitucional terá preferência no caso concreto, ante o conflito com outro, Habermas criticou: *"Ao deixar-se conduzir pela idéia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se em uma instância autoritária. No caso de colisão, todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios de direito. Na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de*

O que Robert Alexy concretizou, no âmbito do direito constitucional, é a resolução de conflitos entre normas constitucionais não pelas formas tradicionais que se soluciona os conflitos entre regras, porque não se trata de regras e sim de princípios, com suas características próprias, e também porque não há revogação ou redução teleológica de um dos princípios: há, sim, uma ponderação do peso relativo a cada uma das normas constitucionais em tese aplicáveis ao caso concreto, considerando-se as máximas que integram o princípio da proporcionalidade.

A utilização da técnica da ponderação é amplamente aceita pelo Supremo Tribunal Federal. Por isso, ao lado das regras e princípios, ainda se poderia falar em outra norma, que é justamente o princípio da proporcionalidade, que aparece como verdadeiro *postulado normativo* justamente porque dá o caminho para impor condutas diante da colisão entre outros princípios e valores constitucionais: força o intérprete a ponderar os valores diante da situação concreta, com seus detalhes e premissas básicas. Assim, ratifica os valores do pós-positivismo, na medida em que o juiz não pode ser casuísta (jusnaturalismo) porque está obrigado a levar em consideração as máximas de cada valor e do princípio da proporcionalidade, mas também não podendo fazer apenas um exercício de silogismo (positivismo) que lhe arranca toda a capacidade de juízo crítico.

Depois destas considerações, podemos, então, com esta visão, analisar a “Lei da Mordça” no âmbito da Advocacia-Geral da União.

5 A PROIBIÇÃO CONTIDA NO ART. 28, III, DA LC 73/93

O artigo 28, inciso III, da Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993 diz o seguinte:

Art. 28. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros efetivos da Advocacia-Geral da União é vedado:

valores, e toma como base a sua prática de decisão, cresce o perigo dos juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos” (Citado por Juarez Monteiro de Oliveira Júnior, em Tolerância com os intolerantes? Breves linhas acerca do discurso de ódio. Disponível em: <<http://www.mcampos.br/CENTRODEEXTENSAO/Programa%20Libertas/Arquivos/Juarez%20Monteiro.pdf>. Acesso em: 08 out. 2008.

III - manifestar-se, por qualquer meio de divulgação, sobre assunto pertinente às suas funções, salvo ordem, ou autorização expressa do Advogado-Geral da União.

No mesmo tino, o artigo 38, §1º, inciso III, da Medida Provisória 2.229-43, de 06 de setembro de 2001, ratifica a proibição para os Procuradores Federais:

Art. 38. Os integrantes da Carreira de Procurador Federal têm os direitos e deveres que lhes prevê a Lei no 8.112, de 1990, e sujeitam-se às proibições e aos impedimentos estabelecidos nesta Medida Provisória.

§ 1º Ao Procurador Federal é proibido:

III- manifestar-se, por qualquer meio de divulgação, sobre assunto conexo às suas atribuições, salvo ordem, ou autorização expressa, do Advogado-Geral da União

Para quem está interessado em divulgar os trabalhos da AGU, da sua importância para a Administração Pública e para o erário federal, assim como para quem está interessado em fazer a sociedade acordar para esta Instituição tão importante, é um choque tomar conhecimento desta proibição.

O ser humano só pode ser punido de se expressar, quando manifesta seu pensamento de modo inadequado, desproporcional, sem os cuidados necessários e, mesmo assim, quando causa danos. Mais que isso, estaremos abrindo ensanचा ao Estado Totalitário.

Tentaremos, por isso, entender esta proibição contida na Lei Complementar 73, antes de afirmar, com convicção, que ela não resiste a uma *auditoria constitucional*.

A redação dos dispositivos legais citados, apesar de inicialmente transparentes, deixam espaços para grandes margens de dúvidas. Imagina-se a alogia: nas carreiras em geral, não ficando de fora as carreiras da AGU, existem grupos de discussão eletrônicos de seus membros para tratativas gerais, em especial pelo repartimento de experiências e troca de modelos de defesas. Na letra fria da lei, todo e qualquer grupo de discussão estaria fadado à proibição institucional, porque é useira a manifestação do Advogado Público Federal, nestes

grupos, sobre o exercício das suas funções, inclusive com juízos de valores. Se um colega pede ajuda para todos, a respeito de determinado processo que está atuando, é evidente que a resposta só pode ser a manifestação, por meio de um canal de divulgação, sobre assunto pertinente às suas funções.

Então, é também evidente que o referido dispositivo legal, só por isso, pagaria o preço da inconstitucionalidade, porque não está sendo razoável ao prever limitação tão drástica a direito fundamental, máxime sabendo que em um mundo globalizado e eletrônico, a troca de informações entre membros de uma carreira é uma necessidade básica para o desenvolvimento da mesma, e por isto é incentivada pelas próprias Chefias.

A lei também é maligna quanto à atuação da Assessoria de Comunicação da AGU, porque se o membro da Instituição, legalista ao extremo, se curvar diante da proibição, não poderia, em nenhuma hipótese, repassar informações sobre alguma atuação processual, para a Assessoria. Deveria, então, se quedar inerte, porque a lei, na força do seu jugo limitador, teria o condão de fazer com que o Advogado Público Federal encarasse a Assessoria de Comunicação com temor, verdadeiro prenúncio de processo disciplinar.

Da mesma forma, o que dizer desta proibição diante de uma eventual greve, deflagrada pelos membros das carreiras? Há como realizar este direito constitucional, se não for para reclamar, na imprensa, de alguma coisa relacionada com o exercício das funções? Então, se há direito constitucional de greve, como compatibilizar este direito, se os membros não podem se manifestar publicamente sobre suas atribuições e os problemas que as envolvem?

Ainda no mesmo tino, imagine o chefe de uma unidade da AGU que está prestes a assumir o cargo, e é chamado a dar entrevistas. Pode ele se manifestar, perante a sociedade, sobre as funções do órgão que chefiará, e as funções dos seus subordinados, se colocado inopinadamente diante dos microfones da imprensa? Pode ele tentar demonstrar, mesmo resumidamente, qual a importância da Instituição e quais os principais processos de sua responsabilidade? É preciso prévia autorização do Advogado-Geral da União para poder se expressar?

Outra situação é o membro da Advocacia-Geral da União perceber, na mídia, alguma declaração incorreta, abusiva ou irresponsável a

respeito de um processo judicial em que ele – o membro da AGU –, esteja atuando. Não pode ele contraditar a informação, dando entrevistas sobre o tema, se o processo não estiver em segredo de justiça? E se, neste caso, a declaração abusiva for justamente em relação a seu trabalho desenvolvido nos autos? Teria que se quedar inerte diante de um microfone da imprensa, que aparece rápido e cortante? Teria que se reduzir ao silêncio do seu gabinete, até que conseguisse as bênçãos do Advogado-Geral da União?

Veja bem que, mesmo na Exposição de Motivos da LC 73/93 (são apenas poucos parágrafos), não há nenhuma palavra que justifique a necessidade de proibir os membros da AGU de se manifestarem sobre os assuntos pertinentes às suas funções. Não houve, então, qualquer idéia sólida que justificasse a proibição, de modo que a liberdade hermenêutica sobre ela é ainda mais ampla, em especial da conhecida diferença entre intenção da lei e do legislador.

5.1 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO LEGAL RESTRITIVO

Dúvida não há, portanto, que a proibição contida no art. 28, III, da LC 73/93, não passa incólume pelo crivo da Constituição de 1988, e os motivos são vários.

O primeiro motivo é que a lei não faz, em nenhum momento, uma limitação razoável, considerando situações extremas de utilização irregular ou abusiva da função pública do membro da Advocacia-Geral da União. A lei apenas proíbe, pura e simplesmente, a manifestação, sem considerar eventual prejuízo à Instituição, ao erário ou às pessoas. Inverte a lógica constitucional ao desconsiderar, absolutamente, a possibilidade de prejuízo e a possível utilização ofensiva, abusiva e desproporcional, causando uma inusitada *presunção* “*juris et de juri*” de abuso do direito fundamental.

Neste caso, o legislador sequer considerou a advertência de Gomes Canotilho²⁶, segundo a qual o regime de leis restritivas dos direitos fundamentais deve delimitar o âmbito de proteção da norma, averiguar o tipo, a natureza e a finalidade da restrição e, por fim, deve controlar a observância dos limites estabelecidos na Constituição para agir restritivamente (no Brasil, observar o princípio da proporcionalidade e o núcleo essencial do direito fundamental).

26 CANOTILHO, op. cit, p. 411.

Era de se esperar que a lei pudesse, por exemplo, prever restrições genéricas, como: “o membro da Advocacia-Geral da União não poderá manifestar sobre assunto declarado sigiloso pelo Advogado-Geral da União”; ou, então: “o membro da Advocacia-Geral da União, ao se manifestar sobre assuntos conexos às suas atribuições, deverá se assegurar de que não causará causar prejuízos institucionais para a Advocacia-Geral da União, para o erário ou para o desenvolvimento da defesa judicial do Estado”. Ainda é possível imaginar outra fórmula genérica, à mercê do legislador: “o membro da Advocacia-Geral da União, ao se manifestar sobre assuntos conexos às suas atribuições junto à imprensa em geral, deverá ser leal com sua Instituição”.

O segundo motivo é que o art. 28, III, da LC 73/93 e o art. 38, III, da MP 2.229-43/01, não criaram mecanismos gerais de controle e ponderação para o exercício da liberdade de expressão. Parafraseando Luís Roberto Barro, o legislador, no caso, não se limitou a estabelecer parâmetros legais e diretrizes a serem considerados pelo intérprete. Simplesmente impôs solução rígida e abstrata para o caso da colisão entre o direito fundamental de liberdade de expressão e outro direito fundamental (como o direito à imagem da AGU, o direito de ampla defesa do Estado e o direito de eficiência e moralidade administrativa).

O terceiro motivo da inconstitucionalidade é que, ao proibir a manifestação do pensamento de modo tão abrangente, a lei claramente atinge o núcleo essencial do direito à liberdade de expressão, fazendo com que os Advogados Públicos não possam desfrutar dos benefícios do direito fundamental albergado na Constituição. Do jeito que foi colocado o dispositivo legal, os membros da Advocacia-Geral da União devem ser caramujos, escondidos para sempre em seus esconderijos sociais, como se estivessem à frente de um Estado Totalitário. Retira, por completo, qualquer manifestação sobre qualquer assunto conexo a suas funções em qualquer meio de comunicação, sem prévia autorização do Chefe que, diga-se de passagem, não pode ser acessado facilmente. A Lei abala a estrutura básica do direito fundamental da liberdade de expressão, atingindo seu âmago, isto é, seu núcleo essencial, causando prosápia da restrição sobre o direito fundamental.

O quarto motivo é que submeteu o membro da Advocacia-Geral da União a uma *censura prévia* em relação ao seu direito de manifestação do pensamento, a ser exercido pelo Advogado-Geral da União. Quando a Lei Complementar diz que só poderá se manifestar, o membro da AGU, quando houver “*ordem ou autorização expressa do Advogado-Geral*

da União”, está, de forma cristalina, dando a esta autoridade um poder absoluto de averiguar, no caso concreto, de acordo com sua conveniência e oportunidade, quando o seu subordinado poderá se manifestar.

Imagina-se o caso do Advogado Público Federal que está sendo violado na sua honra, porque determinada pessoa o está atacando na mídia em face de uma atuação sua em processo judicial, e o Advogado-Geral da União não autoriza o Advogado a se manifestar... Uma situação no mínimo esdrúxula causada pela lei que, não podemos nos enganar, poderia ter fixados parâmetros razoáveis e gerais de contornos ao exercício da liberdade de expressão, mas preferiu “*cortar o mal pela raiz*”. O que é pior, a lei ainda chega a dizer que o Advogado-Geral da União poderá dar ordem para o Advogado subordinado falar sobre determinado assunto, causando parrésia até para a Inquirição.

Neste sentido, importante lembrar a polêmica sobre a possibilidade ou não de limitar previamente a manifestação do pensamento. Como foi dito, a Constituição de 1988 operou um sistema de controle posterior da liberdade de expressão, e não prévio, visando valorizar o direito fundamental da liberdade de expressão e a própria Democracia. Entretanto, a tendência é aceitar o controle prévio, porém de modo absolutamente excepcional, quando a divulgação das idéias, do pensamento, da obra, do livro ou quejando, puder violar intensamente a dignidade, a honra, a intimidade ou a privacidade de alguém. Seria o caso de impedir a divulgação de um vídeo com captação clandestina de imagens de um casal mantendo relações sexuais; ou então um laudo médico com constatação de impotência sexual de um ator famoso, como forma de proteção do segredo da desonra, ou ainda impedir a divulgação de um discurso de ódio contra negros e homossexuais.²⁷ Entretanto, mesmo que se admita a prévia censura da divulgação do pensamento, da idéia, do livro, das palavras, dos vídeos, das cartas, enfim, *a doutrina chegou ao consenso de que a prévia censura só pode ocorrer por força de ordem judicial, garantido a ampla defesa e o contraditório, e não por força de órgão da Administração*. Neste sentido, veja o que diz o próprio Gilmar Mendes:

²⁷ Nesse sentido, Gilmar Mendes, ao defender que o constituinte não quis assegurar apenas eventual direito de reparação do dano causado, porque a garantia constitucional da efetiva proteção judicial estaria sem sentido se a intervenção judicial somente pudesse se dar após a configuração da lesão, até porque a Constituição prega a inviolabilidade do direito à honra e à intimidade, não podendo o Judiciário deixar, então, que se as violem (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, Editor, 1998. p. 86).

Tem-se controvertido, entretanto, sobre a possibilidade de se obstar, preventivamente, a expressão, quando hostil a valor básico da ordem constitucional.

Num ponto há acordo: não é viável a censura por parte de órgão da Administração Pública. A discussão será, antes, em saber se é dado ao juiz proibir uma matéria jornalística, num caso concreto de conflito entre direitos fundamentais - o de informar em atrito com o da imagem, por exemplo.²⁸ (grifo nosso)

A análise prévia do que o membro da AGU poderá dizer e daquilo que está liberado a dizer é, sem dúvida, uma forma de censura prévia feita pela Administração Pública e, o que é pior, de forma individualizada, e não de modo geral sobre determinado assunto.

O quinto motivo é que não há como aplicar, no caso, a técnica da interpretação conforme a Constituição. Como se sabe, para que tal técnica (ou princípio de interpretação de normas constitucionais) seja aplicada, devem estar presentes dois pressupostos básicos: a) o caráter polissêmico, ou plurissignificativo, da lei; e b) a impossibilidade do intérprete se transformar em legislador positivo, invadindo a intenção da lei.

Na verdade, trata-se de uma condição e de um limite: a condição é que a lei seja plurissignificativa, isto é, que tenha dois ou mais sentidos diferentes; que possa, em um exercício de interpretação, mostrar para o intérprete que, diferentemente do primeiro perfil descoberto, a lei tem outro sentido não venenoso e adequado ao espírito constitucional vigente²⁹. Isto se dá em face da presunção de constitucionalidade das leis³⁰, que impõe ao intérprete que dê preferência ao sentido da norma

28 MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. op. cit., p. 365-366.

29 Neste sentido, o STF (ADI 1719/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJ de 03.08.2007, p. 225) entendeu que o art. 90 da Lei 9.099/95, ao determinar que as disposições daquela Lei não fossem aplicáveis aos processos penais nos quais a fase de instrução já tenha sido iniciado, quis dizer que não poderiam retroagir as suas *normas não materialmente penais*. Se se entendesse que a lei queria dizer que não poderiam retroagir inclusive as normas materialmente penais, a lei teria que ser declarada inconstitucional em face do art. 5º, XL, da CF XL (*"a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu"*). Optou-se, então, pela interpretação que estava em conformidade com a Constituição de 1988, já que a lei em análise tinha um sentido venenoso, sob o ponto de vista constitucional.

30 A presunção de constitucionalidade das leis, apesar de relativa, existe por três motivos básicos: a) só pode ser declarada a inconstitucionalidade pela maioria absoluta dos membros do Tribunal, ou do órgão especial quando o Tribunal tiver mais de 25 (vinte e cinco) julgadores, conhecida como cláusula de reserva de plenário (art. 97 c/c art. 93, XI e Súmula Vinculante n. 10 do STF); b) há prévio controle de

que seja adequado à Constituição. O limite é a impossibilidade de o intérprete invadir a esfera de atuação do legislador, para impedir que se inverta, a fórceps, o sentido original da lei. Por isso, é preciso reforçar a advertência de Canotilho:

A interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um espaço de decisão (= espaço de interpretação), aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela³¹

Não havendo este espaço referido por Canotilho, o Judiciário não poderá substituir o Legislativo, e a única solução é declarar a inconstitucionalidade do ato normativo.

Como se vê dos dispositivos infraconstitucionais, não há o mínimo espaço de decisão para o intérprete, porque a lei foi muito clara em restringir ao máximo a liberdade de expressão dos membros da Advocacia-Geral da União, não havendo, nos dispositivos, qualquer margem genérica de atuação do intérprete. Enfim, o intérprete não pode criar casos em que o membro da AGU pode falar sobre assunto funcional, na imprensa, sem autorização do Advogado-Geral; não pode forjar uma interpretação, como se o legislador, ou a lei, quisesse dizer o que não disse; quisesse aliviar a sobrecarga da carregada restrição; quisesse, enfim, dizer que as restrições só poderão ser feitas quando houver, concomitantemente, interesse da Administração, abuso ou desproporcionalidade na manifestação e prejuízos a alguém. A intenção da lei foi, como foi dito anteriormente, “cortar o mal pela raiz”, em uma presunção inconseqüente de que a manifestação do Advogado Público Federal seria um mal em si mesma. Não houve, na lei, nenhum espaço para que o intérprete pudesse alcançar outro sentido, outro perfil adequado aos valores constitucionais, tanto é verdade que ela foi enfática ao proibir a manifestação em qualquer meio de comunicação, e ainda sobre qualquer assunto pertinente às suas funções, sem autorização, não se preocupando em fazer ressalvas ou ponderações genéricas.

constitucionalidade das leis pelo Poder Legislativo, via Comissão de Constituição e Justiça (art. 58, §2º, I, da CF/88 c/c art. 32, IV, do RICD – Regimento Interno da Câmara dos Deputados e 72 e 101 do RISF – Regimento Interno do Senado Federal); c) há prévio controle de constitucionalidade das leis pelo Chefe do Poder Executivo, via veto jurídico (art. 66, §1º).

31 CANOTILHO, op. cit., p. 230.

Pode-se dizer, então, que os dispositivos legais são inconstitucionais porque não superam as “máximas da proporcionalidade”.

A primeira “máxima” parcial é que, para ser proporcional, é preciso que exista adequação (ou conformidade) entre o meio e o fim de interesse público almejado. O interesse público almejado pelo silêncio dos Advogados Públicos Federais, até que exista autorização do Advogado-Geral da União, seria a proteção do direito fundamental da União de se defender, mas, como se verá adiante, este fim não poderia autorizar a completa inviabilização da manifestação do pensamento sobre questões funcionais, porque não há nenhuma garantia que esta restrição preserve, de fato, o direito fundamental da União.

A segunda é que a proporcionalidade exige um meio mais suave (exigibilidade) para restringir o direito fundamental. Não seria demais exigir do legislador, então, que o meio utilizado para limitar o direito fundamental dos membros da AGU fosse mais cauteloso, no sentido de exigir silêncio apenas quando houvesse interesse na defesa da União e suas entidades, ou quando houvesse determinação específica do Advogado-Geral ou ainda quando pudesse refletir deslealdade institucional.

A última “máxima” (proporcionalidade em sentido estrito) entende que o resultado obtido com a restrição deve ser proporcional à própria restrição, isto é, que há uma lógica razoável entre o tamanho da restrição e o tamanho do resultado positivo obtido. No caso, o resultado desejado com a restrição ao direito fundamental dos Advogados Públicos Federais, que é a proteção da defesa da União e suas entidades (desejo de proteger o direito fundamental de ampla defesa da União), não foi, durante todo este período de restrição (1993 até 2008), sequer considerável, porque não há qualquer relação entre a restrição e o que ela proporcionou de resultados para a defesa da União e suas entidades. Muito ao contrário, porque a limitação, ao que tudo indica, apenas prejudicou ainda mais a defesa do erário federal, na medida em que a falta de divulgação do trabalho realizado pode até causar, em um ou outro juízo deste país, desconhecimento da atuação da Advocacia-Geral da União, sem esquecer que a quietude institucional leva, via de regra, ao ostracismo sistêmico da Instituição, tendo como consequência quase que automática, a ausência de condições materiais e de recursos humanos³²

32 Não custa lembrar que os membros da Advocacia-Geral da União não têm assessores, e a própria Instituição sobrevive à custa de fundamentais cessões de servidores de outros órgãos e entidades, já que não tem um quadro próprio adequado, lembrando que, prevista na CF/88, e instalada em 1993 pela

para que o direito constitucional da União de se defender acabe sendo prejudicado (daí a necessidade de propaganda institucional).

Resta lembrar, alfim destas considerações sobre a inconstitucionalidade, que geralmente o uso inadequado da liberdade de expressão colide com os direitos fundamentais da intimidade, da vida privada, da imagem e da honra. O intérprete e o aplicador das normas constitucionais, então, ao utilizarem-se da ponderação para solução da colisão, devem levar em conta o eventual veneno da liberdade de expressão para estes outros sensíveis direitos fundamentais, o que não ocorre com a proibição da Lei Complementar 73, que visa proteger outro direito fundamental, que é o direito da União se defender. É possível notar, então, uma supervalorização de um direito fundamental, que é o direito à ampla defesa da União, em detrimento da liberdade de expressão, quando na verdade os direitos fundamentais que deveriam ser valorizados, nesta colisão, são outros, muito mais sensíveis de serem venenados pelo uso inadequado daquela liberdade. Operou mal o legislador, então, ao fazer o balanço de dois direitos fundamentais, uma vez que, ao invés de proteger aqueles que são mais sensíveis à atuação da liberdade de expressão, acabou limitando exageradamente esta para proteção de outro direito fundamental que não pode ser afetado pelo simples direito de se expressar publicamente.

5.2 DA EVENTUAL CONSTITUCIONALIDADE

Resta dizer que, mesmo se ultrapassados todos estes motivos – situação aqui considerada apenas a título argumentativo –, e o intérprete chegar à conclusão que o art. 28, III, da Lei Complementar 73/93 e o art. 38, §1º, III, da MP 2.229-43/01, *per fas et nefas*, são constitucionais, mesmo assim não será possível aplicar sua proibição livremente. Se constitucionais, os dispositivos ainda precisam passar, no caso concreto, pelo segundo controle de proporcionalidade, para saber se sua aplicação acabou não causando situações esdrúxulas, desarrazoadas ou inadequadas sob o ponto de vista do direito fundamental de liberdade de expressão. Este segundo controle, aliás, poderá revelar uma provável interpretação conforme a Constituição.

LC 73, a AGU realizou o primeiro concurso para servidores administrativos apenas em 2006/2007, em quantidade reconhecidamente insuficiente. Vale citar que esta fragilidade institucional (ausência de servidores administrativos) foi analisada pelo TCU, nos autos do processo, quando então destacou a necessidade da AGU fazer concursos e substituir os servidores que foram cedidos provisoriamente.

Então, partindo-se de uma possível constitucionalidade dos dispositivos, a melhor interpretação dos mesmos é sistemática, considerando os arts. 116, II, 117, IV, V, da Lei 8.112/90, além do Decreto 4.553/2002, fundamentais para a boa compreensão da extensão da proibição de se manifestar publicamente.

Se há uma hipótese razoável de limitação da liberdade de expressão do Advogado Público Federal, esta hipótese só pode existir como reforço da *necessária lealdade com a Instituição*³³, na medida em que o Advogado, no caso, costumeiramente realiza defesas judiciais e consultorias muito sensíveis aos olhos da comunidade jurídica e da sociedade. A proibição de manifestação, então, só pode existir para que seja evitado risco à segurança da sociedade e do Estado, porque, a depender da manifestação que fizer, pode provocar prejuízos ilegítimos à vida privada, à honra, à imagem das pessoas e especialmente à Advocacia-Geral da União, ao erário e ao desenvolvimento de uma linha de defesa que está sendo efetivada.

Ao defender o Estado, que é um ente abstrato, de diversas investidas, tal defesa é muitas vezes incompreendida, existindo até mesmo dentro do Judiciário aqueles que não se prestam a analisar a importância de defender o erário, e só conseguem observar a AGU como um ranço de procrastinação processual. Por isso, se o Advogado Público Federal não tiver a exata noção das suas atribuições e do prejuízo que poderá causar à Instituição, quando se manifestar publicamente, ele acabará sendo desleal, prejudicando a imagem dela e até influenciando pejorativamente no trabalho dos seus colegas e dos seus superiores

33 “Mas o que é ser leal à instituição? A resposta é simples: ser leal à instituição é ter compromisso público com ela; é, em suma, assumir conduta que vai beneficiar a instituição e o desenvolvimento da sua função. O servidor público leal e compromissado com a sua instituição fica preocupado, todos os dias, com a imagem dela. Fica preocupado com as críticas que a sociedade faz a ela, e se realmente há razão. Dá dicas, observa o dia-a-dia dentro da instituição, e verifica se algo está errado. Reclama com o Chefe do servidor que maltrata alguma pessoa, que não é cortês. Fica indignado quando fazem chacota com a sua instituição, porque está verdadeiramente preocupado com a grandiosidade dela. O servidor público compromissado com a instituição respeita cada centavo que ela lhe paga, e se sente no direito de reclamar de algo errado. Fica grato porque seu sustento sai dali, daquela instituição, e por isso aprende a gostar dela. Reconhece internamente que a sua experiência de vida, seus conhecimentos dos trâmites burocráticos do Poder Público, seus conhecimentos de legislação, de inter-relação humana e da missão pública da sua carreira, estão ligados diretamente à sua instituição e tudo que ela proporcionou a ele. Assim, o servidor público só pode estar comprometido se ele guardar profundo respeito à sua instituição, mantendo-se preocupado permanentemente com ela” (PONTES, Bruno César da Luz, *Ética e compromisso do servidor público federal*, Revista da AGU, Ano VII, n. 62, março de 2007. Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_VII_marco_2007/etica%20e%20Compromisso%20Publico-Bruno%20Pontes.pdf>. Acesso em: 10 out. 2008.

hierárquicos, além de dar vazão às possíveis críticas dos particulares que são prejudicados pela defesa intransigente do erário.

Se há uma intenção benfazeja do legislador complementar, ao traçar a proibição, ela se resume na mensagem de que o Advogado Público Federal, ao se manifestar, deve ser leal com a Instituição. É fácil perceber, por exemplo, o desencadeamento de uma idéia, plano ou planejamento pela cúpula da Advocacia-Geral da União. Neste caso, seria desarrazoado que o Advogado Público Federal, utilizando-se da imprensa, atacasse deliberada e incessantemente todos os planos e planejamentos, com o fim de diminuir suas importâncias. Imagine-se, neste mote, que a Advocacia-Geral da União se depare com várias liminares explodindo em todo o Brasil, e o Advogado-Geral da União, imediatamente, se põe a discursar na imprensa sobre o equívoco dos magistrados que concedem as mesmas, em virtude de um plano de governo, de um grande prejuízo ao erário ou outra situação qualquer. Seria razoável um Advogado Público Federal se utilizar da imprensa para atacar o Advogado-Geral da União, ou apoiar incondicionalmente os magistrados? Não é fácil presumir que seria uma grande contradição a utilização da liberdade de expressão para prejudicar o próprio espírito de sobrevivência constitucional da Instituição.

Se um Advogado Público Federal não entender que seu cargo existe para defender o interesse público, nele incluído o interesse da União e das políticas públicas, como, aliás, já consta no Ato Regimental n. 08, de 27 de dezembro de 2002³⁴, e as balizas principiológicas norteadoras da Administração Pública, logo ele estará dando entrevistas e criticando duramente com os recursos judiciais apresentados pela própria AGU; ele cairá no erro de concordar com opiniões frívolas e equivocadas, no sentido de que a AGU existe somente para procrastinar os processos e, o que é pior, utilizará meios de comunicação para divulgar este seu pensamento, em total incompatibilidade com suas funções.

34 Diz o § 1º do art. 1º do referido AR 08: "No desempenho das atribuições de seus cargos, os Membros efetivos da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral Federal observarão especialmente: I - a Constituição Federal, as leis e os atos normativos emanados dos Poderes e autoridades competentes; II - o interesse público, neste considerado o da sociedade, o da União e de cada um dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; III - as Políticas Públicas fixadas pelo Governo Federal; III - os princípios éticos e morais inerentes aos agentes públicos; IV - as orientações dos seus superiores hierárquicos."

Da mesma forma, se a AGU estiver concentrada na defesa do Estado em determinado assunto cuja vitória trará grandes benefícios para o erário (quintos e décimos, defesa contra as empresas sucroalcooleiras ou a favor da demarcação das terras indígenas, constitucionalidade de pesquisas com células-tronco etc.), e o Advogado Público se manifesta contra a defesa que vem sendo feita, produzindo um prejuízo institucional, talvez aí esteja inserido um abuso ao direito de livre manifestação do pensamento. Também existem assuntos de ordem administrativa, como é o caso dos projetos (utilização massificada do SICAU, reestruturação da PGF, ampliação das competências e do quantitativo das Câmaras de Conciliação, participação em Projeto conjunto com o Judiciário, planejamento estratégico etc.), que o Advogado Público tem o dever de apoiar e, caso não concorde, que se abstenha de utilizar a liberdade de expressão nos meios de comunicação, para acharar.

Neste contexto, a proibição de manifestação sobre assuntos pertinentes às funções deve ser vista com muita intimidade com a *proibição de ser desleal com a Instituição*. Não se trata, obviamente, de uma proibição ermitã, uma proibição que existe por si mesma, sem considerar todo o arcabouço constitucional e legal que a envolve, sob pena de engessar direitos constitucionais, impedindo, por exemplo, o direito de greve – que pressupõe a divulgação das condições de trabalho e quejando -, e de causar sérios prejuízos administrativos, como é o caso do impedimento de grupos de discussão, trocas de experiências, divulgação interna e externa das conquistas judiciais, entrevistas positivas para o trabalho da Advocacia-Geral da União e até algumas críticas construtivas, sem deliberada intenção de causar prejuízos.

Cabe, então, uma advertência: se houver conclusão, por algum motivo, que os dispositivos são constitucionais e que não precisam passar pelo filtro constitucional e, o que é pior, se houve uma incorreta aplicação, a proibição se transformará em perigosa síndrome para a própria Advocacia-Geral da União.

6 A NECESSIDADE DE PROPAGANDA PÚBLICA INSTITUCIONAL

Depois das considerações jurídicas sobre a proibição do Advogado Público Federal se manifestar sobre assunto conexo às suas atribuições, utilizando-se de qualquer meio de comunicação, é possível falar em propaganda institucional da Advocacia-Geral da União. Sem estas

considerações, esta propaganda torna-se impossível, porque impossível também elevar a participação da AGU na mídia sem que se possa utilizar da viva-voz de seus membros.

Propaganda pública institucional pode ser definida como uma ferramenta de *marketing*, em que se divulga, por algum meio de comunicação, sem manipulação das informações disponíveis, da existência de uma Instituição, de suas missões públicas e das atividades de interesse da sociedade, visando dar amplo conhecimento e, concomitantemente, valorizar e consolidar a Instituição e/ou as atividades desenvolvidas, sem menosprezar a capacidade de discernimento e a inteligência do público envolvido.

Hoje, é comum distinguir “publicidade” de “propaganda”. Publicidade tem origem jurídica, no sentido de divulgação de leis, atos normativos, éditos, ordenações e julgamentos, mas logo passou a ser entendida também levando em consideração lado comercial, para divulgar produtos e serviços, mediante pagamento ao agente publicitário, inclusive para manter e conquistar clientes. A propaganda surge como propagação de idéias, crenças, ideologias e doutrinas³⁵, mas com a complexidade da sociedade moderna, incluída aí o aparecimento da democracia, da intensificação do capitalismo e do consumo, da revolução industrial e do urbanismo, a propaganda chega mesmo a ser considerada, por alguns, como forma de manipulação das atividades coletivas, mas pode ser definido, como bem entendeu José Benedito Pinto, como “o conjunto de técnicas e atividades de informação e persuasão destinadas a influenciar, num determinado sentido, as opiniões, os sentidos e as atitudes do público receptor”.³⁶ Acrescente-se, entretanto, que a propaganda institucional tem um diferencial importante, que é a divulgação das atividades legítimas, daí porque, em relação ao Poder Público, tal propaganda não pode ser vista como a divulgação de produtos e serviços com o fim comercial, e deve necessariamente passar pelo crivo da legitimidade do que se quer divulgar.

35 Foi o caso da Igreja Católica, talvez a primeira a se valer da propaganda para, sob o jugo do Papa Gregório XV, instalar a Comissão Cardinalícia de Propaganda da Fé, no Século XVII, para divulgar a religião e imprimir livros litúrgicos, como nos conta José Benedito Pinto, *in* Propaganda institucional, uso e funções da propaganda nas relações públicas, 5. ed. Sumus Editorial, p. 20. Disponível em: <<http://books.google.com.br>>. Acesso em: 11 out. 2008.

36 PINTO, José Benedito, Propaganda Institucional, op. cit., p. 22.

Interessante destacar que *propaganda pública institucional* é diferente de *propaganda governamental*, pois nesta destaca-se uma idéia, um projeto, uma proposta, um acontecimento ou uma realização de interesse público, levada adiante por determinado governo, sem intenção, “a priori”, de valorizar determinada Instituição ou determinado agente público.

É claro que a propaganda institucional deve ser analisada com cuidado, na medida em que ela, historicamente, já foi usada maleficamente e em grandes proporções. Como muitos afirmam, foi o caso daquela utilizada pelo nazismo, preparando a população alemã para a guerra por meio de incitação de ódio aos inimigos externos e internos, e também aqui mesmo, no Brasil, para manipular a opinião pública para a derrubada do Presidente da República, João Goulart, levada a cabo pelo Instituto de Pesquisas e Estudos Sociais.

De todo modo, é possível verificar, sem muito esforço, o poder da propaganda institucional. Hoje em dia, onde há excesso de informações e meios efetivos de comunicação de massa, tal propaganda assume importância fundamental para a sobrevivência e a valorização de determinada Instituição. Determinadas Instituições são valorizadas em função da importância e do apelo emocional das suas missões, como é o caso dos Bombeiros e da Cruz Vermelha. Entretanto, determinadas Instituições têm missões importantíssimas, mas que são desconhecidas pelo grande público, e o desconhecimento, sem dúvida, pode ser minimizado com a participação efetiva dos agentes das instituições, isto é, com o aumento da divulgação dos membros das Instituições para que eles, com sagacidade e liberdade, possam divulgar o trabalho desconhecido do grande público e até se submeter à crítica da sociedade.

A Constituição Federal brasileira, a par disso, diz assim, no §1º do art. 37:

A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos

A Constituição, então, está fazendo pressupor que a propaganda deverá existir, porque ela densifica a cidadania e permite que vários direitos fundamentais sejam exercidos. Afinal, a partir do momento que se divulga atos e serviços públicos é que a população, direta

ou indiretamente, deles se beneficiam e, mais, só então que podem conhecer e cobrar o desempenho da Instituição ou do órgão público responsável, até porque, como diz Adriana Santos “*o escopo constitucional da publicidade institucional visa tornar possível o controle e a fiscalização populares acerca das atividades da Administração Pública na consecução do bem comum, isto é, do interesse público*”³⁷.

*É a Constituição, portanto, que dá autorização para que se efetive a propaganda institucional, até porque, como dito por Adilson Abreu Dallari*³⁸:

Não é razoável que os assuntos administrativos cheguem ou não cheguem ao conhecimento do povo na dependência do interesse ou da boa vontade da imprensa. A prática tem demonstrado que na quase totalidade dos casos, a Administração Pública só é notícia em seus aspectos patológicos ou quando não funciona. Isto tem um terrível e grave efeito deletério: como o cidadão comum recebe apenas notícias negativas a respeito das instituições públicas, acaba tendendo a descrever de todo e qualquer governante, de seus representantes eleitos, da administração pública em geral, dos poderes constituídos e, por último, das instituições democráticas. Portanto, a pluralidade de fontes de informação sobre a atuação pública é fundamental, para que possa haver críticas, controle, possibilidade de defesa e, também, oportunidade de evidenciar os êxitos e as conquistas da sociedade e dos governantes democráticos.

Merecem destaque, também, as palavras de Wallace Paiva Martins Júnior³⁹:

É elementar ao sistema democrático o cidadão ter conhecimento das realizações e empreendimentos da administração pública, porque, em última análise, é o cidadão o destinatário e o beneficiário de tais atos. Há, pois, interesse público nessa divulgação que assume o contorno

37 SANTOS, Adriana Aparecida Storoz Mathias dos. Publicidade institucional e eleições, em Paraná Eleitoral n. 45, 2002, p. 44, citada por CLÈVE, Clèmerson Merlin; SCHIER, Paulo Ricardo *et al.* Vedação de propaganda institucional em período eleitoral. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 783, 25 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7193>>. Acesso em: 10 out. 2008.

38 ALLARI, Adilson Abreu. Divulgação das atividades da administração pública – publicidade administrativa e propaganda pessoal, Revista de Direito Público n. 98, p. 247 (RDP 98/247).

39 MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Publicidade oficial: moralidade e impessoalidade, Revista dos Tribunais n. 705, p. 83 (RT 705/83).

ímpar, atípico e informal de prestação de contas da administração pública [...].

A idéia de Estado Democrático de Direito está intimamente associada à de transparência da administração, seja com relação aos procedimentos e atos externos [...], seja com relação à suas realizações (obras, serviços, campanhas etc.).

Nesta linha, o Governo Federal fez publicar o Decreto 6.555, de 08 de setembro de 2008, que trata das ações de comunicação⁴⁰ da Administração Pública Federal e dá outras providências, quando então selou, definitivamente, a sua necessidade diante da sociedade cada vez mais sofisticada, industrializada, televisiva e eletrônica. No seu artigo 1º, o Decreto diz que os objetivos principais das ações de comunicação são: I - dar amplo conhecimento à sociedade das políticas e programas do Poder Executivo Federal; II - divulgar os direitos do cidadão e serviços colocados à sua disposição; III - estimular a participação da sociedade no debate e na formulação de políticas públicas; IV - disseminar informações sobre assuntos de interesse público dos diferentes segmentos sociais; e V - promover o Brasil no exterior.

Todas as hipóteses podem ser utilizadas pela Advocacia-Geral da União. Interessante que a sociedade saiba quais são as políticas e os programas internos da AGU, como é o caso da Ouvidoria, do planejamento estratégico, da reestruturação da Procuradoria-Geral Federal, da política de redução de demandas, em especial demandas previdenciárias (INSS) e tantas outras.

No mesmo tino, os serviços da AGU, de proposição de ações de improbidade administrativa por malversação do dinheiro público, execução da dívida ativa e dos títulos advindos do TCU, capacidade de ações civis públicas para proteção do meio ambiente (IBAMA), da população indígena (FUNAI), da livre concorrência (CADE), na defesa da constitucionalidade de importantes atos normativos, como é o caso da pesquisa com células-tronco (artigo 5º da Lei 11.105/2005 e ADI 3510), da passagem gratuita para idosos (Lei 10.741/03, Decreto 5.934/06 e ADI 3768), manutenção de multas etc., exemplificam bem a utilização do inciso II do art. 2º, do Decreto 6.555/08.

40 Bom lembrar que a comunicação compreende, nos termos do art. 3º do Decreto 6.555/08, as áreas de *imprensa, relações públicas, comunicação digital, promoção, patrocínio e publicidade*, esta se subdividindo em *publicidade de utilidade pública, publicidade institucional, publicidade mercadológica e publicidade legal*.

O estímulo a participação da sociedade no debate e na formulação de políticas públicas, no âmbito da AGU, pode ocorrer de diversas formas, sempre que a AGU, como é corriqueiro, tiver que realizar defesa judicial, extrajudicial e, especialmente, quanto tiver que oferecer parecer sobre determinada política pública, ou os atos desencadeados por ela, podendo, se for o caso, inclusive convocar audiência pública (art. 32 da Lei 9.784/99), utilizando-se de publicidade oficial e, posteriormente, de propaganda dos resultados positivos. Seria até uma grande inovação no trabalho da Advocacia Pública, esta possibilidade de realização de audiência pública para maior participação da sociedade e das organizações sociais, até como forma de democracia direta para influenciar o seu trabalho.

A AGU também precisa disseminar todas as informações que recebe pela atuação das suas diversas unidades, que interessam diferentes segmentos sociais, como é o caso da defesa do sistema de cotas e, de forma geral, das ações afirmativas do Governo Federal. Talvez nem mesmo o Poder Judiciário Federal saiba da capacidade da Advocacia-Geral da União, por meio da Consultoria-Geral da União, Procuradoria-Geral Federal e Procuradoria-Geral da União, diminuir as demandas que hoje já começam a inviabilizar, inclusive, os Juizados Especiais Federais, seja pela redução de demandas previdenciárias, seja pela capacidade que tem de resolver internamente as pendências entre servidores públicos federais e Administração Pública Federal, Direta e Indireta, o que impediria a avalanche de ações na Justiça Federal.

Por fim, no que tange à promoção do Brasil no exterior, a AGU, como é sabido, é a marca da evolução do sistema judiciário brasileiro em relação ao mundo, que ainda patina na confusão de interesse público primário com secundário e dos órgãos que devem representar cada um deles. É o caso dos Estados Unidos da América, que até hoje não conseguiu dividir as atribuições do Ministério Público com as da Advocacia Pública, tudo reunido em um só órgão, como era no Brasil antes da Constituição de 1988, daí porque a divulgação institucional da AGU pode, inclusive, servir de parâmetro para o resto do mundo, haja vista que muitos países sequer conhecem esta divisão bem feita aqui, no nosso país.

Ninguém mais duvida das missões importantíssimas da Advocacia-Geral da União, mas elas não são palpáveis para o grande público, e muitas vezes só são sentidas a médio ou longo prazo. Talvez

seja propício lembrar Jesus Cristo, que disse, com toda sua inteligência, que deveríamos valorizar mais o que não enxergamos. Esta mensagem deveria servir para que o trabalho da AGU fosse valorizado, porque o nível de abstração da atuação de cada um de seus membros beira mesmo a insignificância para a população, em especial para aquela com menores condições intelectuais e de acesso à informação. Soubesse ela que muitas e muitas obras, muitas e muitas destinações de verbas públicas são garantidas pela AGU, esta Instituição seria mais bem preparada para enfrentar outros e maiores desafios. Soubesse ela que a AGU tem muita capacidade de efetivar no âmbito da Administração Pública Federal um maior respeito aos princípios da moralidade e da legalidade, talvez a potência se transformasse cada dia mais em eficiência, e não ficasse, apenas, deitada em berço esplêndido, muito embora já seja possível verificar interessantes *bocejos para o amanhã*.

É verdade que o gasto com campanhas publicitárias hoje chega ao limite do moralmente aceitável. Por isso, é necessário repensar os gastos com a *propaganda governamental*, e os transferir, um mínimo que seja, para a *propaganda institucional*, porque muito mais que planos sazonais, as Instituições permanecem, e elas é quem, por meio de seus membros, realizam aquilo que o povo quer ver realizado. O amor às Instituições, no seio de um povo, é algo muito, muito importante, porque isto pressupõe um amplo conhecimento delas, das suas missões e até que ponto podem ser aproveitadas e ampliadas. É o caso do Japão, onde a religião tradicional, o xintoísmo, muito embora baseada no animismo, acaba colocando no seio da comunidade um respeito às Instituições nacionais. O povo japonês, então, sabe perfeitamente bem o que cada Instituição faz, desde o casamento, até as Instituições oficiais do Estado. Afinal, só se pode compreender as falhas das Instituições se houver compreensão da própria Instituição: só assim o povo poderá, quando for o caso, pedir valorização de umas e extinção de outras.

Esta valorização das Instituições tem algo muito positivo, que é inculcar em seus membros um respeito capaz de influenciar decisivamente a cultura funcional, chegando mesmo a provocar uma pequena revolução interna, quando algo de ruim está afetando a imagem institucional. Quando a Instituição em que se trabalha é valorizada, conhecida por todos, os servidores que nela trabalham se sentem responsáveis pela boa imagem, pela moralidade interna, pela funcionalidade e eficiência de suas missões, e isso é verdadeiramente decisivo para que a sociedade seja beneficiada, para que a Instituição

cumpra fielmente a sua razão de ser. Entretanto, quando os servidores trabalham em uma Instituição que é desconhecida, ou desvalorizada, logo tendem a criar um clima interno ruim que imediatamente repercutirá na sociedade, pois farão grassar um sentimento pernicioso de malevolência, falta de auto-estima e vontade para trabalhar e produzir algo importante para o interesse público.

Nesse sentido, a propaganda institucional tem duas vias: a externa, porque provoca no público em geral uma sensação boa de valorização, que reflete inevitavelmente nas autoridades constituídas e, conseqüentemente, na dotação orçamentária; a interna, porque faz brotar o orgulho dos funcionários, capazes de mudar uma postura passiva diante de uma imoralidade ou de um fato que prejudicará a imagem institucional.

7 A NECESSIDADE APROXIMAÇÃO DA AGU COM A SOCIEDADE

Quando se fala da importância da Advocacia-Geral da União para o Estado e para o Governo, especialmente quanto às cifras envolvidas, é realmente impressionante e até babilônico os números. Chega mesmo a passar pela cabeça do mais desavisado, que se trata de uma forma de engabelar, uma trama maquiavélica para que a AGU seja beneficiada e valorizada.

É fácil entender porque muitos acreditam que as vantagens jurídicas e econômicas produzidas pela AGU decorrem de manipulações de estatísticas; basta apresentar algumas delas para que os próprios membros da AGU, jornalistas, cidadãos, políticos e dirigentes do Executivo encrespem a glabella e, de balde, busquem explicação na abstração das coisas imateriais.

A existência jurídica da AGU iniciou-se com a promulgação da Constituição de 1988 (art. 131), mas foi realmente instalada somente cinco anos depois, com a publicação da LC 73, de 10 de fevereiro de 1993. Evidente que uma Instituição do tamanho da AGU não surge do nada. Ela, na verdade, passou a existir pela reunião de diversos órgãos que já existiam e que foram se sedimentando antes da Constituição de 1988, e que exerciam boa parte das atribuições constitucionais previstas. Foi o caso da Procuradoria-Geral da República, que fazia a representação judicial da União, da Advocacia Consultiva da União, responsável pela consultoria e assessoramento, além dos diversos

departamentos jurídicos das autarquias e fundações públicas federais e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional que, apesar de ser órgão do Ministério da Fazenda, realizava a representação extrajudicial da União e judicial, nas causas de natureza fiscal.

Portanto, a formação da AGU foi feita antes da CF/88. Suas bases foram construídas lentamente, lentidão esta até certo ponto natural, devido à complexidade de representar judicial e extrajudicialmente, prestar consultoria e assessorar todos os órgãos e entidades da União, em um país gigantesco como o Brasil. Por isso é que, quando hoje se fala na economia gerada pela AGU, tem que se ter em mente a ampla experiência e os amplos procedimentos que vinham sendo experimentados e consolidados há tempos. As conquistas não são fruto, portanto, de mágica, mas de trabalho, porém ainda não muito bem divulgado, daí o louvável esforço da Assessoria de Comunicação Social da AGU que, com pouca estrutura, está tentando fazer a AGU “acontecer na sociedade”.

Entretanto, qual a importância de se divulgar estatísticas? Os números provocam alguma mudança na índole política e institucional do Estado e da sociedade brasileira? A sociedade, a classe política e os dirigentes do Poder Executivo se movimentam para manter e ampliar as conquistas e as prerrogativas da Advocacia-Geral da União? As respostas, infelizmente negativas para as perguntas, dão uma dica para que possamos compreender a natureza e os motivos determinantes para que ainda ocorram letargias institucionais e sistêmicas.

É bom que se diga: a letargia institucional não é da AGU, mas de todo o sistema, que ainda não a colocou como verdadeira Função Essencial à Justiça. Basta ver, por exemplo, a questão das demandas dos servidores públicos federais contra a União e suas autarquias, e os demandantes do Juizado Especial Federal, no que toca aos benefícios previdenciários. Se a AGU estivesse verdadeiramente à altura da sua estatura constitucional, não haveria necessidade de tantas ações judiciais dos servidores públicos e envolvendo benefícios previdenciários, porque o Estado já teria proporcionado amplas condições materiais, de recursos humanos e até legais, para que estas questões fossem resolvidas pela própria AGU, sem necessidade de participação do Judiciário, ou então participação apenas residual. A própria Câmara de Conciliação da AGU já seria uma forma exemplar de refrear estas demandas, transformando-se em um adendo do sistema de contencioso

administrativo adotado na França, até porque, no Brasil, o STF considerou constitucional a Lei da Arbitragem (Lei 9.307/96), na SE 5.206, mesmo diante do princípio da inafastabilidade jurisdicional do art. 5º, XXXV. Abriu-se, pois, uma grande oportunidade jurídica para criação de contencioso administrativo no caso de execução fiscal federal, de lide entre servidor público federal e a União e suas entidades descentralizadas, de lides previdenciárias e de ações judiciais envolvendo, de forma geral, a responsabilidade civil da União.

Para que tudo isto ocorra, necessário, a toda evidência, que se fortifique a Advocacia-Geral da União, inclusive com mais prerrogativas, mas há um pressuposto lógico: os dirigentes e os agentes políticos deste país, e em especial a sociedade, devem conhecer o que esta Instituição faz com a estrutura que tem e o que ela pode vir a fazer, com mais estrutura e mais prerrogativa.

Deste modo, a situação da AGU – muita eficiência para a pouca estrutura – é a prova mais contundente de que a propaganda institucional é vital para que a sociedade, ela mesma, possa pressionar os dirigentes, os governantes, os parlamentares e toda a classe política para que a Advocacia-Geral da União e a Advocacia Pública de forma geral possam subir ao patamar que o interesse público merece. Sem uma ousadia de marketing, sem uma vigorosa e persistente comunicação com a sociedade, a Advocacia-Geral da União, que tem um trabalho técnico, de bastidor e eminentemente solitário, permanecerá sendo subaproveitada, em especial em um país como o Brasil, onde a população, em sua grande maioria, não tem acesso à informação qualificada, e que por isso que não poderá, nunca, compreender o papel da AGU e o que ela faz para melhorar a vida de cada brasileiro. Sem uma ofensiva estratégia de propagando institucional, a população brasileira continuará valorizando o que sua vista alcança e não o que sua capacidade intelectual poderia alcançar, que é a compreensão profunda da missão institucional da Advocacia Pública, no controle interno e preventivo dos atos da Administração Pública, na defesa intransigente do erário e dos inúmeros e altos impostos pagos pela população brasileira, no assessoramento direto aos dirigentes na produção das políticas públicas, na força que tem para diminuir as demandas do Judiciário, em especial o Federal, tornando-o mais factível e humano, além da sua capacidade pró-ativa, que até hoje se vê volúvel, branda e com um panorama um tanto quanto nebuloso.

Neste contexto, é frontal e intenso o desencontro desta necessidade de comunicação e propaganda institucional com a restrição à liberdade de expressão contida no art. 28, II, da LC 73/93, que limita a atividade comunicativa do membro da AGU, restringindo seu relacionamento com a sociedade e com os meios de comunicação. Enquanto no Ministério Público se discute os excessos provocados pela liberdade de expressão de seus membros, na Advocacia-Geral da União ainda se patina na origem. É dizer: enquanto no “Parquet” o relacionamento entre seus membros e a comunidade é tão intenso que chega a gerar preocupações, na AGU a lei faz de tudo para, no cerce, acabar com qualquer possibilidade de alargamento de tal comunicação, como se, para a sociedade, simplesmente não existisse membros da Advocacia Pública com alguma atividade importante que mereça divulgação ou aparecimento na mídia.

O mal já está feito. Os anos a fio de convivência com a restrição provocou grande prejuízo cultural na AGU, porque afastou a Instituição, durante todo este período, da imprensa, e criou até certo repúdio dos seus membros a qualquer aproximação midiática, na medida em que este repúdio foi incentivado tanto pelo medo dos processos disciplinares quanto pela própria inabilidade perante os meios de comunicação, provocado justamente pelos anos a fio sem contato com eles. A Instituição, então, passou mais de uma década com pouquíssimas inserções na mídia, e só agora desperta para a necessidade de se mostrar para a sociedade. Neste tino, seus membros devem estar inseridos nesta importante missão, porque a própria propaganda da Advocacia-Geral da União deles precisa, de modo que seria altamente prejudicial se a “lei da mordaca” de fato os impedisse de se integrarem nos novos tempos da modernidade midiática.

Por isso, a propaganda institucional e a comunicação com a sociedade, obviamente não pode ser vista apenas pelo método tradicional da mercantilização, porque a AGU não pode ser “vendida” para a sociedade com a intenção de colocá-la no mercado em condições de competir com as outras funções essenciais à Justiça (Judiciário, Ministério Público, Advocacia Particular e Defensoria Pública), para “se tornar mais atraente ao consumidor”. Daí porque, inegavelmente, faz parte (ou deveria fazer) deste contado da Instituição com a sociedade, a liberdade que seus integrantes para se manifestarem sobre suas atribuições, as conquistas e os benefícios que geram e poderiam gerar para a comunidade, ou, como é mais corriqueiro, apenas divulgar suas atribuições e o que vem sendo

feito para efetivá-las, até como forma de prestação de contas à sociedade de modo responsável e proporcional, com visto.

Ora, se a AGU, que já possui orçamento limitado, além de problemas quanto à evasão dos seus quadros e conseqüentemente perda da memória institucional e de grandes valores, se vê alijada ainda mais com uma mordça legal, é pouco provável que esta verdadeira “bola de neve” que é o acúmulo dos problemas, um dia terá fim. Se, além dos problemas estruturais e orçamentários, existirem mecanismos indiretos para que a sociedade não conheça a Advocacia-Geral da União, e assim não a valorize, é difícil crer que, por obra de mágica, os dirigentes e os cidadãos deste país acordem para a potência que tal Instituição tem para melhorar a Administração Pública brasileira.

Não pode haver dúvida que a existência de uma mordça legal é mais um fator para o amedrontamento, a paralisia comunicativa, a intimidação e uma posição institucional cada vez mais pudicíssima da AGU perante a sociedade. Daí porque cresce a importância não só da propaganda institucional, mas também de uma nova visão das normas limitadoras da liberdade de expressão dos membros da Advocacia-Geral da União, declarando a inconstitucionalidade dos mesmos ou, então, a sua compatibilidade constitucional por meio de interpretação conforme ou duplo controle de proporcionalidade.

8 CONCLUSÃO

Após as explanações acima, é possível concluir que a Advocacia-Geral da União, em função da grandiosidade de suas atribuições e dos grandes resultados que a Instituição vem propiciando para a sociedade, sem que esta tome conhecimento, tem uma comunicação institucional com a comunidade brasileira ainda reduzida, mesmo com o esforço que vem fazendo a Assessoria de Comunicação Social da AGU. Necessário, pois, que exista uma intensa e persistente propaganda institucional, para que, finalmente, a sociedade brasileira, e conseqüentemente os dirigentes deste país, passe a valorizá-la, não na intenção egoísta de “valorização por si mesmo”, mas na intenção da Instituição ser aproveitada ao máximo para construir um país mais justo e uma Administração Pública mais adequada aos seus princípios constitucionais norteadores.

Daí a necessidade de analisar mais detidamente a proibição dos membros da Advocacia-Geral da União de se manifestarem publicamente

sobre o importante e essencial trabalho que desenvolvem para a sociedade, não só porque a proibição é inconstitucional, precisa de uma interpretação conforme ou ainda porque precisa passar pelo crivo do duplo controle de proporcionalidade, mas especialmente porque, neste momento histórico da Instituição, é preciso uma intensa participação dos seus membros na divulgação das suas funções essenciais, como forma de consolidá-la e fortificá-la perante a sociedade brasileira.

Afinal, a sociedade tem o direito de exigir que o Poder Público seja efetivo, para trazer benefícios sociais, mas este direito será um martírio se a própria sociedade não conhecer as Instituições e os órgãos públicos que estão à disposição do Estado, suas nuances e suas potencialidades, e isto se dá, no caso da Advocacia-Geral da União, dentre tantos outros meios, através da propaganda institucional e da efetiva participação dos seus membros na divulgação da própria Instituição e, especialmente, das suas funções essenciais.

9 REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 7. ed. Coimbra, Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, Coimbra: Almedina, 1993

CLÈVE, Clèmerson Merlin; SCHIER, Paulo Ricardo *et al.* Vedação de propaganda institucional em período eleitoral. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 783, 25 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7193>>. Acesso em: 10 out. 2008

DALLARI, Adilson Abreu. Divulgação das atividades da administração pública – publicidade administrativa e propaganda pessoal, **Revista de Direito Público** n. 98, p. 247 (RDP 98/247).

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Publicidade oficial: moralidade e impessoalidade, **Revista dos Tribunais** n. 705, p. 83 (RT 705/83).

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

OLIVEIRA JÚNIOR, Juares Monteiro. **Tolerância com os intolerantes? Breves linhas acerca do discurso de ódio**. Disponível em: <<http://www.mcampos.br/CENTRODEEXTENSAO/Programa%20Libertas/Arquivos/Juares%20Monteiro.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2008.

PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça/Serviço de Documentação, 1958, p. 385.

PINTO, José Benedito. **Propaganda institucional, uso e funções da propaganda nas relações públicas**, 5. ed. Sumus Editorial

PONTES, Bruno César da Luz. Ética e compromisso do servidor público federal, *Revista da AGU*, Ano VII, n. 62, março de 2007. Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_VII_marco_2007/etica%20e%20Compromisso%20Publico-Bruno%20Pontes.pdf>. Acesso em: 10 out. 2008.

SANTOS, Adriana Aparecida Storoz Mathias dos. Publicidade institucional e eleições. **Paraná Eleitoral**, Curitiba, n. 45, jul./set. 2002.

TAVARES, André Ramos *et al.* **Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos**. São Paulo: Saraiva, 2005.

A POLÍTICA DO DESARMAMENTO VISTA SOB O ENFOQUE DO MODELO HERMENÊUTICO CONSTITUCIONAL NORTE-AMERICANO

Daniel Ivo Odon

*Procurador da Conab, Pós-Graduado pela Universidade Cândido Mendes e
Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público.*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Considerações Iniciais; 3 A Suprema Corte dos Estados Unidos; 4 Escorço Histórico; 5 O caso District of Columbia et al v. Heller; 6 Análise Jurídica (i) Interpretação Constitucional e (ii) O posicionamento dissidente; 7 Conclusão; 8 Referências

RESUMO: Diante da regra do *stare decisis* a Suprema Corte dos Estados Unidos sempre tem dado sua contribuição no comportamento político-jurídico adotado pelo país em situações de crises pelas quais passou no decorrer da sua história. No caso *District of Columbia et al v. Heller* cria-se um precedente judicial que passa a franquear a todo cidadão norte-americano o direito de possuir armas como meio adequado à sua defesa justamente no momento em que a nação estadunidense enfrenta um estado de exceção consolidado constantemente cultivado pelo terrorismo.

PALAVRAS-CHAVE: *Common Law*. Regra dos Precedentes. Posse de Armas. Interpretação Constitucional. Estado de Exceção.

1 INTRODUÇÃO

O estudo desenvolvido a seguir traz à baila um recente julgado da Suprema Corte dos Estados Unidos que causou certa perplexidade na comunidade internacional. Trata-se do caso *District of Columbia et al v. Heller*, decidido em 26 de junho de 2008, em que foi estendido a todo cidadão estadunidense o direito de possuir armas de fogo.

A análise jurídica da interpretação constitucional apregoada por aquela Corte Constitucional a ser desdobrada neste estudo segue a livre tradução do autor. Como arcabouço doutrinário-científico, entendeu-se por bem traçar, preliminarmente, algumas considerações iniciais para, em seguida, trazer apontamentos acerca da Suprema Corte dos Estados Unidos, relatos históricos importantes à compreensão do texto, a síntese da decisão-tema, e, por fim, a pertinente análise jurídica e a conclusão.

2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito norte-americano advém do sistema *common law* inglês, pois, até a proclamação de sua independência, era o modelo que vigorava em seu território. Desta forma, os Estados Unidos mantiveram-no em vigor por modo expresse, enquanto não contrariasse a Constituição ou as leis norte-americanas, conferindo a cada Estado membro a competência de declará-lo por via judicial ou legislativa.

Nesse sistema, a jurisprudência desempenha um papel central, tendo em vista que, ao se julgar um caso concreto, estará o juiz declarando o direito comum, e este entendimento gera uma força obrigatória de reprodução nos sucessivos casos análogos (regra de precedentes – *stare decisis*). Diferentemente do nosso sistema (*civil law*), a jurisprudência norte-americana se revela em direito normativo.

Cada povo revela, em sua disciplina social e jurídica, o reflexo de seu modo peculiar de vida, isto é, revela os atributos característicos que lhe pertencem. Este modo peculiar de vida, estes atributos, formam, em sentido sociológico, os costumes, dos quais a jurisprudência, nos Estados Unidos, extrai as normas aplicáveis à solução dos conflitos¹.

1 RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 133. No mesmo sentido, CAMAZANO, Joaquín Brage. Algunos Aspectos de Teoría General Constitucional sobre los Derechos Fundamentales en los EEUU. **Revista de Estudios Políticos**, n. 123, enero-marzo 2004, Madrid, Espanha: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004. p. 272.

Para os norte-americanos, a Constituição é o que permite que cada um aja por sua conta e que possa usufruir sua liberdade². A Constituição é para eles o supremo direito da terra (*the Law of the Land*)³. Desde o início do século XIX é reconhecido o valor normativo da Constituição como documento máximo da ordem jurídica, tornando-a um instrumento de supremacia sobre as leis e de submissão dos poderes a limites. Esta ideologia construiu condições necessárias para que se admitisse aos juízes a função de controlar a legitimidade constitucional das leis que, por meio da doutrina do *judicial review*, soluciona lides ao tempo em que declara inaplicáveis normas contraditórias com a Lei Maior⁴.

3 A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS

A Suprema Corte norte-americana é composta de nove ministros (*Justices*) e possui, atualmente, uma composição predominantemente conservadora, na linha dos republicanos. Esta informação assume relevo porque as decisões emanadas pela alta Corte trazem consigo, muitas das vezes, um cunho político, em sintonia com as tendências do *american way of life*⁵. Neste sentir, é da índole ideológica dos republicanos o apoio na luta contra o terrorismo internacional e da otimização da chamada segurança doméstica⁶.

O controle exercido no caso trazido a lume, *District of Columbia et al v. Heller*, é exercido de forma difusa e, como tal, seu efeito decisório – pelos menos em princípio – alcança tão-somente as partes. De fato, a lei julgada inconstitucional não é anulada, mas somente declarada inaplicável. Porém, o Judiciário norte-americano vincula-

2 GARAPON, Antoine e PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada**. Trad. Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 13.

3 AMAR, Akhil Reed. *America's Constitution: a biography*. New York: Random House Trade Paperbacks, 2005. p. 285-286; BILDER, Mary Sarah. *The Corporate Origins of Judicial Review*. The Yale Law Journal 116:502, 2006. p. 556-557; IRONS, Peter. *A People's History of the Supreme Court: the men and women whose cases and decisions have shaped our Constitution*. New York: Penguin Group, 2006, p. 36-47; WILENTZ, Sean. *The Rise of American Democracy*. New York: W.W. Norton & Company, 2005, p. 31-35

4 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Vale Quanto Pode: A Força Jurídica da Constituição como Pressuposto Elementar do Constitucionalismo Atual*. **Revista Direito Público**, v. 04, nº 14, out./Nov./dez 2006. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2006. p. 30-31.

5 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos**. Barueri: Manole, 2004. p. 07-12.

6 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Globalização, Neoliberalismo e Direito no Brasil**. Londrina: Humanidades, 2004. p.21-22.

se pelas decisões precedentes, ou seja, os casos similares deverão ser julgados da mesma maneira. Ademais, existe um poder de injunção que permite a Corte emitir ordens a funcionários que cumpram determinado ato acerca de uma lei considerada inconstitucional. Logo, em que pese a lei inconstitucional permanecer vigente, tudo se passa como se anulada fosse⁷.

Na cultura jurídica estadunidense, a Suprema Corte se traduz num órgão do governo responsável pelas questões de Direito, onde se manuseia o poder público de dispor acerca de controvérsias de casos concretos⁸. Assim, é costumeiro que as decisões da Corte em casos particulares sejam imediatamente generalizadas. Com isso, pode a Corte intervir e formular as regras que regerão a vida do país nos domínios mais importantes, transparecendo seu papel ativista, isto é, de arquitetura social.

Interessante que este fenômeno do ativismo judicial, semelhante ao que vem se desvendando no Supremo Tribunal Federal do Brasil, é denominado, pelos juristas franceses de direito comparado, de “*governo de juízes*”. Isto porque verificam uma gama de poderes conferidos aos juízes (poderes de governo) que, sob a ótica européia, transbordam do simples exercício de uma competência jurisdicional⁹.

Esses contornos, portanto, contribuem para uma compreensão apriorística do consenso jurídico formado na decisão do caso *District of Columbia et al v. Heller*, julgado em 26 de junho de 2008, conduzido (relatoria) pelo Juiz Antonin Scalia, o mais conservador dentre todos os nove membros do Tribunal¹⁰. No entanto, antes de debruçar-nos sobre o caso, faz-se imprescindível uma rápida retrospectiva histórico-constitucional dos Estados Unidos que, conforme se verá, representou o palco temático da decisão comentada.

7 HAMON, Francis, TROPER, Michel e BURDEAU, Georges. **Direito Constitucional**. Tradução Carlos Souza. 27. ed. Barueri: Manole, 2005. p. 267.

8 BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2. ed. New Haven: Yale University, 1986. p. 247.

9 GARAPON, Antoine e PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgado nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada**. Tradução Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 180; HAMON, Francis, TROPER, Michel e BURDEAU, Georges. **Direito Constitucional**. Tradução Carlos Souza. 27. ed. Barueri: Manole, 2005. p. 269-270.

10 PERRY, Barbara A. **The Supremes: Essays on the Current Justices of the Supreme Court of the United States**. New York: Peter Lang, 2001. p. 57-58; e SMITH, Christopher E. **Justice Antonin Scalia and the Supreme Court's Conservative Moment**. Westport: Praeger, 1993. p. 02 e 25.

4 ESCORÇO HISTÓRICO

O valor normativo supremo da Constituição não surge, de pronto, como uma verdade auto-evidente, mas é resultado de reflexões propiciadas pelo desenvolvimento da história e pela busca de meios mais eficientes de controle do poder, em prol dos valores básicos da convivência social e política que inspiram os textos constitucionais¹¹. Assim, para se perscrutar a vocação ideológica criada por uma Constituição, torna-se impreterível o resgate de suas fases históricas¹², afinal, segundo corrobora Mary Sarah Bilder, a busca da *ratio* do texto constitucional não se perfaz sem a compreensão histórica da sua redação, contextualização e estrutura¹³.

Quando da concepção da Declaração da Independência, em 1776, o povo norte-americano se inseria num processo de libertação do governo da Grã Bretanha e, como reflexo disso, criou sua própria regulamentação, os Artigos Confederados de 1777, que funcionaram como instrumento normativo de regulação das relações entre os treze Estados confederados. Neste diploma, o Congresso apenas poderia convocar tropas por requisição a cada Estado, que, por sua vez, poderia proporcionar somente uma parcela limitada de homens. Ocorre que, na Guerra Revolucionária contra o domínio britânico, que perdurou até 1783, este sistema de requisição impotencializou o exército revolucionário, que tinha que se ater às cotas estabelecidas nos Artigos da Confederação¹⁴.

Malgrado o término da guerra, que durou sete anos, resistia nos norte-americanos um ranço de preocupação de submissão a outro regime político semelhante ao que, recentemente, livraram-se. Além disso, dividiam-se quanto ao desejo das treze colônias – que em 1777 formaram uma Confederação de treze Estados soberanos¹⁵

11 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Vale Quanto Pode: A Força Jurídica da Constituição como Pressuposto Elementar do Constitucionalismo Atual. **Revista Direito Público**, v. 04, n. 14, p. 35, out-Nov-Dez 2006. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público.

12 BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional: Fundamentos Teóricos**. v.1, São Paulo: Manole, 2005. p. 10.

13 BILDER, Mary Sarah. **The Corporate Origins of Judicial Review**. The Yale Law Journal 116:502, 2006, p. 565.

14 AMAR, Akhil Reed. **America's Constitution: a biography**. New York: Random House Trade Paperbacks, 2005, p. 114-115.

15 Delaware, Pennsylvania, New Jersey, Georgia, Connecticut, Massachusetts, Maryland, South Carolina, New Hampshire, Virginia, New York, North Carolina e Rhode Island.

– tornarem-se uma só nação (federação), enciumados que estavam de suas prerrogativas e igualmente indispostos a ceder qualquer um de seus poderes a um governo nacional¹⁶. Mas, ainda assim, havia um movimento tímido em prol da federalização dos Estados, cujo poder estaria concentrado num ente central.

A história demonstra que os Artigos da Confederação falharam no seu papel de harmonizar as relações entre os Estados. Ao surgir como reação açodada ao regramento arbitrário de um governo, acabou por dividir demais os poderes entre os treze Estados, enfraquecendo sua regência diante dos diversos conflitos locais e regionais. Desta forma, os líderes dos Estados confederados acharam por bem reunirem-se para rediscutir aquele estatuto.

Foi, então, em 14 de maio de 1787, num encontro sediado na Filadélfia, inicialmente concebido para revisar os Artigos da Confederação, que surgiu a idéia de se criar uma Carta Magna, promulgada pelo próprio povo norte-americano. Entretanto, muitos foram contrários e persistiram na continuidade dos Artigos Confederados, fazendo surgir dois grupos de ideologias distintas: federalistas e antifederalistas.

Naquela ocasião, portanto, foi formatada por proeminentes estadistas¹⁷ uma proposta de texto normativo que, se aprovada em convenções eleitorais de pelo menos nove dos Estados confederados, viria a ser a Constituição dos Estados Unidos. A partir daí, um movimento eleitoral ganhou corpo nos treze Estados e, somente em 21 de junho de 1788, o *quorum* mínimo estabelecido (ratificação de nove Estados) foi alcançado, fazendo nascer a tão almejada Constituição dos Estados Unidos¹⁸.

Esta nova Constituição, por sinal, quebrou o antigo sistema de requisição militar dos Artigos Confederados, desvinculando-o de cotas, mas o atribuiu exclusivamente ao governo central. Apenas ele tinha o poder de convocar seu próprio exército sem que fosse preciso

16 IRONS, Peter. **A People's History of the Supreme Court: the men and women whose cases and decisions have shaped our Constitution.** New York: Penguin Group, 2006. p. 17-18.

17 Dentre eles, destacamos James Madison (o mesmo do memorável caso *Marbury vs. Madison*), George Washington, William Jackson, Benjamin Franklin, James Wilson e Alexander Hamilton.

18 AMAR, Akhil Reed. **America's Constitution: a biography.** New York: Random House Trade Paperbacks, 2005. p. 05-06 e 285-286.

qualquer intervenção estatal e, do mesmo modo, autorizar a formação de milícias estaduais que tinham o dever de executar as leis da União, reprimir insurgências e repelir invasões, nos termos da Seção 8, do Artigo I, da Constituição.

A criação de milícias representou uma verdadeira inovação, mas somente em benefício do governo federal. Não havia, em contrapartida, a mesma previsão de convocação de milícias para se opor a um possível abuso de poder investido pelo governo central. Ainda fomentados pelo espírito de 1776, o povo norte-americano queria a legalidade de formação de milícias estaduais em contraponto a qualquer traço de tirania do governo nacional¹⁹.

A despeito deste fato, houve outro problema que contribuiu para a delonga – de pouco mais de um ano – do processo eleitoral de ratificação do texto magno. Outro grande empecilho apresentado – deveras enaltecido pelos antifederalistas – foi a ausência de uma pauta normativa de direitos individuais na pretensa Constituição. Seu texto trazia somente, segundo categorização engendrada por José Afonso da Silva²⁰, normas orgânicas (regulam a estrutura do Estado e do Poder), de aplicabilidade (estatuem regras formais de aplicação da constituição) e de estabilização constitucional (asseguram soluções aos conflitos constitucionais e à defesa da Constituição); e nada de consubstanciar normas limitativas, isto é, de elencar qualquer direito democrático e individual aos cidadãos, direitos e garantias estas limitativas dos poderes estatais. Isto fomentou, na época, grande receio, pois temiam os norte-americanos uma possível subjugação ao poder central.

Esta consternação, *per si*, quase fulminou o nascedouro da Federação nos Estados de Massachusetts, South Carolina, Virginia e New York que, ao final, só ratificaram a Carta Magna porque os federalistas se comprometeram a elaborar uma pasta de direitos individuais a ser acrescida brevemente ao texto constitucional²¹. Ato contínuo, isso só veio a se materializar em 15 de dezembro de 1791, ocasião em que a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) é ratificada, compondo-se de dez emendas que, nesse momento, passavam a aderir o texto constitucional.

19 AMAR, op. cit., p. 117.

20 SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 179-184.

21 IRONS, op. cit., p. 49-58 e 62-68. No mesmo sentido, WILENTZ, Sean. **The Rise of American Democracy**. New York: W.W. Norton & Company, 2005, p. 34-35.

Aliás, no Congresso realizado em New York, no ano de 1791, ao apresentar publicamente as Emendas propostas, James Madison (considerado o pai do *Bill of Rights*) expôs que o texto atinente à Segunda Emenda (que na proposta original era a Quarta) compunha-se de dois períodos: o primeiro dizia “o direito de manter e carregar consigo armas não deverá ser infringido”; o segundo, separado do primeiro com um “ponto-e-vírgula”, dizia que esse direito – do primeiro período – originava-se da necessidade “de uma milícia devidamente armada e constituída para a proteção da segurança de um país livre”. Ao passar pelo crivo dos congressistas, entretanto, os dois períodos foram aglutinados, na sua ordem reversa, e o ponto-e-vírgula foi substituído pela vírgula, transmutando-se no texto que hoje representa a Segunda Emenda (“Uma milícia devidamente constituída²², sendo necessária à segurança de um Estado livre, o direito do povo de manter e carregar consigo armas, não será infringido²³”).

As emendas constitucionais do *Bill of Rights*, conforme anotado por Arnaldo Godoy, foram originalmente concebidas como instrumento de proteção do indivíduo em face do poder central. As oito primeiras emendas enaltecem claramente a intenção do Congresso e dos Estados de que fossem aprovadas medidas de proteção de direitos específicos contra a invasão do governo federal²⁴. Representavam, sobretudo, a preexistência de princípios de liberdade e autogoverno²⁵.

A Segunda Emenda, epicentro deste estudo, surgiu em 1791, época em que pulsava a luta de auto-afirmação do federalismo. Logo, havia um incentivo, naquela ocasião, para a formação de milícias armadas de cidadãos, que se insurgiam nos momentos emergenciais de ameaça à Constituição recém-nascida e em tentativas autoritárias de subjugação do povo. Então, a Segunda Emenda emergiu de um contexto histórico que justificava a inserção do vocábulo “milícia” no seu corpo normativo.

5 O CASO DISTRICT OF COLUMBIA ET AL V. HELLER

A legislação do Distrito de Columbia veda, de forma geral, a posse de armas de fogo. Considera crime possuir arma de fogo

²² A tradução da locução “*well regulated*” tomou como premissa a interpretação conferida pelo próprio Juiz Antonin Scalia, ao inferir ser a expressão nada mais do que uma imposição apropriada de disciplina e treinamento.

²³ IRONS, op. cit., p. 75.

²⁴ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos**. Barueri: Manole, 2004. p. 81.

²⁵ AMAR, op. cit., p. 316.

sem registro e, além disso, proíbe o registro. Essa legislação, aliás, exige dos cidadãos que de qualquer forma adquiriram e/ou possuem armas licitamente em suas residências, que as mantenham desmuniadas, desmontadas ou com trava no gatilho (ou qualquer outro mecanismo semelhante).

Dick Anthony Heller, policial, possui autorização para portar arma de fogo durante e somente no local de serviço. Desejando adquirir um revólver para guardá-lo em sua casa, requereu um novo certificado de registro que acabou sendo recusado pelo Distrito de Columbia. Diante da recusa, ingressou no Judiciário vindicando seu direito subjetivo à posse de arma com fulcro na Segunda Emenda da Constituição dos EUA (“*Uma milícia devidamente constituída, sendo necessária à segurança de um Estado livre, o direito do povo de manter e carregar consigo armas, não será infringido*”), contrastando-a com os procedimentos para registro de armas de fogo (o requerimento de licença para porte de arma, na medida em que proíbe seu uso desautorizado no âmbito residencial; e o requerimento da trava do gatilho, na proporção em que veda o uso de armas funcionais no domínio doméstico). Sua pretensão, portanto, consistia na fundamentação de que a Segunda Emenda assegura o direito individual de possuir arma de fogo e, com isso, configura sua violação a política da cidade em banir as armas de uso doméstico, bem como a exigência de se manter em casa armas inoperantes e/ou ineficientes, ainda quando necessário à defesa pessoal.

Em primeira instância teve seu pleito recusado. Irresignado, recorreu e, em segunda instância, reverteu o mérito da decisão, obtendo, assim, o provimento do seu pedido. Então, inconformado, o Distrito de Columbia levou o tema à Suprema Corte.

No julgamento, a Suprema Corte destacou que a Segunda Emenda garante o direito individual de possuir arma de fogo desassociado do serviço em milícia e para fins tradicionalmente lícitos, como a defesa pessoal na esfera residencial. Enaltece que a menção de milícia no corpo da Emenda – que naturalmente se desdobra em duas partes – anuncia apenas uma declaração de propósito (cláusula prefacial – *Uma milícia devidamente constituída, sendo necessária à segurança de um Estado livre*), que remonta ao momento da fundação da Constituição, mas não limita nem estende o direito à posse de armas (cláusula operacional – “*o direito do povo de manter e carregar consigo armas, não será infringido*”).

Se analisada a redação e o arcabouço histórico da cláusula operacional, chega-se à conclusão de que sua conotação é de assegurar um direito individual de posse de armas. A cláusula prefacial possui função nitidamente aclaradora, explicativa. Portanto, é indelével o valor histórico da cláusula prefacial, mas isso não permite que ela se sobreponha ou conduza a interpretação da cláusula operacional.

O termo “milícia” compreendia todos os homens fisicamente capazes e dispostos de agir em conjunto em prol da defesa comum, repelindo invasões e reprimindo situações de insurreição. Os antifederalistas temiam que o Governo Federal desarmasse o povo com o intuito de dismantelar as milícias formadas pelos cidadãos. O objetivo da Emenda, por conseguinte, era o de anular o poder do Congresso de abreviar o antigo direito individual de posse de armas. Somente assim preservaria o ideal das milícias formadas pelos cidadãos, que consistia na sua eventual utilidade para opor uma força militar opressiva, caso a ordem constitucional ruísse.

Destarte, a cláusula prefacial da Segunda Emenda tão-somente anuncia o propósito pelo qual o direito foi codificado na Constituição. Isso não significa dizer que a preservação de milícias seja a única razão que valoriza esse antigo direito, de modo que, hoje, a Emenda poderia ser reescrita da seguinte forma: *Porque uma milícia devidamente constituída é necessária à segurança de um Estado livre, o direito do povo de manter e carregar consigo armas não deverá ser infringido.*

Esta compreensão desenvolvida pela Suprema Corte, enfim, se coaduna com os modelos análogos das normas constitucionais preconizadas pelos Estados, alguns antecedentes (como o §13 da Declaração de Direitos da Pennsylvania de 1776) e outras posteriores à positivação da Segunda Emenda (como as Constituições dos Estados de Kentucky, Ohio, Indiana, Missouri, Mississippi, Connecticut, Alabama, Tennessee e Maine, editadas entre 1789 e 1820). Os textos, praticamente idênticos, reproduziam unisonamente que *todos têm o direito de possuir arma para defesa própria e do Estado*, demonstrando, de maneira inequívoca, que o direito plasmado na Segunda Emenda refere-se à outorga atribuída a cada americano de, a seu talante, portar arma, independentemente de sua conexão com qualquer milícia.

Consagra-se, então, que a Constituição do EUA protege o direito de todos terem armas. Não há dúvida que o regular exercício

deste direito fundamental compreende o momento em que o cidadão guarda o revólver por legítima precaução, quando pratica seu uso em lugares seguros, bem como, no seu devido tempo, ensina seus filhos a fazer o mesmo. Do mesmo modo, a pessoa cuja residência ou trabalho envolve risco, pode possuir uma arma de fogo para sua apropriada defesa. O direito de estar armado sempre foi o privilégio mais distinto de um homem livre.

O direito de possuir armas, contudo, não é ilimitado. A Segunda Emenda não confere o direito a qualquer um de manter e carregar consigo qualquer arma, de qualquer maneira ou para qualquer propósito. Somente as armas usualmente comuns para os fins lícitos podem ser utilizadas, eliminando-se, portanto, as de uso restrito ou exclusivo, conforme definição e disposição legal. Em igual proporção, proíbe-se o manejo de armas por criminosos e doentes mentais; impõem-se certas condições e qualificações para o comércio de armas; e veda-se a posse de armas em determinados locais, tais como escolas e prédios do governo.

Neste sentido, concluiu-se que a política geral de se proibir a posse caseira de armas de fogo e o requerimento de trava de gatilho exigido pelo Distrito de Columbia, no tocante ao direito de cada um em defender a si próprio, sua família e sua propriedade, agride a Segunda Emenda. Afinal, é justamente nos lares dos americanos que potencialmente reside a necessidade da defesa atrelada ao sentimento de segurança. Igualmente inconstitucional é a exigência de que qualquer arma de uso lícito guardada em casa seja desmontada ou desativada por uma trava de gatilho, uma vez que impede o exercício do direito fundamental conferido a todos.

Sabedores dos problemas de violência que podem decorrer da decisão, os Juízes da Suprema Corte afirmam categoricamente que a simples proibição de uso de armas não se traduz numa solução. Isto porque a Constituição concede ao Distrito de Columbia uma gama de ferramentas hábeis ao combate dessa mazela, inclusive algumas medidas de controle de armas. A proeminência atribuída aos direitos de estatura constitucional impreterivelmente acarreta na supressão de algumas escolhas políticas, sob pena de inefetividade da norma fundamental.

Outrossim, conscientizam-se do posicionamento de que alguns entendem prejudicada a Segunda Emenda quando, ao lado da violência fomentada pelo uso de armas, tem-se elementos sociais que enaltecem

as forças armadas norte-americanas como o orgulho da nação, além da força policial bem treinada, capaz de assegurar a segurança dos cidadãos nas ruas. Estas questões são de fato discutíveis, mas o que certamente é indiscutível é o fato de não compreender o papel da Suprema Corte qualquer pronunciamento que leve à extinção da Segunda Emenda.

Com isso, a Suprema Corte decide que Dick Anthony Heller não é desqualificado para o exercício do direito vicejado na Segunda Emenda e, conseqüentemente, o Distrito de Columbia deve permitir o registro de seu revólver, emitindo-lhe uma licença para portá-lo em sua residência. Este foi o entendimento majoritário obtido em plenário, numa votação apertada de 5 a 4 (a relatoria foi do juiz Antonin Scalia, acompanhado dos juízes John G. Roberts Jr, Anthony M. Kennedy, Clarence Thomas e Samuel A. Alito Jr. Vencidos, portanto, os juízes John Paul Stevens, David H. Souter, Ruth Bader Ginsburg e Stephen G. Breyer).

6 ANÁLISE JURÍDICA

(I) INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Os Estados Unidos possuem um sistema constitucional que data de 1788 e que sobrevive até os dias atuais. Para se manter essa harmonia entre o velho e o novo, imperioso confluir o passado e sua tradição à situação concreta presente e sua prossecução, afinal, sua significação não é dada de antemão, mas depende do contexto social e político no qual é aplicada. Por essa razão, a Suprema Corte exerce uma notoriedade social relevante, pois funciona como órgão de aperfeiçoamento, como mediador esclarecido entre a letra da norma e a vida real, valendo-se do manejo diuturno da interpretação constitucional por meio das ferramentas hermenêuticas disponíveis. A força do precedente jurisprudencial é que formata o entendimento constitucional norte-americano, balizados pelas influências mútuas do direito e da política.

A interpretação, a propósito, é o instrumento hermenêutico que atualiza o texto constitucional, libertando-o do seu anacronismo. Consoante enfatiza Inocêncio Coelho, a aplicação de toda norma jurídica tem em mira resolver problemas atuais, segundo critérios de valor que vigoram no presente e por decisão de quem dispõe de legitimidade para criar modelos jurídicos²⁶, no caso, a Suprema Corte.

26 COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 31.

Toda a interpretação é produto de uma época, assim como toda norma é produto de um dado momento histórico²⁷. Neste ponto, acrescenta Konrad Hesse que a mudança na realidade fática pode, ou deve, mudar a interpretação da Constituição²⁸, viabilizando sua interminável evolução, revelada na marcha do processo civilizatório, na qual a concretização dos modelos normativos acabam por ampliá-los e enriquecê-los, sempre deixando espaço para novas possibilidades de utilização.

Ademais, vale destacar, a interpretação constitucional é ferramenta peculiar ao Direito como um todo. Como dizia Miguel Reale, não há direito sem interpretação; não há norma sem que haja interpretação. Ao pretender determinar o alcance da prescritividade valorativa da norma, o intérprete realiza um procedimento retrospectivo, isto é, percorre o caminho do legislador, cotejando os fatos e valores que condicionaram o aparecimento do enunciado normativo com os fatos e valores supervenientes²⁹.

Na mesma senda, Karl Larenz professa que as palavras da lei devem revelar o direito àqueles a quem se dirigem no presente. Impõe-se concluir que, embora o legislador histórico as tenha usado a partir do contexto lingüístico do tempo em que as editou, o seu sentido literal só poderá ser determinado segundo a compreensão lingüística das pessoas a quem elas falam agora e não daquelas a quem falaram no passado³⁰. Por conseguinte, a interpretação constitucional é em parte retrospectiva e em parte prospectiva; retrospectivo de fontes e prospectivo de modelos.

Dito tudo isso, temos que o plano interpretativo do direito constitucional norte-americano, por sua vez, desdobra-se nos debates entre juízes da Suprema Corte e que o sentido histórico delinea mecanismos de interpretação. O texto constitucional – repita-se – passa de dois séculos e os termos ali constantes, segundo Arnaldo Godoy, passam por um mecanismo de *atualização da linguagem constitucional* que revela conotações sociológicas e denotações políticas alteradas no curso do tempo e na mudança da realidade fática do país³¹.

27 BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional: Fundamentos Teóricos**. 1. ed. São Paulo: Manole, 2005. p. 154.

28 HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 23.

29 REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 113.

30 LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução José Lamego. Lisboa: Gulbenkian, 1989, p. 389.

31 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos**. Barueri: Manole, 2004, p. 68.

Assim, a concepção moderna da Constituição dos Estados Unidos, indubitavelmente, atribui maior respeito ao exército federal e enaltece as milícias estaduais com bem menos ênfase do que idealizava os seus constituintes, que avistavam a curta distância o perigo do autoritarismo³². Não obstante, sempre foi constante o debate doutrinário acerca do controle de armas e a *mens legis* dos criadores da Segunda Emenda, dividindo os juristas norte-americanos em dois grupos que, por sinal, ficaram bastante caracterizados na apertada decisão de cinco contra quatro do caso em pauta.

Peter Irons afirma que basta pesquisar os anais do Congresso de New York, que deliberou sobre a Segunda Emenda, que se verá claramente que o objetivo era armar cidadãos que pertenciam a milícias locais, para com isso desestimular qualquer intenção do Parlamento em preparar um exército federal para oprimir ou invadir Estados. Quanto ao direito de portar armas conferido apenas aos milicianos (o que atualmente equivaleria à Guarda Nacional, composta de voluntários semiprofissionais³³), acrescenta Irons, não houve qualquer oposição entre os presentes, nem um membro sequer³⁴.

Noutro giro, há quem interprete de maneira diversa. Akhil Amar, em análise pormenorizada, suscita sofisticados métodos de compreensão. Primeiro, diz que a parte final da Emenda, que apregoa “*não será infringido*”, aparece no segundo período do texto, que se refere ao direito das pessoas – e não dos Estados – como forma de assegurar a democracia. Afinal este comando proibitivo dirigia-se ao Congresso, em contraposição ao poder que possuía de autoritariamente controlar as milícias (Seção 8, do Artigo I, da Constituição).

Em seguida, Amar explica o equívoco interpretativo que muitos intérpretes exercem sobre a Emenda, pois persistentemente desconstroem as palavras “milícia” e “povo” por imposição de definições dos séculos XX e XXI num texto do século XVIII. A realidade e o contexto histórico em que os constituintes se encaixavam não fazia distinção entre milícia e povo: o povo era a milícia e a milícia era o povo! Certamente que este cenário social que erigiu a Segunda Emenda não mais subsiste, mas isto não pode servir de subterfúgio a uma análise

32 AMAR, op. cit., p. 119.

33 Ibid., p. 322.

34 IRONS, op. cit., p. 75.

reducionista, ou seja, não se pode conceber uma interpretação que retire do cidadão o direito de possuir arma para sua própria proteção³⁵.

Na doutrina ocidental de hermenêutica constitucional, o posicionamento de Peter Irons se correlaciona à corrente interpretativista, para quem é permitida a criatividade judicial na interpretação constitucional desde que não ultrapasse o âmbito de seu significado lingüisticamente possível. Já Akhil Amar adere à corrente não-interpretativista, para quem o momento interpretativo invoca outros valores substantivos, levando-se em conta a historicidade e a estrutura do texto constitucional, dando ao intérprete liberdade de concretização³⁶. Para Joaquín Camazano, se a jurisprudência norte-americana se apoiar predominantemente na análise lingüística de um conceito e nas idéias e intenções históricas dos fundadores da Constituição, estaremos diante de uma interpretação “interpretativista”, ou exegética. Ao revés, se considerar decisivo determinados valores materiais (como a liberdade e a igualdade), repousados em concepções axiológicas que conduz a uma interpretação substancial, estaremos diante do “não-interpretativismo”³⁷.

A esse respeito, Inocêncio Coelho registra que, no caso particular dos Estados Unidos, é por força do não-interpretativismo que a sociedade e a economia mais dinâmica do planeta coexistem com a estrutura constitucional mais antiga e subdesenvolvida do ocidente, o que confere à Suprema Corte uma mediação criadora, ensejadora de soluções adaptativas, traduzidas nas mais radicais mutações constitucionais de que se tem conhecimento³⁸. É a tão expressada sintonia entre a realidade histórica e a superestrutura institucional, preconizada por Konrad Hesse, que permite essa longevidade jurídico-política, aqui representada no perene entrançamento entre a força normativa da Constituição e a realidade social subjacente à Carta Política³⁹.

35 AMAR, op. cit., p. 322-326.

36 COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 55-57.

37 CAMAZANO, Joaquín Brage. Algunos Aspectos de Teoría General Constitucional sobre los Derechos Fundamentales en los EEUU. **Revista de Estudios Políticos**, n. 123, enero-marzo 2004, Madrid, Espanha: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 284-285.

38 COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 57- 59.

39 HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 11-24.

Neste diapasão, o controvertido julgamento do caso *District of Columbia et al v. Heller*, certamente representa uma das mais importantes decisões da Corte neste ano e, igualmente, significativa e polêmica. Os Estados Unidos, conforme denuncia a história, sempre foi um país de guerras e, desde 11 de setembro de 2001, assumiu mais uma: a guerra contra o terrorismo, oficializada em 20 de setembro, numa declaração do Presidente George W. Bush dirigida ao Congresso. Daí que, em 24 de outubro de 2001, foi decretado o *Patriot Act*, de sigla USA PATRIOT⁴⁰, do qual se extraem diversas providências, tal como o fortalecimento da segurança doméstica contra o terrorismo. Posteriormente, em complementação, foram criados outros diplomas com as mesmas finalidades e com forte cunho repressivo (como o *The Patriot Act II* e o *Military Order*). Portanto, criou-se nos EUA um estado de exceção como meio de salvaguardar a liberdade de seus cidadãos, a qual foi posta em risco.

Esta situação de emergência se caracteriza pela justificativa dos meios pelos fins, de sorte que as normas excepcionais, ainda que restritivas de liberdade, ganham legitimidade enquanto instrumentos necessários para superar as crises e preservar as conquistas democráticas ameaçadas⁴¹. Isto mais do que denota, consoante aponta Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a contraposição existencial entre o direito normal e o direito excepcional⁴². No mesmo passo, Günter Frankenberg ensina que o simbolismo do direito ao combate confere a seus destinatários, de maneira cândida, uma pretensão de proteção diante dos riscos de vida gerais. Na sombra do terrorismo, o estado de exceção normalizado faz surgir junto ao público de cidadãos sensações difusas de ameaças e eventuais temores de criminalidade⁴³.

40 *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism* – cuja tradução literal é: Unindo e Fortalecendo a América pelo Provimento de Ferramentas Apropriadas Exigidas para a Interceptação e Obstrução do Terrorismo.

41 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1.272.

42 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 129-130.

43 FRANKENBERG, Günter. Constituição como Gramática de Conflitos Sociais. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. **Revista Direito Público**, Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, v. 4, n. 14, p. 70-71, out./nov./dez. 2006.

Esta nova etapa histórica, então, fez nascer na América uma complexa relação entre o terrorismo internacional e a produção jurisprudencial da Suprema Corte. Sob essa perspectiva, a decisão em comento se funda no infundável discurso de medidas antiterroristas, valendo-se da oportunidade para armar o Estado de Direito de instrumentos de autodefesa.

(II) O POSICIONAMENTO DISSIDENTE

Os quatro juízes que se manifestaram contrários ao entendimento prevacente, em suma, entenderam que: (a) na mesma linha de Peter Irons (interpretativista), a concessão livre da posse de armas não se concilia com a intenção dos constituintes quando da consagração da Segunda Emenda; (b) o direito de portar arma, previsto na emenda constitucional, pode ser regulamentado pelos Estados que, por sua vez, podem limitá-lo em prol do interesse público (proteção à vida e segurança pública, especificamente), desde que o faça razoável e apropriadamente, como o fez o Distrito de Columbia; e (c) a liberdade no uso de armas irá aumentar estrondosamente o nível de violência no país.

A regra do precedente judiciário (*stare decisis*), segundo a Suprema Corte⁴⁴, promove o desenvolvimento equânime, previsível e consistente dos princípios jurídicos, favorece a confiança legítima na justiça e contribui para a integridade, real e aparente, do processo judiciário. Isto, contudo, não torna absoluta a perpetuidade das decisões, ainda mais quando em matéria constitucional. Daí a importância das opiniões dissidentes.

No modelo jurídico norte-americano (*common law*), a opinião dissidente faz parte da própria função jurisdicional daquele país. A partir do momento em que surge uma dissidência bem fundamentada contestando a *ratio* de certa decisão judicial, “*o edifício clássico do julgamento fica abalado*”, pois esta opinião dissidente é como “*um animal selvagem que marca seu território à espera de uma fraqueza de seu adversário*”⁴⁵.

O Direito, enquanto ciência do espírito, naturalmente traz esse dinamismo interpretativo. Toda norma deve acompanhar as realidades

44 Decisão Payne v. Tennessee de 1991.

45 GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada**. Tradução Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 179.

jurídicas sucessivas; os fatos externos à vida dos enunciados devem funcionar como fatores de atualização, regenerando constantemente sua força normativa. O processo dialético da compreensão, portanto, é infinito. Uma interpretação que até então parecia adequada, mais adiante pode vir a mostrar-se incorreta. Por esta razão que não se excluem as interpretações momentaneamente dissidentes, pois, futuramente, podem vir a ser compreendidas como mais adequadas, sem que com isso se repunte erradas as produzidas anteriormente. Trata-se, tão-somente, de uma mudança de valoração na consciência jurídica.

Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco, na mesma linha, perlustram que este fenômeno de viragem de jurisprudência jamais pode ser considerado como correção de um erro teórico precedente. Faz parte da sociologia jurídica as transformações fático-axiológicas das quais decorrem sempre renovadas adaptações normativas. As exigências sociais são imediatamente absorvidas e racionalizadas pelo aplicador do direito, sob a forma de mutações normativas (ou novas leituras) dos mesmos enunciados normativos, leituras tão inovadoras que criam novos modelos jurídicos, embora mantenham inalterada sua roupagem verbal⁴⁶.

Há de se ter em mente, também, que a valoração da Suprema Corte dos Estados Unidos sofre forte influência dos perfis de seus membros, conforme salientado por Barbara Perry⁴⁷ e Christopher Smith⁴⁸. Assim, torna-se plausível uma opinião dissidente atual transformar-se, num segundo momento, em maioria, ainda mais num caso extremamente conflitante como o apresentado, onde o consenso predominante se caracterizou pela votação apertada de cinco contra quatro.

Isto, portanto, é uma prática social bem enraizada na cultura judiciária estadunidense, o que ajuda a compreender a mensagem consignada pelo juiz Harry Blackmun, no caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, de 1992, em que a decisão majoritária também se deu por uma margem acirrada de 5 a 4: “a distância entre as duas abordagens é breve, de apenas um voto. Tenho 83 anos. Não posso

46 MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 50-51; e COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 19-21.

47 PERRY, Barbara A. **The Supremes: Essays on the Current Justices of the Supreme Court of the United States**. New York: Peter Lang, 2001. p. 01-08.

48 SMITH, Christopher E. **Justice Antonin Scalia and the Supreme Court's Conservative Moment**. Westport: Praeger, 1993. p. 01-24.

continuar eternamente nesta Corte e, quando eu partir, o processo de nomeação e de confirmação de meu sucessor poderá se concentrar na questão que está hoje diante de nós. Lamento dizer que isso poderia ser a escolha entre dois mundos”.

7 CONCLUSÃO

A Constituição dos Estados Unidos tem como valor central a *tranquility* que, modernamente, encaixa-se sobre dois vetores fundamentais: a liberdade enquanto direito e a segurança enquanto valor, mormente quando encarados pelo temor cotidiano de atentados terroristas. Nesse sentido, a segurança funciona como uma condição necessária da liberdade. Justamente neste clima que, consoante anota Günter Frankenberg⁴⁹, ocorre a consecução de emendas à gramática constitucional da segurança, que se revelam verdadeiras mutações constitucionais (novas leituras).

Na interpretação dada à Segunda Emenda da Constituição dos Estados Unidos quanto ao direito do livre porte de armas de fogo, a Suprema Corte definiu uma nova gramática constitucional. Levou em consideração os aspectos históricos jungidos à redação da Emenda, mas a interpretou segundo a realidade presente, adaptando, portanto, sua semântica ao contexto social e político hodierno. Com isso, conferiu aos seus cidadãos o direito ao combate, legitimando, por via reflexa, um estado de exceção consolidado, tendo em vista que a situação-limite (ou de exceção) da legítima defesa é colocada de forma permanente.

A Suprema Corte julga fiando-se no seu grande e místico prestígio e no habilidoso empenho didático que possui junto aos americanos. Do mesmo modo, considera estes fatores preponderantes para a sobreposição e, também, a condução das vontades dos setores políticos. Imbuída deste sentimento, então, verifica-se que no caso *District of Columbia et al v. Heller*, passou a valorar uma definição de segurança existencial, isto é, uma segurança ampliada para a existência. Com isso, atribuiu nova configuração à retórica jurídica e política da liberdade para a segurança, ajustando novel simetria de liberdade e segurança (vetores normativos de um Estado de Direito).

49 FRANKENBERG, Günter. Constituição como Gramática de Conflitos Sociais. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. *Revista Direito Público*, Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Público, v. 4, n. 14, p. 62 e 68-69, out./nov./dez. 2006.

Ao que se parece, a interpretação constitucional conferida à Segunda Emenda, norteadas pelas influências recíprocas do direito e da política, esconde um discurso antiterrorista de liberdade. Em que pese o poder normativo exercido pela jurisprudência estadunidense, por força da regra dos precedentes (*stare decisis*), Alexander Bickel, oportunamente, elucida que o conteúdo decisório dos julgamentos finais da Suprema Corte geralmente tem perdurado por uma ou duas gerações. Isso, alerta, é tempo suficiente para nos causar preocupação e, o ponto verdadeiramente intrigante, conseqüentemente, é saber o que acontece no decorrer dessa geração ou gerações, enquanto se aguarda a viragem da jurisprudência⁵⁰.

8 BIBLIOGRAFIA

AMAR, Akhil Reed. **America's Constitution: a biography**. New York: Random House Trade Paperbacks, 2005.

BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional: Fundamentos Teóricos**. v. I 1. ed. Barueri: Manole, 2005.

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2. ed. New Haven: Yale University, 1986.

BILDER, Mary Sarah. **The Corporate Origins of Judicial Review**. The Yale Law Journal 116:502, 2006.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Vale Quanto Pode: A Força Jurídica da Constituição como Pressuposto Elementar do Constitucionalismo Atual. **Revista Direito Público**, v. 04, n. 14, Out-Nov-Dez 2006. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2006.

CAMAZANO, Joaquín Brage. Algunos Aspectos de Teoría General Constitucional sobre los Derechos Fundamentales en los EEUU. **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, Espanha: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 123, enero-marzo 2004.

COELHO, Inocência Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FRANKENBERG, Günter. Constituição como Gramática de Conflitos Sociais. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. **Revista Direito Público**, Porto

50 BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2. ed. New Haven: Yale University, 1986. p. 244-245.

Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, v. 04, n. 14, out./nov./dez. 2006.

GARAPON, Antoine e PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgare nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e *common law* em uma perspectiva comparada.** Trad. Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos.** Barueri: Manole, 2004.

_____. **Globalização, Neoliberalismo e Direito no Brasil.** Londrina: Humanidades, 2004.

HAMON, Francis, TROPER, Michel e BURDEAU, Georges. **Direito Constitucional.** Tradução Carlos Souza. 27. ed. Barueri: Manole, 2005.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

IRONS, Peter. **A People's History of the Supreme Court: the men and women whose cases and decisions have shaped our Constitution.** New York: Penguin Group, 2006.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** Tradução José Lamago. Lisboa: Gulbenkian, 1989.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

PERRY, Barbara A. **The Supremes: Essays on the Current Justices of the Supreme Court of the United States.** New York: Peter Lang, 2001.

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SMITH, Christopher E. **Justice Antonin Scalia and the Supreme Court's Conservative Moment.** Westport: Praeger, 1993.

WILENTZ, Sean. **The Rise of American Democracy.** New York: W.W. Norton & Company, 2005.

A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ÂMBITO DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE: INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO E DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO

*Fabíola Souza Araújo, Procuradora Federal
Pós-graduada em Direito Constitucional.
Coordenadora do Departamento de Acompanhamento
Estratégico da Secretaria-Geral de Contencioso.
Gabinete do Advogado-Geral da União.*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 As Técnicas de decisão do STF no controle abstrato de normas; 3 Interpretação conforme à Constituição e declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto: similitudes e diferenças; 3.1 A interpretação conforme à Constituição; 3.2 A declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto; 3.3 Similitudes e diferenças; 4 Movimento pendular da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade; 4.1 Análise da jurisprudência anterior à Lei n. 9868/99; 4.2 Após o advento da Lei n.º 9868/99; 5 Conclusão; 6 Referências.

RESUMO: O presente trabalho trata da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, na aplicação da interpretação conforme a Constituição e da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Parte-se da análise dessas duas técnicas e das mudanças ocorridas com a positivação da Lei n. 9868/99 para se chegar à conclusão de que aquela Corte ora iguala ora diferencia os institutos, advindo daí uma série de implicações práticas.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição Constitucional. Supremo Tribunal Federal. Interpretação conforme. Declaração de Inconstitucionalidade Parcial.

1 INTRODUÇÃO

No presente estudo, será analisada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal apenas no aspecto atinente ao controle concentrado de constitucionalidade. Na análise da evolução de suas decisões, ver-se-á que aquela Corte realiza um movimento pendular entre duas técnicas de decisão, adotáveis no âmbito do controle abstrato de normas. Assim, ora o STF opta por tratar de maneira equivalente a interpretação conforme à Constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, ora confere-lhes tratamento distinto.

Afinal, existe mesmo distinção entre essas duas técnicas de decisão ou são ambas explicitação de um mesmo procedimento? E mais, caso haja distinção, na hipótese de o STF igualá-las, haverá alguma implicação prática? Há, portanto, diferença no objeto e nos efeitos da decisão que aplique uma ou outra? São essas algumas das questões que se pretende abordar nas próximas linhas.

2 AS TÉCNICAS DE DECISÃO DO STF NO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS

O controle abstrato de normas, no Brasil, é desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal no uso de sua competência constitucional de guardião da Constituição. Tal controle é feito através das ações diretas de inconstitucionalidade, das ações declaratórias de constitucionalidade e das ações de descumprimento de preceito fundamental. A Constituição determina quem serão os legitimados para propor referidas ações, trata dos efeitos e da eficácia de tais decisões, bem como do objeto discutível em cada ação.

Em relação às técnicas de decisão, a Corte Suprema, em sede de controle concentrado de normas, dispõe de alguns caminhos que deverão ser escolhidos com base na situação apresentada, a fim de dar melhor cumprimento aos mandamentos constitucionais.

Apesar de não haver unidade na doutrina sobre essas técnicas¹, pode-se apontar algumas que parecem constituir um mínimo comum entre os constitucionalistas, a saber: declaração de constitucionalidade, declaração de inconstitucionalidade e interpretação conforme à Constituição.

¹ Ver-se-á, no capítulo seguinte, que há autores, por exemplo, que equiparam as técnicas de interpretação conforme à Constituição à de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

Na *declaração de constitucionalidade*, o Tribunal reconhecerá a conformidade constitucional da norma questionada. Em virtude do caráter dúplice da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, referida técnica poderá ser utilizada na decisão de qualquer uma daquelas ações. O STF, assim, não se limita a declarar a improcedência da ação direta de inconstitucionalidade. Nas palavras precisas de Gilmar Mendes²:

Essa orientação corresponde, sem dúvida, à natureza do processo de controle abstrato de normas, que se destina não só a eliminar da ordem jurídica, pronta e eficazmente, a lei inconstitucional, mas também a espantar, de forma definitiva, dúvidas porventura surgidas sobre a constitucionalidade das leis válidas.

Poderá também uma lei ser declarada constitucional enquanto persistirem certas circunstâncias de fato, modificáveis no decorrer do tempo. Trata-se da *declaração de constitucionalidade de norma em trânsito para a inconstitucionalidade*, utilizada somente nos casos de a norma não ser ainda inconstitucional. “A Corte Constitucional, neste caso, declara constitucional a norma impugnada mas, ao mesmo tempo, alerta que ela encontra-se em trânsito para a inconstitucionalidade”³. O STF, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 70.514⁴, admitiu que a lei que concedia prazo em dobro para os defensores públicos deveria ser considerada constitucional até a satisfatória estruturação das Defensorias.

Por sua vez, a *declaração de inconstitucionalidade* de uma norma pode ser total ou parcial. Gilmar Mendes⁵ esclarece que a primeira pode se dar como expressão de unidade técnico-legislativa – quando houver defeitos formais relativos à iniciativa de lei ou competência legislativa –, caso que prejudica a norma por completo.

2 MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade**. Material da 3ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrada no curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL-IDP-REDE LFG, p. 38.

3 CLÈVE, Clèmerson M. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 174, nota 194.

4 STF. HC n. 70.514. Rel. Min. Sydney Sanches. DJ de 27.06.97.

5 MENDES, op. cit., p. 34.

O doutrinador⁶ faz referência a alguns exemplos desta técnica, retirados de julgamentos do Pretório Excelso⁷:

[...]o STF declarou inconstitucionalidade de emendas às Constituições estaduais relativas a matérias que, nos termos da Constituição de 1967/ 1969, somente poderiam ser disciplinadas mediante iniciativa do Executivo. O mesmo se dá quando o Poder Legislativo invade âmbito de iniciativa de outros órgãos ou poderes (Tribunais de Justiça ou do Tribunal de Contas). Também a inobservância de outras normas fixadas na Constituição sobre o procedimento legislativo torna inviável a declaração de inconstitucionalidade de toda a lei.

Haverá ainda, segundo Eduardo Appio⁸, a *declaração de inconstitucionalidade total* quando o texto for integralmente inconstitucional e, portanto, nulo; ou ainda quando, apesar de apenas parte de um texto cindível ser constitucional, a declaração de inconstitucionalidade da parcela restante torne a norma original inaplicável, por incompatibilidade lógica⁹.

Por outro lado, na *declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade*, não se declara a nulidade de uma norma – flagrantemente inconstitucional – para evitar que o diploma revogado anteriormente volte a regular a situação tutelada, ou mesmo para evitar a ausência de lei. Nas lições de Celso Bastos¹⁰:

Nessa forma de interpretação constitucional a pronúncia de nulidade não ocorre, porque ela acabaria por suprimir algo mais do que a ofensa constitucional que se queria eliminar com a declaração de inconstitucionalidade, ou até mesmo poderia fazer surgir uma situação mais afastada ainda da vontade constitucional.

Referida técnica traz como consequência à sua aplicação o dever de legislar, para sanar a inconstitucionalidade, já que a lei persistirá no

6 MENDES, op. cit., p. 35.

7 Nesse sentido: STF. Representação n. 1318. Rel. Min. Carlos Madeira. DJ de 27.02.1987; STF. Representação n. 980. Rel. Min. Moreira Alves. DJ de 19.09.1980.

8 APPIO, Eduardo F. Interpretação conforme a Constituição: instrumento da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. Curitiba: Juruá, 2002, p. 76.

9 Conferir, dentre outras, STF. Representação n. 1379. Rel. Min. Moreira Alves. DJ de 11.09.87.

10 BASTOS, Celso R. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

ordenamento jurídico, apesar de sua aplicação ter sido suspensa através de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Quando parte da lei puder subsistir, autônoma e logicamente, somente deverá ser declarada a inconstitucionalidade do trecho viciado – *declaração de inconstitucionalidade parcial*¹¹. Neste caso, conforme ensina Gilmar Mendes¹²:

[...] Impõe-se verificar, igualmente, se a norma que há de subsistir após a declaração de inconstitucionalidade parcial corresponderia à vontade do legislador. Portanto, devem ser investigadas não só a existência de uma *relação de dependência (unilateral ou recíproca)* mas também a possibilidade de intervenção no âmbito da vontade do legislador. (grifo do autor).

Ainda no que tange à constitucionalidade parcial, poderá o Tribunal optar pela *declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto*, limitando-se a reconhecer a inconstitucionalidade apenas de certas hipóteses de aplicação da lei, mantendo-se a literalidade do seu texto original.

Por fim, poder-se-á dar à norma impugnada uma *interpretação conforme à Constituição* quando houver mais de uma interpretação possível, optando-se por aquela que seja compatível com a Constituição.

Nas duas últimas hipóteses, segundo Eduardo Appio¹³, poderá ser declarada a nulidade de algumas formas de interpretação da lei, desde que seja mantida sua literalidade. Resta saber em que aspecto essas técnicas se diferenciam. É o que será abordado adiante.

3 INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO E DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO: SIMILITUDES E DIFERENÇAS

A interpretação conforme à Constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto inserem-se no âmbito dos modernos mecanismos de controle constitucional, que têm como objetivo principal a preservação da norma que se apresente inconstitucional numa primeira análise.

11 Vide nota 09.

12 MENDES, op. cit., p. 35.

13 APPIO, op. cit., p. 76.

Ambas originam-se no Direito alemão, em especial na jurisprudência da Suprema Corte alemã.

Ao aplicar essas técnicas, a Corte constitucional conserva a literalidade da norma, apenas taxando de inconstitucionais algumas interpretações que lhe possam ser conferidas.

De fato, entre as interpretações possíveis de uma lei, deve-se optar por aquelas compatíveis com a Constituição, excluindo-se as demais. Tais técnicas consistem, pois, em mecanismos de controle de constitucionalidade. E, para isso, o aplicador do Direito deve estar atento ao fato de que o legislador sempre busca incorporar ao ordenamento jurídico uma norma constitucional.

Assim, pode-se dizer que as técnicas ora estudadas procuram dar efetividade ao princípio constitucional da separação de poderes, uma vez que buscam manter um equilíbrio entre o princípio democrático, veiculado pelo Poder Legislativo, e o princípio da supremacia da Constituição.

Gerson Sicca¹⁴, referindo-se especificamente à interpretação conforme, analisa as implicações para os Poderes Judiciário e Legislativo, em ensinamentos que podem em tudo ser aplicados à declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto:

O princípio [da interpretação conforme à Constituição] dá ao juiz a função de guardião da Constituição. Deve aquele atentar para o modelo normativo construído pelo legislador constitucional, não sendo possível a livre discricionariedade no momento do julgamento. Está o julgador submetido a um conjunto e regras contidos na Constituição, o que mostra as opções políticas adotadas pelos legisladores que atuaram em nome de um poder constituinte. Partindo dessa idéia, [...] a Constituição é norma superior que deve condicionar as demais normas, devendo pois o Judiciário fiscalizar essa observância das normas superiores.

Em seguida, ao tratar do legislador ordinário, fala das duas espécies de limites aos quais está ele submetido:

[...] *formais*, no que se refere aos aspectos procedimentais de elaboração da norma, sendo que, nesse caso, a lei que respeite os

14 SICCA, Gerson dos S. A interpretação conforme à Constituição – *Verfassungskonforme Auslegung* – no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 143, p. 21, julho/setembro 1999.

procedimentos previstos será considerada *vigente*; o segundo limite é de ordem *substancial*, devendo a norma infraconstitucional respeitar os limites substanciais impostos pela Constituição, notadamente positivados como direitos fundamentais, e que condicionam a *validade* da norma jurídica. [...] (grifo do autor).

Paulo Bonavides¹⁵, por sua vez, apesar de ressaltar a importância dessas técnicas na harmonização dos poderes, alerta para o perigo de sua utilização indiscriminada, como tem acontecido na Alemanha, onde o Judiciário acaba por conferir à lei interpretação dissociada daquela que lhe foi dada pelo legislador.

A interpretação conforme à Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto devem, portanto, ser utilizadas preservando-se a vontade do legislador, bem como atentando-se para a supremacia das normas constitucionais.

3.1 A INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO

Conforme Jorge Miranda¹⁶, a interpretação conforme à Constituição não consiste numa regra de interpretação, mas sim em “um método de fiscalização da constitucionalidade”. Através dessa técnica, o Tribunal constitucional não declara a inconstitucionalidade da lei submetida a controle, mas limita-se a lhe dar uma orientação constitucionalmente adequada. Esclarece qual é a interpretação a ser conferida à lei que a torne compatível com a Constituição.

Dá sustentação a essa técnica o entendimento segundo o qual uma lei não deve ser declarada nula quando puder ser-lhe concedida uma interpretação que a harmonize com o conjunto normativo-constitucional¹⁷. Isto é exatamente a aplicação do princípio da supremacia constitucional aliado ao princípio da separação de poderes.

No caso da interpretação conforme, a norma submetida a controle de constitucionalidade seria, à primeira vista, considerada inconstitucional, com julgamento de procedência de uma suposta ação

15 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 453.

16 MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. p. 264.

17 Cf. HESSE, Konrad *apud* BASTOS, Celso R. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 271.

direta de inconstitucionalidade (ou de improcedência de uma ação declaratória de constitucionalidade). Entretanto, o Tribunal poderá julgar improcedente a ação, dando à lei uma interpretação conforme à Constituição e declarando inconstitucionais todas as demais interpretações, à exceção daquela constante na fundamentação do acórdão e incorporada resumidamente em sua parte dispositiva.

Assim, o ato questionado continuará a ser legítimo, desde que seja utilizada unicamente a interpretação exarada pela Corte constitucional. Todas as demais, porque incompatíveis com a Lei Maior, são inconstitucionais e, portanto, inaplicáveis.

São pertinentes, visto que esclarecedoras, as precisas palavras de Moreira Alves¹⁸:

[...] Assim como no sistema de controle difuso prevalece o princípio de conservação da lei impugnada desde que se lhe possa dar sentido que não se contraponha a preceito constitucional, também no controle em abstrato é utilizada a técnica da *interpretação conforme a Constituição*, que, na Alemanha, conduz à procedência parcial da ação direta, para declarar inconstitucionais os sentidos admissíveis da norma que não o único compatível com a Constituição. *No Brasil, a utilização dessa técnica tem levado ao julgamento de improcedência da ação direta, por se dar à norma a exegese que a compatibiliza com o texto constitucional.* (grifo nosso).

Gomes Canotilho¹⁹, por sua vez, apresenta as várias dimensões do princípio da interpretação conforme:

(1) o *princípio da prevalência da Constituição* impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só deve escolher-se a interpretação que não seja contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais; (2) o *princípio da conservação das normas* afirma que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade com a Constituição; (3) o *princípio da exclusão da interpretação conforme a Constituição, mas contra legem*, impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de

18 ALVES, José Carlos M. A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 149-150.

19 CANOTILHO, José J. G. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 235-236.

uma interpretação conforme a Constituição, mesmo que através desta interpretação consiga uma concordância entre as normas infraconstitucional e as normas constitucionais. (grifo nosso).

Na análise das dimensões citadas por Gomes Canotilho, encontram-se os limites para a aplicação dessa técnica. Assim, não poderá o intérprete conferir à norma impugnada um sentido que não possa ser dela extraído. Uma interpretação totalmente dissociada dos termos expressos na lei, fugindo, por completo, da vontade do legislador ao positivizar a norma, será inconcebível.

Se da norma não se puder retirar uma interpretação que, além de compatível com a Constituição, esteja de acordo com a literalidade daquela, o caso não será de aplicação da técnica de interpretação conforme à Constituição, mas sim de declaração de inconstitucionalidade da lei.

Também não haverá outra solução senão a declaração de inconstitucionalidade se da norma não se puder extrair mais de uma interpretação. Ora, sendo única a interpretação da lei e sendo essa mesma interpretação visivelmente inconstitucional, espaço não haverá para a interpretação conforme, devendo tal norma ser extirpada do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, são claros os ensinamentos de Gilmar Medes²⁰:

Há muito vale-se o STF da interpretação conforme à Constituição, passando a ser utilizada também no âmbito do controle abstrato de normas.

Consoante entendimento ordinário, limita-se o Tribunal a declarar a legitimidade do ato questionado desde que interpretado em conformidade com a Constituição. O resultado da interpretação, normalmente, é incorporado, de forma resumida, na parte dispositiva da decisão.

Segundo a jurisprudência do STF, a interpretação conforme à Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei quanto da chamada “vontade do legislador”. A interpretação conforme à Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não

20 MENDES, op. cit., p. 37.

alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador.

Feitas essas observações sobre a interpretação conforme, passar-se-á à análise da técnica de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, para, em seguida, ser traçado um paralelo entre ambas, destacando em que aspectos são semelhantes e em que consistem as diferenças.

3.2 A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO

Na aplicação da técnica de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, o Tribunal, da mesma forma que ocorre quando da utilização da interpretação conforme, também não declara a norma inconstitucional. Entretanto, aqui, ao contrário daquela técnica, a Corte Suprema irá declarar inconstitucionais apenas um ou alguns dos significados da norma.

Em princípio, a norma impugnada deveria ser considerada constitucional. Entretanto, alguns de seus significados não se adequam aos preceitos da Carta Magna. Dessa forma, para que não se julgue procedente uma suposta ação direta de inconstitucionalidade (ou improcedente uma ação declaratória de constitucionalidade), será proferida decisão declarando a inconstitucionalidade apenas parcial da norma. A literalidade da lei, entretanto, será conservada. Assim, essa declaração de inconstitucionalidade incidirá sobre a norma sem reduzir seu texto.

O leitor mais desavisado, apegado em demasia à interpretação gramatical da técnica ora em discussão, poderá se perguntar então em que consistirá essa inconstitucionalidade se não haverá nenhum corte no texto da norma.

Diz-se, portanto, que a decisão será declaratória de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto porque a Corte constitucional declarará inconstitucionais apenas uma ou algumas das possibilidades interpretativas do texto impugnado. A norma poderá, portanto, continuar a ser aplicada desde que não se adotem as interpretações julgadas inconstitucionais pelo STF porque incompatíveis com o texto da Lei Maior.

Isso ocorre porque da norma não será possível ser retirada nenhuma expressão a fim de se chegar à parte tida por inconstitucional,

sob pena de se esvaziar o conteúdo da lei. Por isso, o Pretório Excelso, ao invés de suprimir parte do texto, determina como inconstitucionais algumas situações hipotetizadas.

Aqui também devem ser ressaltados certos limites à utilização da técnica. Assim, o julgador não poderá declarar inconstitucional uma interpretação que não pode ser extraída do texto. Não se pode, portanto, ampliar a vontade do legislador que não inseriu, ao positivar a norma, a interpretação tida supostamente como inconstitucional. Isso porque o Poder Judiciário não pode atuar como legislador positivo, ampliando, indevidamente, o campo de incidência da norma questionada.

Pelos mesmos motivos, não poderá essa técnica ser aplicada quando da norma só se puder extrair um significado, apenas uma interpretação possível. Nesse caso, ou a norma é considerada constitucional ou será declarada sua inconstitucionalidade. Não haverá margem à aplicação da declaração parcial de nulidade sem redução de texto.

3.3 SIMILITUDES E DIFERENÇAS

Vistas as principais características dessas duas técnicas de decisão, será mais fácil traçar-se um paralelo entre elas, ressaltando seus traços comuns e suas principais diferenças.

À primeira vista, parecem ter o mesmo conceito. De fato, a diferença é sutil, tendo em vista que ambas possuem o mesmo objetivo maior, qual seja: extirpar do ordenamento jurídico interpretações incompatíveis com a Constituição. Constituem ambas, portanto, mecanismos de controle de constitucionalidade das normas. Entretanto, é na maneira como essa eliminação é feita que reside a dessemelhança.

Na interpretação conforme à Constituição, chega-se à conclusão de que apenas uma única interpretação do texto é possível. Isso porque, a norma, em sua substância, seria tida inicialmente por inconstitucional. Entretanto, para conservar sua conformidade constitucional, o Tribunal extirpa todas as interpretações desconformes e determina que se passe a aplicar exclusivamente aquela tida como válida.

Assim, ficam todos os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública Federal vinculados a aplicar apenas a interpretação proferida no controle abstrato da constitucionalidade do texto normativo.

Por seu turno, na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, o Poder Judiciário não determina apenas uma interpretação válida. Nessa situação, a norma é substancialmente constitucional. Porém, algumas interpretações de seu texto não guardam conformidade com a Lei Maior. Assim, o Tribunal julga inconstitucionais tais interpretações hipotetizadas.

Nesse caso, portanto, a vinculação não é tão extensa em comparação aos efeitos da interpretação conforme, tendo em vista que, na segunda técnica, os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública Federal podem conferir à norma quaisquer interpretações compatíveis com sua literalidade, à exceção daquelas tidas por inconstitucionais.

Eduardo Appio²¹, tratando da diferença entre esses mecanismos, assim esclarece:

A diferença, portanto, é de sinal. Enquanto a declaração parcial de nulidade possui efeito principal negativo (em relação a determinadas interpretações, hipotetizadas pelo julgador), a interpretação conforme tem efeito principal positivo, na medida em que elege a única interpretação possível, vinculando juízes e administração.

Entretanto, há doutrinadores que fazem uma relação de equivalência necessária entre tais técnicas. Nesse sentido, Moreira Alves²² salienta que:

[...] Assim, *temos a chamada interpretação conforme a Constituição*. É dizer, aqueles casos nos quais a lei admite uma pluralidade de interpretações das quais apenas uma é considerada constitucional. Desta forma, se declara a procedência parcial da ação para o fim de se declarar que são inconstitucionais todas aquelas interpretações que não aquela que o Supremo fixou no seu dispositivo. *A este procedimento se dá o nome de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*, porque nada se retira materialmente do texto, apenas se retira deste uma parte do seu conteúdo significativo. (grifo nosso).

Pelo que foi exposto, porém, não como se igualar referidas técnicas, na medida em que, para se chegar à exclusão de certas

21 APPIO, op. cit., p. 79.

22 ALVES, op. cit., p. 255.

interpretações, traçam-se caminhos distintos, levando a vinculações com diferentes amplitudes.

Apesar disso, outros autores, embora reconhecessem as diferenças existentes entre ambas as técnicas, chegavam a afirmar que, na interpretação conforme, a decisão do Supremo Tribunal Federal não vincularia os órgãos do Poder Judiciário ou da administração. Referida vinculação, segunda eles, dependeria do prestígio da Corte Suprema junto a tais órgãos e instituições.

Nesse sentido, escreveu Clèmerson Clève²³, em obra datada de 1995:

A “interpretação conforme” pode conduzir a alguns problemas. No Brasil, porque a “coisa julgada” alcança apenas a parte dispositiva da decisão (que é de rejeição de inconstitucionalidade) e não os seus fundamentos, *os juízes e tribunais podem continuar aplicando a norma impugnada com os sentidos apontados como inconstitucionais*. O prestígio do STF é determinante da observância, pelos demais órgãos do Judiciário, da sua decisão. Em caso contrário, entretanto, apenas a interposição de recurso extraordinário, na oportunidade própria e atendidos os pressupostos respectivos, pode fazer prevalecer o entendimento sustentado pela Excelsa Corte. (grifo nosso).

A solução para essa celeuma, segundo Celso Bastos²⁴, “parecia ser a incorporação no *decisum* da única interpretação da norma admitida pelo Tribunal, com a devida força vinculante”. Todavia, isso não resolvia o problema, mas sim transferia a responsabilidade para o órgão julgador.

A Lei n. 9868, de 10/11/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF, pôs fim a toda essa discussão ao estabelecer, no parágrafo único de seu art. 28, *verbis*:

A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme à Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, *têm eficácia contra todos e efeito vinculante* aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. (grifo nosso).

23 CLÈVE, op. cit., p. 176-177.

24 BASTOS, op. cit., p. 278.

Tal dispositivo legal trouxe duas importantes inovações. Em primeiro lugar, teve o mérito de conferir efeito vinculante às técnicas aqui abordadas, extirpando qualquer dúvida porventura existente sobre a obrigatoriedade de se observar as decisões proferidas pelo STF. Assim, estava claro que, a partir dali, os órgãos da Administração Pública federal, estadual e municipal estariam vinculados às decisões da Corte Suprema que optassem pelas técnicas de interpretação conforme ou de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

Ademais, ao tratar, simultânea e separadamente, das duas técnicas, também veio a norma a ratificar a doutrina que há muito já pugnava pela diferenciação de ambos os institutos. Ora, se na lei não deve haver palavras inúteis, é certo que o legislador, ao dar-lhes tratamento diferenciado, quis deixar claro que se trata de técnicas de decisão distintas.

E mais, ao tratar desses institutos no mesmo patamar das declarações de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, a lei conferiu-lhes tratamento de mecanismos de controle de constitucionalidade. Dessa forma, não há mais que se pensar na interpretação conforme como simples forma de interpretação, como já advertia Jorge Miranda, em trecho citado acima, pois, mais do que isso, consiste ela em verdadeira técnica de decisão.

Pode-se, assim, dizer, segundo afirma Celso Bastos, corroborando essa idéia, que “o mandamento da interpretação conforme à Constituição não significa extrair-se um sentido da lei [interpretando-a, portanto], mas mais do que isso, determina ele proceder-se a uma redução ou mesmo a uma ampliação da eficácia da norma legal [...]”.

Após as discussões doutrinárias sobre as técnicas de interpretação conforme à Constituição e de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, passa-se à análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no tocante à aplicação de tais mecanismos de decisão.

4 MOVIMENTO PENDULAR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ÂMBITO DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Ao se fazer uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle abstrato de normas, nota-se uma evolução sobre a utilização das técnicas de interpretação conforme à Constituição e de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

De fato, pela observação dos julgados, desde a primeira representação de inconstitucionalidade até as recentes ações diretas de inconstitucionalidade que tratam do assunto, pode-se perceber uma evolução da jurisprudência do STF, que seria marcada por dois momentos, separados pelo advento da citada Lei n. 9868/99.

Inicialmente, a Corte Suprema passou, na maioria dos casos, a aplicar indistintamente ambas as técnicas de decisão aqui discutidas, numa confusão de conceitos. Nesse período, não se falava em efeito vinculante dos acórdãos que utilizavam tais institutos.

Com a publicação da Lei n. 9868/99, conforme ressaltado, o efeito vinculante e a separação das técnicas passaram a ter base legal. Entretanto, apesar de se começar a ver, por um lado, uma nítida separação prática entre os métodos usados; por outro, em muitos julgados, nota-se ainda uma confusão na utilização desses mecanismos.

Por conta disso, ver-se-á que hoje a jurisprudência daquela Corte caminha num movimento pendular, ora optando pela separação, ora pela equiparação entre as técnicas. Analisar-se-á, então, se esse movimento pendular tem alguma implicação prática ou se a opção por um ou outro caminho não influenciará no objeto e amplitude da decisão.

Antes de se passar à análise da jurisprudência, é de bom alvitre ressaltar que a divisão em fases consiste apenas numa forma mais didática para se abordar o assunto. Claro que essas fases não são estanques. Vê-se, na verdade, uma evolução na maneira de pensar do Tribunal, que acaba refletindo a evolução doutrinária e legal acerca da matéria.

4.1 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA ANTERIOR À LEI N. 9868/99

Enquanto na Suprema Corte alemã, já se falava há muito sobre interpretação conforme e declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto; no Brasil, somente a partir do final da década de 70, de forma tímida, e final da década de 80, mais nitidamente, começou a jurisprudência a traçar discussões que envolviam a temática.

Assim, já na Representação n. 948²⁵, pode-se ver o início da adoção da interpretação conforme. Naquela ação, interposta em face da Assembléia Legislativa do Estado de Sergipe, questionava-se a

25 - STF. Representação n. 948. Rel. Min. Moreira Alves. DJ de 18.03.1977.

constitucionalidade de uma norma da Constituição estadual que concedia subsídio mensal vitalício a Governador que permanecesse como tal por mais da metade do mandato. Em seu voto, o Min. Moreira Alves deixou assentado que o dispositivo só seria constitucional se aplicado somente a quem tivesse exercido o cargo em caráter permanente:

Esta interpretação – que afasta a incidência do dispositivo constitucional em causa em favor de quem não tenha exercido, em caráter permanente, o cargo de governador por tempo superior à metade do respectivo mandato – ajusta o texto impugnado com o preceito federal que lhe serviu de modelo.

Entretanto, foi somente na Representação n. 1417²⁶ que o Tribunal delineou mais precisamente os contornos dessa técnica. A Procuradoria-Geral da República ofereceu representação alternativa por inconstitucionalidade ou, eventualmente, por interpretação, do parágrafo 3º do artigo 65 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN.

Em seu voto, o Min. Moreira Alves²⁷ discorreu longamente sobre todo o trâmite legislativo da proposta de emenda de referida Lei Orgânica para que ficasse claro que a intenção do legislador, ao aprovar o texto:

[...] foi o de outorgar aos Tribunais, suprimindo a omissão legislativa regulamentadora dos incisos I e II do artigo 65 da LOMAN, a faculdade de conceder essas vantagens [o auxílio-moradia e o auxílio-transporte, concedidos através dos incisos I e II do artigo impugnado] até o limite máximo que fixou para cada uma delas, atendidas as características regionais de que cada uma dessas Cortes teria a medida exata das necessidades reais.

E foi a própria Procuradoria da República que concluiu pela inconstitucionalidade do entendimento, quer na esfera federal – pela ausência da iniciativa privativa do Presidente da República –, quer na estadual – por ter invadido o âmbito da competência legislativa reservada. Todavia, seu parecer pugnou que se julgasse improcedente a representação de inconstitucionalidade, desde que se desse ao dispositivo

26 STF. Representação n. 1417. Rel. Min. Moreira Alves. DJ de 15.04.1988.

27 Ibid., p. 32.

uma interpretação conforme com efeitos vinculantes. Tal interpretação conforme, entretanto, feria a vontade do legislador.

Antes de julgar procedente a representação, declarando a inconstitucionalidade do dispositivo impugnado, o relator procurou delinear as bases e os limites de aplicação da interpretação conforme, através de autores europeus, com fundamento, em especial, nas doutrinas alemã e portuguesa.

Entendeu, assim, que o princípio da interpretação conforme se situava no âmbito do controle de constitucionalidade, não sendo mera regra de interpretação. Ressaltou, porém, que deveria ser utilizado com restrição. Por esse fato, tal técnica não se enquadraria no caso, como pretendia o Ministério Público.

Continuando, afirmou ainda que a Corte, a pretexto de conferir interpretação conforme, não poderia atuar como legislador positivo. Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o Tribunal atuaria, sim, como legislador negativo. Da mesma forma, ao aplicar a interpretação conforme, apenas se eliminam as interpretações que não guardem conformidade com a Lei Maior. Nesse sentido, aduziu:

O mesmo ocorre quando a Corte dessa natureza, aplicando a *interpretação conforme à Constituição*, declara constitucional uma lei com a interpretação que a compatibiliza com a Carta Magna, pois, nessa hipótese há u'a [*sic*] modalidade de *inconstitucionalidade parcial* (a *inconstitucionalidade parcial sem redução do texto* – Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung), o que implica dizer que o Tribunal constitucional elimina – e atua, portanto, como *legislador negativo* – as interpretações por ela admitidas, mas inconciliáveis com a Constituição. (grifo do autor)²⁸.

Em seguida, arremata, destacando quais os limites que essa técnica de decisão encontra na sua aplicação:

Porém, a interpretação fixada, como única admissível, pelo Tribunal Constitucional, não pode contrariar o sentido da norma, inclusive decorrente de sua gênese legislativa inequívoca, porque não pode Corte dessa natureza atuar como *legislador positivo*, ou seja, o que cria norma nova. (grifo do autor)²⁹.

28 STF. Representação n. 1417. Rel. Min. Moreira Alves. DJ de 15.04.1988. p. 40.

29 Ibid.

Vê-se que o Tribunal conferiu tratamento equivalente para as técnicas de interpretação conforme e de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Na prática, conforme se depreende do voto do relator, a interpretação conforme aperfeiçoava-se através da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

A partir de então, foram vários os julgados em que o STF passou a utilizar ambas as técnicas, na maioria das vezes, como se equivalentes fossem.

Por conta da permanência da norma no ordenamento, a doutrina destacava o problema da possível falta de cumprimento da decisão do STF por parte dos órgãos do Judiciário e da Administração Pública. Isso se dava em virtude da ausência de efeito vinculante permeando tais julgamentos.

Na seqüência, a Representação n. 1389³⁰ questionava lei do Estado do Rio de Janeiro que transformava cargos de guarda de presídio em cargos de agente de segurança penitenciária, desde que aquele primeiro tivesse sido preenchido através de concurso público. O próprio relator do caso, Min. Oscar Corrêa, apesar de destacar os riscos do uso indiscriminado da interpretação conforme, para o que fez um apanhado de decisões da Corte Suprema alemã, aplicou a técnica ao caso, sem, contudo, deixar de ressaltar a ausência de efeito vinculante da decisão proferida pelo STF. Colhe-se trecho de seu voto:

Entre nós, da tradição deste S.T.F., pretendo apenas, ainda uma vez, salientar o risco que representa no Brasil: o texto legal se publica e se reproduz sem anotações dessa natureza. A jurisprudência, mesmo desta Corte, é, quando nada, extensamente ignorada.

Dará, então, o juiz, ao decidir a demanda, não a interpretação conforme à Constituição, que este Supremo Tribunal Federal tenha explicitado, mas a interpretação conforme ao seu entendimento; com o que, em inúmeras hipóteses, se terá solução em conflito com o que esta Corte propugna e fixa³¹. (grifo nosso).

30 STF. Representação n. 1389. Rel. Min. Oscar Corrêa. Brasília. DJ de 12.08.1988.

31 STF. Representação n. 1389. Rel. Min. Oscar Corrêa. Brasília. DJ de 12.08.1988. p. 49.

A Corte Suprema, para tentar evitar o descumprimento de suas decisões, passou a acrescentar, na parte dispositiva do acórdão, a declaração da inconstitucionalidade das interpretações incompatíveis com a Constituição. Assim ocorreu, por exemplo, no julgamento da medida cautelar da ADI n. 1194³², em que a Confederação Nacional das Indústrias questionava alguns dispositivos do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. A ementa determinou, pois, o seguinte:

[...] b) art. 21 e seu par. único: liminar deferida, em parte, para dar interpretação conforme à expressão “os honorários da sucumbência são devidos aos advogados dos empregados”, contida no “caput” do artigo, no sentido de que é disposição supletiva da vontade das partes, podendo haver estipulação em contrário, por ser direito disponível.

Apesar da confusão conceitual que o STF fazia entre as duas técnicas de decisão ora em estudo, em algumas situações, porém, podia-se ver uma nítida separação entre os institutos.

Nesse sentido, na ADI n. 1150³³, em que se alegava ofensa à regra constitucional do concurso público por lei do Estado do Rio Grande do Sul, o Tribunal utilizou a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Já na ADI-QO n. 234³⁴, na qual se questionava a constitucionalidade de certos dispositivos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, houve aplicação precisa da técnica de interpretação conforme.

Ressalte-se, por fim, que mesmo com esses esparsos julgados em que, à época, o Tribunal sinalizava com a distinção conceitual dos institutos, na ampla maioria dos acórdãos, havia aplicação de ambos como se fossem sinônimos. Cite-se, como exemplo típico dessa confusão, a ADI n. 1344³⁵. Lê-se, em sua ementa:

32 STF. ADI-MC n. 1194. Rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília. DJ de 29.03.1996.

33 STF. ADI n. 1150. Rel. Min. Moreira Alves. DJ de 17.04.1998. Pode-se ler, em sua ementa: “[...] bem como para declarar que os §§ 3º e 4º desse mesmo artigo 276 [...] só são constitucionais com a interpretação que exclua da aplicação deles as funções ou os empregos relativos a servidores celetistas que não se submeterem ao concurso aludido no artigo 37, II, da parte permanente da Constituição, ou referido no § 1º do artigo 19 do seu ADCT”.

34 STF. ADI-QO n. 234. Rel. Min. Néri da Silveira. DJ de 19.05.1997.

35 STF. ADI n. 1344. Rel. Min. Moreira Alves. DJ de 19.04.1996.

Quando, pela redação do texto no qual se inclui a parte da norma que é atacada como inconstitucional, não é possível suprimir dele qualquer expressão para alcançar essa parte, impõe-se a utilização da técnica de concessão da liminar “para a suspensão da eficácia parcial do texto impugnado sem a redução de sua expressão literal”, técnica essa que se inspira na razão de ser da declaração de inconstitucionalidade “sem redução do texto” em decorrência de este permitir “interpretação conforme a Constituição”.

4.2 APÓS O ADVENTO DA LEI N. 9868/99

A Lei n. 9868/99, como destacado acima, trouxe, as seguintes inovações, na redação do parágrafo único de seu art. 28: (i) nítida separação entre interpretação conforme à Constituição e declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, desde que se parta do pressuposto que, na lei, não deve haver palavras inúteis; (ii) inclusão dessas técnicas entre os mecanismos de controle de constitucionalidade; (iii) concessão de efeito *erga omnes* e eficácia vinculante para tais decisões.

Assim, não se justificava mais a adoção indiscriminada dos institutos sem qualquer rigor conceitual. O legislador deixara expressa sua vontade de separação entre ambas as técnicas.

Ademais, após a entrada em vigor dessa lei federal, não mais havia que se questionar se as decisões do STF deveriam ou não ser respeitadas. A lei deixou claro que elas vinculavam os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública em geral.

A partir de então, apesar de não ser mais necessário, dada a disposição expressa em lei da eficácia vinculante, o STF passou a consignar, na parte dispositiva da imensa maioria de seus acórdãos, as interpretações inconstitucionais das normas questionadas, tendo em vista sua desconformidade com o texto da Lei Maior. Cite-se, como exemplo dessa prática, a ADI n. 2084, julgada apenas alguns meses após a publicação da Lei n. 9868/99, em que se deu interpretação conforme a dispositivo de lei complementar paulista e se consignou, na ementa do acórdão, que a filiação partidária de representante do Ministério Público paulista só poderia ocorrer quando houvesse o afastamento das suas funções institucionais, mediante licença, nos termos da lei.

Voltou, entretanto, o Tribunal a fazer confusão na aplicação das técnicas. Nesse sentido, no julgamento da ADI n. 2116, por exemplo, ao invés de interpretação conforme, deveria a Corte ter usado a expressão declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, pois se adequava mais ao conteúdo do *decisum*.

Frise-se, ainda, que, com a adoção de eficácia vinculante, caso haja o desrespeito das decisões da Corte Suprema que apliquem tais técnicas, será cabível a reclamação constitucional, nos termos expressos no art. 102, I, “I”, da Constituição Republicana de 1988:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar originariamente: [...]

l) a reclamação para preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; [...].

Tal entendimento restou consolidado no julgamento da Reclamação n. 2143³⁶, em que o Tribunal confirmou a constitucionalidade do art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9868/99, ressaltando o caráter vinculante de suas decisões. Devido a essa vinculação, seria perfeitamente cabível o manejo da reclamação constitucional caso houvesse descumprimento por quaisquer juízes ou Tribunais.

Em seu voto³⁷, o relator destacou, inicialmente, a legitimidade constitucional do art. 28 da citada lei federal, aduzindo o seguinte:

Cabe enfatizar, neste ponto, que as decisões consubstanciadoras de declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive aquelas que importem em interpretação conforme à Constituição e em declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, quando proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de fiscalização normativa abstrata, revestem-se de eficácia contra todos (“*erga omnes*”) e possuem efeito vinculante em relação a todos os magistrados e Tribunais, bem assim em face da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal, impondo-se, em conseqüência, à

36 STF. Rcl n. 2143. Rel. Min. Celso de Mello. DJ de 06.06.2003.

37 Ibid., p. 13.

necessária observância por tais órgãos estatais, que deverão adequar-se, por isso mesmo, em seus pronunciamentos, ao que a Suprema Corte, em manifestação subordinante, houver decidido, seja no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, seja no da ação declaratória de constitucionalidade, a propósito da validade ou da invalidez jurídico-constitucional de determinada lei ou ato normativo.

Em seguida, na conclusão do julgado, reconheceu-se que o desrespeito à eficácia vinculante de acórdão plenário do STF autoriza o manejo da via reclamationária.

5 CONCLUSÃO

A análise da jurisprudência do STF demonstra uma ausência de rigor metodológico daquele Tribunal na aplicação das técnicas de interpretação conforme e de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Assim, ora suas decisões igualam, ora diferenciam os institutos.

Observou-se, no entanto, que a equiparação pura e simples pode gerar dificuldades na compreensão da amplitude dos efeitos da decisão proferida. Isto porque, ao excluir somente algumas interpretações, na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, a Corte não declara todas as demais inconstitucionais. Os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública em geral, por conta disso, poderão conferir ao texto qualquer outra interpretação, a exceção fica apenas por conta de uma ou duas (ou mais, mas sempre um número exato) declaradas pelo STF como incompatíveis com a Carta Magna.

Já na interpretação conforme, como o Pretório Excelso fixa o único entendimento constitucional do texto questionado, a nenhum outro órgão será dada a oportunidade de interpretar a lei de outra forma. Todos deverão adotar os termos expressos pelo STF. A via reclamationária, em um possível descumprimento da decisão proferida pela Corte Suprema, terá, portanto, um objeto mais amplo.

Apesar disso, cabe frisar, por fim, conforme destaca Gilmar Mendes³⁸, que “não se pode afirmar com segurança se na jurisprudência do STF a interpretação conforme à Constituição há de ser, sempre, equiparada a uma declaração de nulidade sem redução de texto”.

38 MENDES, op. cit., p. 37.

6 REFERÊNCIAS

- ALVES, José Carlos M. A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.
- APPIO, Eduardo F. **Interpretação conforme a Constituição**: instrumento da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. Curitiba: Juruá, 2002.
- BASTOS, Celso R. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- CANOTILHO, José J. G. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- CLÈVE, Clèmerson M. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- MENDES, Gilmar F. **Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade**. Material da 3ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrada no curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL-IDP-REDE LFG.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.
- SICCA, Gerson dos S. A interpretação conforme à Constituição – *Verfassungskonforme Auslegung* – no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 143, jul./set. 1999.

RISCOS DO INTERVENCIONISMO JUDICIAL PARA A SEGURANÇA JURÍDICA E EFETIVIDADE DA ECONOMIA.

Luís de Freitas Júnior

Procurador Federal

Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - Unifor.

Especialista em Direito Civil pela Faculdade Integrada do Ceará - FIC.

Sumário: 1 Introdução; 2 Direito e Economia; 3 Eficiência e justiça; 4 Conjuntura sócio-econômica e o Direito; 5 Aplicação da hermenêutica jurídica nas questões jurídico-econômicas; 6 Justiça social; 7 Instituições e desenvolvimento econômico; Risco judicial; 9 Conclusão; 10 Referências.

RESUMO: Contemporaneamente, há uma praxe judicial de decidir com base nos critérios de justiça do próprio juiz, em detrimento da aplicação direta da lei. Essa postura reflete um desejo de adequar a legislação à principiologia constitucional e fazer justiça social. Tal comportamento é apropriado para um momento político intervencionista, onde o Estado visa reduzir as desigualdades entre as partes. Todavia, o período atual é marcado pelo modelo neoliberal, que é caracterizado por uma menor ingerência estatal nas relações particulares. Nesse contexto, é necessário adequar à ideologia judicial com o presente momento histórico. Essa assimilação é imperiosa para criar um mercado eficiente apto a incentivar o desenvolvimento econômico. Logo, é preciso que se tenham leis claras, que os contratos sejam fortes e que o Judiciário obriegue a cumprir as regras e pactuações. Nesse pórtico será mister limitar a atividade interpretativa do juiz, a fim de que seu subjetivismo não comprometa a segurança jurídica. O Direito não é um fim em si mesmo, contudo o Judiciário não poderá se imiscuir na função legislativa e suplantar o produto de um procedimento democrático. Destarte, uma discricionariedade judicial que não estimule o cumprimento dos acordos geraria um ambiente inseguro para a circulação de riquezas, o aumento dos custos e a consequente estagnação econômica. Assim, é preferível que se prescindia de uma equidade individual, obtida por meio do descumprimento do Direito, em prol de se alcançar uma justiça coletiva. Esse desiderato será alcançado com uma maior previsibilidade no emprego do Ordenamento.

PALAVRAS-CHAVE: Judiciário. Normas. Interpretação. Previsibilidade. Desenvolvimento.

1 INTRODUÇÃO

Trata-se de estudo acerca da influência do comportamento do Judiciário no desenvolvimento econômico. Nesses termos, haverá uma investigação da tendência judicial de empregar interpretações que não coincidem com os textos de lei. Especificamente, referir-se-á à ingerência dos magistrados na revisão de contratos constituídos legitimamente.

Nesse espectro, haverá uma perscrutação sobre os efeitos causados pela falta da previsibilidade no Ordenamento Jurídico decorrente dessa discricionariedade dos julgadores.

A importância da discussão maximiza-se na conjuntura política atual, que se caracteriza pelo neoliberalismo. Assim, é imperioso compatibilizar a atuação do Judiciário a presente ideologia econômica. A finalidade dessa adequação é propiciar um ambiente propício para a circulação de riquezas.

A presente pesquisa lastreou-se na legislação pátria a fim de desvendar a principiologia constitucional. Igualmente, se enveredou na doutrina nativa e estrangeira para descobrir as tendências atuais dos institutos sociais. Ainda foi colacionada da bibliografia uma pesquisa para se aferir o pensamento dos juízes e da sociedade acerca da ingerência judicial nos acordos de vontade. Ademais, foi efetuada consulta à jurisprudência para demonstrar a atuação do Judiciário.

Essa análise tem como objetivo a reflexão sobre a existência de um resultado eficiente, em se conferir justiça ao caso concreto, mesmo que isso sacrifique a segurança jurídica. Para se chegar a uma resposta, haverá um exame de conceitos econômicos, será observado o presente contexto político e apreciar-se-á as vantagens de um sistema judicial previsível. Em outro quadrante questionar-se-á a corrente que defende o emprego de uma justiça social nas decisões judiciais.

Espera-se com esse trabalho, que o leitor conheça um maior número de idéias acerca do tema, a fim de oxigenar as suas impressões propedêuticas. A partir daí, que se tenha consciência das influências da economia na justiça, para que ao final concilie as informações e se chegue a uma visão equilibrada do papel que os magistrados devem desempenhar na exigibilidade dos contratos.

2 DIREITO E ECONOMIA

Os ramos do conhecimento não são campos fechados em si mesmo. É necessário a oxigenação de outros valores nos meandros de cada matéria. Isso porque a realidade é multifacetária e não comporta uma visão fragmentária de seus elementos. Assim, para se conseguir uma efetiva visão global dos fatos, com vistas a modificação da realidade, é mister o manejo das ferramentas de várias searas.

Nesse pórtico, para se compreender o processo de desenvolvimento de uma sociedade há necessidade de comunicar os valores, dentre outros, do Direito e da Economia. O Direito visa a positivação de normas para realização da paz social e o alcance da justiça, com vistas a dar a cada um o que é seu. Já a Economia visa a eficiência, ou seja, a maximização dos resultados frente a utilização otimizada dos recursos escassos, com vistas a obter uma forma de alocação de recursos para gerar o bem-estar.

A crítica à Economia é que para ela atingir a eficiência, não se preocuparia em desprezar a equidade. Contudo, seus defensores argumentam que quando se consegue a eficiência, via de regra, se alcança a equidade.

Já numa visão aplicada ao mercado, o Direito serviria como conjunto de instituições que protege as relações negociais e contribui para sua eficiência. Nesses termos, esse saber funcionaria como um indutor de comportamentos, no afã de estimular as atitudes desejáveis e que forcem seu cumprimento.

Deverá haver um amálgama entre os preceitos econômicos e o Direito, tudo num clima de equilíbrio e razoabilidade. Nesse sentido orienta o mestre Arnold Wald:¹

A análise econômica é importante e a introdução da noção da eficiência no direito é condição *sine qua non* no progresso econômico e da boa aplicação da Justiça. O que não se pode fazer é submeter o direito à economia. Queremos uma justiça eficiente no tempo e na qualidade, mas não uma justiça que esteja a serviço exclusivamente da economia, sacrificando os direitos individuais ou, em certos casos, afetando até o respeito dos contratos e a sua fiel execução.

1 PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. XXII.

Entendemos que a Economia e o Direito se complementam, pois ‘o direito sem o mercado é a imobilidade ou paralisia da sociedade’, enquanto ‘o mercado sem o direito é o caos’ (Alan Minc).

3 EFICIÊNCIA E JUSTIÇA

Para a Economia, a eficiência é uma convivência ótima entre o ônus e o bônus de uma relação de troca de riquezas. Destarte, seria a situação em que se alcança maiores resultados e lucratividade.

Um ‘mercado eficiente’ é aquele em que todas as pessoas têm acesso às informações de forma integral e simultânea. Nesse espaço, as negociações são claras e geram uma maior efetividade nos resultados.

A ausência, a insuficiência ou a incerteza das informações conduzem a maiores ‘custos de transação’, ou seja, riscos e atritos do mercado que o distanciam do ideal.

O conceito de eficiência não necessariamente está identificado com a idéia tradicional de justiça individual. Há uma variedade de teorias econômicas a respeito da eficiência que merecem ser perscrutadas a fim de oxigenar os conceitos ortodoxos.

Consoante o ‘teorema de Pareto’ haverá eficiência sempre que alguém melhore sua situação sem que ninguém venha a se prejudicar por causa disso. É o que se chama de Pareto superior, posto que uma parte não possa perder mais e a outra continua a ganhar. Quando toda a coletividade deixa de experimentar desenvolvimento econômico, devido à revisão judicial de um contrato legítimo, embora oneroso, não está havendo uma situação Pareto superior, uma vez que o ganho do particular implicou perda para a sociedade.

Outra teoria que explica a eficiência é o ‘Princípio de Kaldor Hicks’, pelo qual uma pessoa sempre pode continuar perdendo, o que importa é que as demais pessoas ganhem mais que o que a outra perdeu. Logo, se o quantitativo das pessoas que se beneficiam for maior que o daquelas que experimentaram prejuízo, haverá eficiência. Ilustra essa eficiência o caso em que não se desconstitui um contrato, mas se garante a segurança jurídica das pactuações. Assim, o particular perde um pouco, mas há crescimento da economia que beneficia a todos em maior escala.

Outro estudo que merece destaque acerca da efetividade é a ‘Teoria dos Jogos’. Essa doutrina explica qual a melhor estratégia a ser tomada num ambiente em que as regras são claras, mas que não se conhece qual a atitude que será tomada pelo outro, visando alcançar o ‘equilíbrio de Nash’, v. g., a situação em que considerando a atitude da outra parte, o sujeito não saiu perdendo ou não se arrepende.

Entrevê-se a aplicação da teoria dos jogos no Direito, na relação entre credores e devedores, em relação ao cumprimento das dívidas, tendo em vista, a exigibilidade que o Judiciário conferirá às leis e aos contratos. O devedor busca saber o que é mais eficiente, se cumprir espontaneamente sua obrigação ou descumpri-la e esperar a execução judicial. A resposta será obtida a partir da obrigatoriedade que o Judiciário local dê aos contratos e às leis.

Para o ‘Teorema de Coase’ a parte que tem menor custo é que deve arcar com os prejuízos, independente de que esteja certa ou errada. Busca-se, com isso, a eficiência em detrimento da justiça.

Num ambiente sem custos de transação, em que todos têm acesso às informações, o Judiciário seria desnecessário, pois se chegaria a custos de produção menores se entregasse a disposição ao poder das partes e seus contratos. O erro na idéia de deixar os indivíduos regularem-se sozinhos é porque na economia não há ambiente sem atrito. Assim, a solução ótima é que o Judiciário cumpra a lei.

Da apreciação das teorias econômicas alhures, dessume-se que há uma imbricação entre o progresso econômico e a postura adotada pelo Judiciário. Logo, casos existirão em que não haverá a isonomia absoluta entre as partes, porém ocorrerá uma eficiência que beneficiará a coletividade em geral. É imperativo que o Judiciário proceda a um amálgama entre as teorias do Direito e da Economia, e defina uma postura a seguir, a fim de proferir decisões justas e eficientes.

4 CONJUNTURA SÓCIO-ECONÔMICA E O DIREITO

É cediço que o Direito possui princípios universais e atemporais, que indicam um núcleo mínimo e intangível de justiça, que o caracteriza. Nada obstante, o Direito, como fruto das vicissitudes humanas, sofre influências dos momentos históricos e dos paradigmas vigentes.

Por muito tempo vigorou um sistema jurídico em que o magistrado tinha ampla discricionariedade na aplicação das normas. Esse modo de resolução dos conflitos era reflexo de um sistema autoritário onde o Estado concentrava todas as funções e não respeitava os direitos individuais.

Esse modelo foi quebrado com a Revolução Francesa, ocasião em que prevaleceu o liberalismo econômico, momento no qual havia a proteção máxima à propriedade privada, a fim de se proteger a classe burguesa emergente. Para isso foi adotado o sistema de codificação do Direito, que o considerava sem lacunas. Assim, restava diminuída a possibilidade de interpretação judicial.

A posteriori, coincidentemente às duas grandes guerras mundiais, à Revolução russa e à maiêutica da Constituição de Weimar, sobrepôs-se um Estado de bem-estar social que adota uma postura proativa, para fazer frente as iniquidades geradas e não solucionadas pelo liberalismo. Nesse diapasão, o Ordenamento é acrescido de direitos sociais e o Judiciário passa a ter uma maior margem de interpretação sobre os comandos legais, com o escopo de promover a justiça social. Nessa época, pensando na conjuntura atual do momento, escreveu Orlando Gomes:²

Orienta-se modernamente o Direito das Obrigações no sentido de realizar melhor equilíbrio social, imbuídos seus preceitos, não somente da preocupação moral de impedir a exploração do fraco pelo forte, senão, também, de sobrepor o interesse coletivo, em que se inclui a harmonia social, aos interesses individuais de cunho meramente egoístico.

Corrige situações injustas a que conduziu, quando imperava na órbita política e econômica, o liberalismo, dando-lhes conteúdo mais humano, social e ético. Tende, em resumo, para a socialização e a moralização, na conformidade das convicções a esse respeito dominantes.

O Direito das obrigações elaborado no século XIX, calcado no Direito Romano e aperfeiçoado principalmente na Alemanha, pela Escola das Pandectas, concorreu para o desenvolvimento

² GOMES, Orlando. **Transformações Gerais dos direitos das Obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. p. 2-3

econômico, mas legitimou abusos, ao favorecer a prepotência das pessoas economicamente fortes.

Contudo, ultrapassado o clímax dessa crise, ressurge a ideologia de diminuição do Estado e da entrega da atividade produtiva para a iniciativa privada. É a fase do neoliberalismo, em que foi dado início às grandes reformas administrativas, v.g., privatizações, abertura do mercado e desregulamentações.

Nesse contexto, a economia passa a enxergar no Judiciário, uma responsabilidade maior sobre o mercado. Ora, num contexto em que impera circulação de riquezas a nível global é mister o cumprimento do estrito sentido da lei e da fiel execução dos contratos. Só com esse ambiente de segurança jurídica e previsibilidade se conseguiria o desenvolvimento econômico.

Entretanto, contrariando a atual fase histórica, o Judiciário brasileiro assumiu uma postura mais intervencionista no cumprimento dos contratos e na interpretação da lei. Notadamente após a Constituição Federal de 1988 e a edição de diplomas como o Código de Defesa do Consumidor e do Novo Código Civil tem-se verificado uma tendência em se perquirir a justiça social, mesmo que para isso se dê novo sentido à lei ou se descumpra o negócio jurídico.

Eis o dilema enfrentado pelo Judiciário na atual conjuntura sócio-econômica. Tal questão para ser solucionada, requer uma razoabilidade na hermenêutica dos dispositivos legais. Assim, exige-se que o Judiciário adote um comportamento que propicie o desenvolvimento social a partir do modelo neoliberal vigente.

O caminho a ser seguido para se compatibilizar interesses aparentemente em conflito, será uma postura lúcida e que dê preferência a uma justiça a longo prazo e para toda a coletividade, ainda que prescindida da justiça social ao caso concreto.

5 APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA NAS QUESTÕES JURÍDICO-ECONÔMICAS

Conforme analisado, o Judiciário tem se defrontado com posições antagônicas na aplicação das normas, máxime nas relações econômicas.

Destarte, o magistrado tem-se colocado entre o dilema de conferir segurança jurídica e previsibilidade ao sistema, aplicando invariavelmente o conteúdo da lei e por outro prisma, se vê na responsabilidade de conferir a justiça ao caso concreto, mesmo que para isso despreze a literalidade da norma e se valha de interpretação do Ordenamento Jurídico.

No âmbito da doutrina que autoriza uma maior discricionariedade do juiz, afirma-se que não se pode tratar a aplicação das normas como uma tarefa mecânica de subsunção da lei. Isto porque compor uma contenda é mais que identificar um dispositivo adequado, antes é propiciar a decisão justa àquela situação. Caso contrário, se fosse correto colar automaticamente uma regra a um litígio, não precisaríamos de juízos pensantes, mas de meras máquinas.

Friedrich Müller corrobora com esse pensamento ao afirmar:³

Por “automação” deve-se compreender a possibilidade de substituição da decisão humana pela racionalização maquinal no âmbito de sistemas mecânicos e sobretudo eletrônicos. Entretanto, as normas de direito constitucional se prestam pouco a tal axiomatização... Em outras palavras, procedimentos automáticos de aplicação do Direito fazem sentido onde a aplicação do Direito não se apresenta como concretização, mas no sentido de positivismo legalista como subsunção, como “aplicação”.

É cediço que um sistema de normas é algo coerente em si mesmo. Nesse diapasão, há regras que são direcionadas especificamente a uma determinada situação, o que redundaria na sua aplicação *a priori*. Todavia, há casos concretos em que existe conflito entre um princípio e um dispositivo. Nessa hipótese, os conflitos, por ventura existentes, seriam apenas aparentes, porquanto os comandos não se excluem do Ordenamento, apenas prevalecem em determinada aplicação.

A aplicação da regra ou do princípio, não indicará superioridade absoluta de um sobre o outro na generalidade dos casos, nem a exclusão de um deles no sistema. O que ocorre é a sobreposição momentânea do conteúdo de um desses comandos no caso concreto.⁴

3 MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 80.

4 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: Definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 24.

Nada obstante, contrapõe-se a essa teoria o pensamento econômico de que não se pode dar margens a intervenções interpretativas que desvirtuem a previsibilidade do Ordenamento Jurídico.

A coesão da aplicação do Ordenamento Jurídico é uma prática que beneficia a todos, posto que se conviverá num ambiente margeado por certeza e previsibilidade. Uma larga margem de interpretação irá deslindar num sistema judicial da sorte, onde a interpretação do direito dependerá da cabeça de cada magistrado.

É preclara a premissa hermenêutica de que o interesse público deve sobrepor-se aos anseios particulares. Com isso não se quer sacrificar os interesses individuais para acastelar o comunitário. Mas, busca-se não dificultar o desenvolvimento de uma sociedade, para que ao fim e ao cabo, resulte a melhoria de vida de cada um de seus cidadãos. É a interpretação teleológica.

O ideal é que se tome como parâmetro a aplicação da norma positivada pelo legislador. Igualmente, que toda a interpretação judicial não negue a essência da norma objeto. Logo, a exceção a essa regra somente se admitiria em casos extremos.

Consiste, assim, a função da hermenêutica, numa melhor apreciação do Direito, no afã de coalizar os interesses em jogo e sistematizar a aplicação das normas de acordo com os melhores resultados que se possam alcançar.

6 JUSTIÇA SOCIAL

Em face da crise da pós-modernidade, ora vivida, tem havido um constante embate entre os fins da Economia e os do Direito. A razão da contenda é a possibilidade ou não da interpretação judicial modificadora das leis e contratos. O resultado dessa disputa ideológica é fundamental para o perfeito funcionamento do mercado. É preciso conhecer todas as teorias ainda que não se concorde integralmente com elas.

Há uma corrente que entrevê no Judiciário, um poder responsável por aplicar a justiça social, ainda que caso a caso. Essa linha de pensamento conta com grande adesão dos magistrados.

Nessa perspectiva, a lei deve ser entendida como um mecanismo para se alcançar a redução das desigualdades sociais e não apenas para imprimir comportamentos baseados na racionalidade econômica.

Argumenta-se que o emprego de uma visão mais humana sobre o Direito respaldar-se-ia na própria Constituição Federal Brasileira.

Dessa forma, aduz-se que o Brasil está constituído em um Estado Democrático de Direito, e adotou dentre os seus fundamentos, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1, inc. I e II) Igualmente, determinou como objetivos, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (CF, art. 3, I e III). (Brasil, 1988, p. 07).

Daí infere-se que deve haver uma concordância prática entre os princípios fundamentais da Constituição e os princípios da ordem econômica. Essa ponderação de valores induz que a aplicação das leis não tem compromisso só com o mercado, mas com todos os princípios da Constituição Federal.

Daí, no caso concreto, haveria uma preponderância maior de um determinante constitucional, qual seja a redistribuição de renda. Ora, num país com a maior concentração de renda, bem como com uma grande porcentagem da população vivendo abaixo da linha de pobreza, proteger essas pessoas mais fracas, ainda que aumentando os custos sociais, estaria causando um efeito solidário.

Desse modo, não se poderia argumentar a existência de leis específicas para não aplicar a Constituição, porquanto a Carta Maior é hierarquicamente superior às leis. Conseqüentemente, a efetivação daquela deve ser sublimada quando suas disposições estejam em conflito com estas.

O juiz quando aplica uma interpretação constitucional estaria seguindo a norma, só que a constitucional. Essa atitude se faz necessária quando a lei ordinária não consagra os valores da Epístola Máxima.

Então, alega-se que o problema situa-se no trabalho do Legislativo, pois não positivou as leis de acordo com a CF. Por isso os juízes não precisam continuar no mesmo erro, afinal o juiz é um ser pensante e não uma máquina reprodutora de leis injustas. O que não se admite é que,

por descaso de um poder, as injustiças imperem e a CF continue a ser desacatada, por inércia dos demais poderes.

Funcionaria o Judiciário como reduto de legitimidade do Direito quando o Legislativo não positivar conforme a CF. Essa postura deve ser sublimada, máxime em face dos abusos na postura de alguns parlamentares.

Logo, não haveria que se falar em surpresa dos jurisdicionados com os julgamentos com cunho social, posto que quando uma empresa entra em um país, ela tem que saber qual a ideologia constitucional daquele Estado.

Outrossim, na defesa da ingerência judicial, traz-se a idéia de combate a uma ideologia dos grupos dominantes. A economia visa a eficiência e a aplicação ortodoxa da lei pelo juiz. Mas essa idéia vem da Revolução Francesa, em que predominava o culto ao patrimônio. É preciso se adaptar aos atuais paradigmas de direitos humanos, justiça distributiva, valores éticos, morais e sociais, que ventilam a contemporaneidade. Citamos trecho de uma sentença judicial em que o magistrado determinou a modificação das cláusulas contratuais:

Modernamente, o contrato não é mais visto como algo estático e individual, mas como algo dinâmico e social, necessário para o comércio jurídico e satisfação de interesses legítimos. Com essa nova perspectiva relativiza-se o princípio *pacta sunt servanda* e abre-se espaço para a justiça contratual, a tutela da confiança e a boa fé. O contrato, então, deve ser o instrumento de necessidades individuais e coletivas, não para a supremacia de um contratante sobre o outro ou para que esse enriqueça às custas daquele.⁵

Destarte, o sistema de neutralidade e de não implementação da justiça social, poderia funcionar bem em países com pessoas com mesmo nível econômico/social/cultural. No Brasil mais da metade da população está abaixo da linha de pobreza, então como se pode querer que o Judiciário feche os olhos a essa realidade e aplique a letra fria da lei, como se estivesse todos em pé de igualdade?

Fala-se, ainda, que há uma tendência mundial do Judiciário de adotar sua visão política nos julgamentos. Contudo, isso é muito

5 TJCE. Ação Ordinária de Obrigação de Fazer com Pedido de Antecipação de Tutela. n. 2005.0001.6849-3. 3ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza-CE. Fortaleza-CE. 13.02.2007. p.3.

decorrente da existência de conceitos abertos na legislação. Acontece que nesse caso o juiz não está atuando em desconformidade com a lei, já que é a própria norma que permite a sua complementação.⁶

Citando o escólio da professora Rachel Sztajn,⁷ há dois sintomas na atividade judicante atual: a 'judicialização do conflito político' e a 'politização das decisões judiciais'. O primeiro, decorre da falta de maioria no legislativo o que não possibilita que estes cheguem a um consenso sobre matérias específicas da lei e, portanto só aprovem textos genéricos, deixando ao magistrado a responsabilidade de construir a norma em cada caso concreto. Já a politização das decisões judiciais decorre, em parte, do sentimento do juiz de proteger a parte mais fraca, tal como pequenos devedores e trabalhadores, ou ainda de suas convicções pessoais. A politização é um fenômeno mais freqüente nas operações de crédito, consumidor, meio ambiente, trabalhista e previdenciária, que em relações entre empresas.

Para esses teóricos, não basta aplicar a lei para realizar a tarefa judicante com perfeição. O Direito não é só o respeito à letra fria da lei, mas também justiça e legitimidade. A fria aplicação da lei pode produzir iniquidades.,v.g., o holocausto que ocorreu com respaldo em mandamentos legais. Logo, não se pode execrar um ser humano para que se salve ortodoxia do sistema.

A importância de se apresentarem os pensamentos dissonantes é para que se possa compará-los e reconhecer os seus pontos fracos. Ademais, é preciso temperar os conceitos tidos como ideais, com os limites de racionalidade das outras teorias. A melhor alternativa será uma conciliação desses valores, mas sempre com vistas a adequar-se com a realidade, para que o Direito possa conferir eficiência e justiça coletiva.

6.1 POSTURA PRÁTICA DO JUDICIÁRIO NA APLICAÇÃO DAS NORMAS

A relação entre o esquema teórico de como o Judiciário deveria funcionar e como ele realmente atua, é fundamental para compreender o desempenho econômico de um país.

6 COSTA, Ana Edite Olinda Norões. **Poder Judiciário e Democracia Constitucional**: Limites e Atividade Jurisdicional sobre Comissões Parlamentares de Inquérito. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. p. 58.

7 ZYLBERSZATJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 264-265.

O estudo da sociedade contemporânea tem orientado para uma postura mais previsível do Judiciário, no sentido de zelar pelo conteúdo das normas e dos contratos. Essa atuação conferiria uma maior eficiência coletiva e, portanto, seria mais vantajoso que a ilusória justiça social realizada em casos particulares, a partir do desacato dos pacots e do afastamento do conteúdo das leis.

Debalde, entretanto, tem sido essas conjecturas, haja vista a recalitrância do Judiciário em se pautar de forma interventiva na legislação e, com isso, subtrair a previsibilidade e a segurança jurídica do aparelho legal.

Nesse diapasão, importante citar a pesquisa realizada pela professora Rachel Sztajn e Decio Zylbersztajn, acerca da concepção dos magistrados sobre o bom emprego do Direito.

Consoante a aludida análise, 73,7% dos juízes entendem que o magistrado não pode ser um aplicador das leis, antes tem de ser sensível aos problemas sociais. Ainda responderam que 73,1% que preferiam despreitar os contratos, desde que consigam alcançar a justiça social com isso, pois acreditam que a sociedade deseja isso deles. Todavia, a pesquisa diz que a sociedade, de forma geral, não deseja essa posição, preferindo um respeito aos contratos.⁸

Pode-se extrair desses dados que os juízes estão dispostos a se afastar da imparcialidade e da previsibilidade, para concretizar a sua idéia de justiça social. Para os magistrados, o Judiciário deve ter um papel proativo na redução de desigualdades sociais. Logo, não aceita ser um mero aplicador do direito produzido pelo Legislativo. Contudo, essa ingerência do Judiciário, que acredita estar legitimado pela opinião pública, não corresponde aos anseios da sociedade.

7 INSTITUIÇÕES E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Para se propiciar um ambiente idôneo para o crescimento da economia é mister a existência de um mercado eficiente. Esse campo ideal é caracterizado, primordialmente, pelo respeito às instituições. Nesse diapasão, interessa ao estudo da Economia e Direito, a análise da lei, dos contratos e do Judiciário.

⁸ ZYLBERSZTJN, op. cit., p. 248-267

7.1 LEI

A lei é um pacto entre o homem e a sociedade em que está inserido, com o escopo de estabelecer incentivos para que o comportamento individual se adéque a consciência social.

O papel das leis na economia é de servir como instituições que reduzem os riscos de transação. Tal desiderato será possível pela antecipação das regras que irão ditar as relações entre as partes. Por conseguinte, há uma relação direta entre o conhecimento prévio dos dispositivos jurídicos de uma sociedade e a segurança das relações negociais.

7.2 CONTRATOS

Outro ponto igualmente relevante para a germinação de um mercado eficiente é a certeza do cumprimento dos contratos avençados.

As pessoas se sentem mais estimuladas em investir o seu patrimônio quando há acordos jurídicos que garantam o cumprimento das obrigações e a segurança de seu capital. Esses pactos são a forma de dar previsibilidade e diminuir os riscos das negociações.

Entende-se que se a ordem jurídica for eficiente, as partes terão desestímulo para descumprir os contratos, já que será inútil e caro o seu desacato. Caso contrário, as partes assumirão uma reincidência no descumprimento, por ser mais vantajoso.

Durante o andamento do contrato poderão surgir situações não previstas em seus escaninhos que exigirão uma complementação, ou mesmo seu questionamento.

A regra geral deve ser que os contratos precisam ser cumpridos, partindo da premissa que foram firmados de acordo com a lei. O seu descumprimento, então, deve ser visto como uma exceção e possibilitado apenas quando houver desconformidade com as normas.

7.3 JUDICIÁRIO

O Judiciário, na perspectiva de um mercado eficiente, tem a obrigação de incentivar a idéia de certeza das negociações e diminuir os

fatores de risco. Esta postura induziria a proliferação das pactuações e o progresso da circulação de riquezas

O ambiente ideal é aquele em que o Judiciário agiria de forma rápida, imparcial, previsível e com respeito aos contratos e à lei.

Logo, para a Economia, um bom Judiciário não é só aquele que pratica a decisão justa ao caso particular, mas aquele que se firma como instituição onde toda a sociedade pode confiar.

No atual contexto, o papel do legislador e dos juízes na distribuição da tarefa normativa tem se modificado. Há uma exigência de redução da discricionariedade judicial e um cumprimento da produção legislativa, na intenção de propiciar o desenvolvimento dos mercados. Contudo, na realidade brasileira, o Judiciário tem se imiscuído na função legiferante com freqüência.

O Judiciário tem assumido uma desconfiança na positivação levada a cabo pelos parlamentares. Logo, quando os magistrados supõem que uma lei está em desconformidade com a CF, não titubeiam em ignorar a atividade do Legislativo e gerar um comando para o caso particular.

Com muita propriedade asseverou Habermans:⁹

[...] entender a si mesma como protetora de um processo legislativo democrático, isto é, como protetora de um processo de criação democrática do direito, e não como guardiã de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. A função da Corte é velar para que se respeitem os procedimentos democráticos para uma formação de opinião e da vontade políticas de tipo inclusivo, ou seja, em que todos possam intervir, sem assumir ela mesma o papel de legislador político.

O sistema de freios e contrapesos deve existir, mas não de forma a caracterizar uma burla à tripartição de poderes. Quando o Judiciário se posicionou na condição de protetor da CF e passa a descumprir o que o Legislativo produz, gera uma crise democrática, pois há um Poder não representativo, impondo-se como superior à manifestação da soberania popular.

9 SADDI, Jairo. **Crédito e Judiciário no Brasil**: uma análise de Direito & Economia. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 259

Há uma presunção de legitimidade em favor da produção legislativa, o que deveria representar uma barreira para o seu desacato pelos magistrados. Mas, na prática, o Judiciário não tem nenhum pudor em afastar seguidamente as normas legais para aplicar a sua vontade pessoal.

É patente que nossa realidade legislativa, é marcada por lobbies e por interesses escusos, o que pode gerar manifestações de vontades viciadas Pelo Legislativo. Contudo, não se pode alegar isso para não seguir as suas leis. Afinal, quem garante que o Judiciário é íntegro e livre de influências, a ponto de se entregar unicamente a esse órgão a função moralizadora?

Se não se confia na boa-fé do Legislativo a atitude devida é a cassação do mandato ou se providencie a punição penal dos representantes. Se se está descontente com a constitucionalidade da lei, deveria ser encaminhado para o Legislativo editar nova lei. O que é inadmissível é um Poder querer fazer o papel de dois, ou seja, aplicar as leis e também criá-las.

Uma alternativa democrática para se adequar a legislação à CF seria compor uma Corte Constitucional eclética, formada por magistrados, líderes do legislativo, representante do Executivo e alguns particulares. Esse órgão apreciaria apenas aqueles abusos de inconstitucionalidade mais relevantes para a coletividade. Essa atitude geraria uma maior legitimidade e previsibilidade ao Ordenamento.

Mas, na atualidade predomina o inverso, uma vez que são justamente os Tribunais Superiores que são os mais previsíveis. Já a primeira instância, que conta com juízes monocráticos e mais jovens na carreira, e portanto teria menos autoridade de modificar um preceito legislativo, é a que mais altera o Ordenamento jurídico e o condena a imprevisibilidade.

É preciso ter em mente que o Judiciário é uma criação humana e, portanto, não deve querer se arvorar no papel de oráculo de justiça divina.

Logo, exige-se que o Judiciário respeite e faça cumprir as normas e os contratos. Não é devida a excessiva ingerência hermenêutica do juiz na aplicação da norma. As regras e os pactos só devem ser desobedecidos, em hipóteses excepcionais, haja vista as influências danosas para a

ortodoxia do sistema jurídico. Com a coalizão dessas três instituições vicejará ambiente fértil para o adequado desenvolvimento econômico.

7.3.1 SISTEMAS JURÍDICOS

Existem dois sistemas jurídicos no ocidente que orientam a emanção e concretização das normas, qual seja, o “*common law*” e o “*civil law*”.

O sistema de direito codificado visa reduzir o poder discricionário dos juízes em editar normas. Portanto, os magistrados decidem de acordo com as regras editadas pelo Legislativo. Já o *common Law*, franqueia uma maior liberdade ao Judiciário para criar normas no caso concreto.

A razão de os países de direito consuetudinário terem aceito a liberdade normativa dos juízes se deve ao fato de que seus magistrados não ameaçaram o desenvolvimento de uma economia de mercado. Por conseguinte, os juízes partem de um pressuposto na decisão das celeumas, qual seja, o respeito à propriedade privada.

Note que a formação dos juízes no *civil Law*, via de regra, não tem uma fase prática, mas eminentemente dogmática, o que os tornava distantes do mercado e, portanto, insensíveis ao trato com a economia.

O regime codificado por um lado gera sistematicidade e segurança, mas por outro quadrante gera um entrave ao Ordenamento jurídico, porque cada mudança demanda um processo legislativo, o que dificulta o acompanhamento das modernidades. Por esse motivo há uma tendência do Judiciário de querer modificar o sentido da norma e dar-lhe outro significado.

Contudo, não se pode concluir que o sistema *common law* dê mais condições ao desenvolvimento econômico que o *civil law*, posto que, um sistema não pode ser analisado separadamente da realidade fática que lhe subjaz.

A crítica que se faz ao sistema brasileiro é que ele adotou o direito codificado, mas não segue fielmente a lei. Ao reverso, há uma ampla liberdade interpretativa do juiz. Então, se era para adotar o sistema de precedentes, que se oficializasse entre nós o *common law*. Daí se teria a certeza do sistema seguido.

8 RISCO JUDICIAL

Na atual conjuntura econômica, o mercado precisa de um sistema jurídico previsível para engendrar suas atividades. Trata-se do conhecimento das regras jurídicas, para poder se conduzir de acordo com o Direito e entabular contratos. Partindo dessas informações as empresas passam a projetar as suas atividades para o futuro.

Ora, em um modelo neoliberal, caracterizado por uma economia de mercado, é necessário que se dê a liberdade para os particulares negociarem. O Judiciário deverá funcionar simplesmente como garantidor do cumprimento das normas.

Portanto, a lógica da economia, parte do pressuposto que o Direito cumprirá com uma função de fornecer as condições negociais. Nesse sentido, propiciará um clima de segurança jurídica dos institutos e estimulará os investimentos.

Somente com um campo transparente e lógico, é que as empresas conseguirão otimizar a alocação da propriedade, posto que conhecerão os custos de produção e os riscos de cada operação.

Partindo desse pressuposto, o mercado conceberia uma atividade competitiva devidamente regularizada. Haveria o emprego das teorias economias e de suas estratégias negociais. Assim, esse seria o ambiente ideal para se estimular uma aceleração do crescimento.

A empresa, como um feixe de contratos, exercerá a sua função social ao gerar lucros dentro das regras do jogo. Se o Estado cria essas regras, não pode posteriormente descumpri-las.

Nada obstante, o Judiciário ainda não se afinou com os preceitos da Economia, para definir o seu funcionamento. É como se esse Poder não considerasse a realidade em sua volta para pautar sua atuação. Nesses termos, o Judiciário tem desprezado a demanda do mercado por previsibilidade ao Ordenamento Jurídico. Essa objetividade será alcançada quando o Judiciário passar a aplicar o teor preciso da norma. Para isso será imperioso diminuir a carga de subjetividade com que decide.

O problema do Judiciário é que seus órgão emanam decisões diversas para casos semelhantes, sem se preocupar com a coerência e

previsibilidade do sistema. Nesse ponto, a regulamentação da súmula vinculante trará uniformidade e certeza ao pensamento judicial.

O Judiciário ao desprezar a objetividade de uma regra e aplicar a sua visão de equidade, visa aplicar justiça social ao caso concreto. Entretanto, as decisões judiciais que contrariam a atual sistemática causam um impacto inverso na vida das pessoas. Destarte, a falta de confiança no Judiciário atrapalha o desenvolvimento e contribui para a estagnação, uma vez que os planejamentos teóricos não irão se concretizar em virtude da desobediência das premissas legais em que estavam apoiados.

Com isso, haverá uma tendência da Economia de não aplicar suas regras de eficiência em virtude das interferências negativas do Judiciário. Isto porque uma vez não cumpridos os contratos, a economia passa a adotar mecanismos próprios para se defender das incertezas.

Nesse sentido citamos reportagem de revista de grande circulação nacional, que critica a atuação discricionária de alguns magistrados em decidir em desacordo com a previsão legal:

A imprevisibilidade, como se sabe, é o maior veneno do capitalismo. É também a representação da supremacia do individualismo sobre as instituições. Os juízes entendem que estão promovendo justiça social com esse tipo de decisão. Essa suposta justiça social se transforma em mais custos para as empresas e, em consequência, num número menor de empregos protegidos pela legislação.¹⁰

É falaciosa a idéia de se alcançar justiça social através da aplicação da visão humana do juiz, em detrimento do emprego da lei. Deste modo, o desprezo da lei nas decisões, causará um sentimento generalizado de falta de exigibilidade nos acordos. Essa imprevisibilidade ocasionará o aumento dos custos para fazer frente aos prejuízos.

Senão, vejamos, se se decide por proibir uma empresa de reajustar os valores de tarifa conforme previsto no contrato de concessão, em detrimento de permitir à população valores mais baixos de tarifa, verifica-se que a empresa vai deixar de investir e que desestimulará outras empresas a também investirem no Brasil, já que este país não cumpre seus contratos. Isso gera desemprego e pouco crescimento do país, enquanto beneficiaria apenas em alguns centavos a população.

10 EXAME. São Paulo, ed. 900, n. 16, p. 111-112, ago. 2007. Quinzenal.

Nessa lide, se discute um contrato firmado com obediência à lei, mas que gera uma situação mais onerosa para uma das partes, em virtude de seu menor poder aquisitivo. *In casu*, o magistrado quis julgar em favor do particular mais carente, para fazer justiça social e decidiu desobrigá-lo de cumprir um acordo legítimo.

A repetição desse comportamento, que rendeu um limitado capital para a parte mais fraca, irá conduzir a uma crença de que os contratos nem sempre serão respeitados. É cediço que o mercado não engole esses prejuízos. Quando a classe empresária precisa de arcar com custos não previstos, esta irá repassar os prejuízos para os outros consumidores, como se cobrassem o preço do Judiciário.

O cerne da questão é que quando fica patente que o Judiciário está assumindo um posicionamento protetivo em prol de uma parte que julga menos favorecida, é a coletividade que será taxada mais severamente pelo mercado.

Assim, será com o respeito às normas e à propriedade, ante as ingerências interpretativas feitas pelo Judiciário, que se conseguirá proteger os mais necessitados, no sentido de tornar mais fácil o acesso ao crédito.

Saliente-se que a discricionariedade judicial pode chegar até mesmo a inviabilizar a atividade econômica. Dessa forma, com o aumento dos preços decorrentes do custo do Judiciário, a população não conseguirá continuar com o mesmo consumo. Com isso, haverá a diminuição da circulação de riquezas e o afastamento dos investidores. Conseqüentemente, haverá a condução do país ao empobrecimento.

Destarte, é necessário que se tenha uma visão maximizada do fenômeno da justiça. Assim, a justiça imediata deve ceder lugar a uma justiça sustentável. Nesses termos, a transferência da dívida de um particular para os demais cidadãos, não pode ser considerada como justiça ideal. Logo, deve-se buscar o bem-estar para o maior número de pessoas, em detrimento de uma justiça do caso particular, egoísta, que não conduz ao bem-estar coletivo.

Justiça social não se faz através do sacrifício da sociedade e sim através de políticas públicas. O Estado não pode sufocar a sociedade para fazer frente aos custos sociais, sob pena de sufocar os indivíduos financiadores dos impostos que custeiam esse Estado.

9 CONCLUSÃO

No contexto neoliberal, o crescimento da economia está diretamente vinculado com a existência de um sistema jurídico previsível. Logo, a função do Judiciário deve ser, primordialmente, a de um assegurador da exigibilidade dos contratos e do fiel cumprimento das leis.

A postura intervencionista que grande parte dos magistrados tem adotado na interpretação das leis e revisão dos negócios jurídicos deve ser revista. *A priori*, a sociedade não quer do Judiciário a função de implementador da justiça social. Igualmente, não é crível que um Poder que não tem legitimidade representativa despreze a soberania popular expressa através dos comandos do Legislativo.

Assim, a aplicação de uma postura humanitária na solução dos conflitos, em detrimento do seguimento objetivo das normas, tem se mostrado pouco eficiente. Destarte, a justiça do caso concreto gera insegurança no mercado, redundando em aumento de preços e estagnação econômica. Essas conseqüências, numa visão macroeconômica, trazem um grau maior de prejuízo à coletividade, do que o benefício propiciado ao particular.

O *buzilis* da questão é chegar a um ponto de equilíbrio entre a defesa da solidariedade de um lado, e de outro, a segurança jurídica e a busca da eficiência.

Não seria possível radicalizar e querer um sistema puro, onde a letra da lei não se tempere pela hermenêutica constitucional. Porém é certo que o bem estar coletivo não será alcançado com a total liberdade judicial. Essa discricionariedade deve ser reduzida a casos excepcionais e sujeita a controle.

É mister se ter a consciência de que o Judiciário deve funcionar como mais uma peça da engrenagem social e não de costas para a realidade. Essa atitude será efetivada quando se reconhecer que um mercado eficiente deseja um Judiciário previsível no julgamento dos contratos e na aplicação das leis. Essa é a maneira mais efetiva de conceber dignidade humana a todos da coletividade.

10 REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: Definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 2003.
- BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. DF. Senado. 1988. Vade mecum. Obra coletiva da autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos, Windt, Lúvia Céspedes. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- COSTA, Ana Edite Olinda Norões. **Poder Judiciário e Democracia Constitucional**: Limites e Atividade Jurisdicional sobre Comissões Parlamentares de Inquérito. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.
- EXAME. São Paulo. Ed. 900, n16. Agosto, 2007. Quinzenal.
- GOMES, Orlando. **Transformações Gerais dos direitos das Obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.
- MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- SADDI, Jairo. **Crédito e Judiciário no Brasil**: uma análise de Direito & Economia. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- TJCE. Ação Ordinária de Obrigação de Fazer com Pedido de Antecipação de Tutela. n. 2005.0001.6849-3. 3ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza-CE. Fortaleza-CE. 13.02.2007.
- ZYLBERSZATJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PRESCRIÇÃO DAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO.

*Luiz Gonzaga Pereira Neto
Advogado da União
Pós-Graduando em Direito Público pela UnB*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Prescrição da Ação de Improbidade; 3 Prescrição da Ação de Ressarcimento; 4 Conclusão; 5 Referências.

RESUMO: O presente artigo versa sobre as normas legais atinentes à prescrição das Ações de Improbidade Administrativa e de Ressarcimento ao Erário, com enfoque na divergência jurisprudencial acerca do assunto.

Procurou-se esclarecer as regras aplicáveis à prescrição da Ação de Ressarcimento e da Ação de Improbidade Administrativa, especialmente ante as previsões do art. 37, §5º, da Constituição Federal de 1988 e dos arts. 23, da Lei nº 8.429/92 e 142, da Lei nº 8.112/90.

Foi destacada a natureza do instituto da prescrição, em especial o fato de que o mesmo atinge apenas a pretensão e não o direito material discutido em juízo, nos termos do art. 189, do Código Civil.

Ressaltou-se que a Lei de Improbidade Administrativa procurou estabelecer prazos prescricionais distintos dividiu para os atos de improbidade administrativa, consoante o tipo de vínculo do agente perante a Administração Pública.

Em face disso, o Autor esclareceu as regras aplicáveis em cada hipótese, de acordo com o tratamento dispensado pela Lei de Improbidade, ou seja, conforme o agente ocupe cargo ou emprego público, ou seja detentor de mandato eletivo.

No que tange à prescrição da Ação de Ressarcimento, observou-se que a natureza autônoma da mesma, aliada à previsão expressa do art. 37, §5º, da CF de 1988 autorizam concluir pela sua imprescritibilidade, embora haja posicionamentos divergentes, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que aplicam à hipótese a legislação civil.

Por fim, foi realizada ressalva quanto à impropriedade decorrente de tais posicionamentos, que dificultam a recuperação das verbas desviadas pelos agentes públicos ímprobos, em arrepio aos Princípios da Legalidade, Moralidade e Probidade, conforme o posicionamento do Autor.

PALAVRAS-CHAVE: Prescrição. Ações. Improbidade. Administrativa. Ressarcimento. Imprescritibilidade.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), tornou-se viável a punição dos agentes públicos ímprobos, na seara cível, pelos atos descritos nos arts. 9º, 10º e 11 daquele diploma.

Ocorre que, a necessidade de conferir-se segurança às relações jurídicas solidificadas no decorrer do tempo, ainda que possivelmente ilegais, exigia o estabelecimento de marco prescricional para o exercício do poder punitivo estatal (no particular, referimo-nos aos atos de improbidade).

Atenta a tal necessidade, a Lei nº 8.429/92 estabeleceu determinados prazos prescricionais aplicáveis às Ações de Improbidade, mas quedou-se inerte quanto às ações de Ressarcimento, as quais, sendo dotadas de natureza autônoma, podem ser ajuizadas independentemente daquelas.

Certamente, a omissão do legislador ordinário foi influenciada pela previsão expressa do art. 37, §5º, da Constituição Federal de 1988, que permite interpretação no sentido de que as Ações de Ressarcimento ao Erário são imprescritíveis.

Ora, se as Ações de Ressarcimento ao erário são imprescritíveis, não haveria razão para a Lei nº 8.429/92, estabelecer expressamente qualquer regra a respeito (a norma constitucional é de eficácia plena) até mesmo porque, como dito, sequer se exige que o pedido de ressarcimento seja realizado no bojo da Ação de Improbidade, facultando-se seja formulado em ação autônoma (Ação de Ressarcimento).

Apesar dessas constatações preambulares, a jurisprudência e a doutrina pátria não têm se entendido acerca do prazo prescricional que deve ser aplicado às Ações de Ressarcimento ao Erário, na verdade, nem sequer se as mesmas são, de fato, imprescritíveis.

O presente artigo tem por escopo, outrossim, discutir a prescrição das Ações de Improbidade e da Ressarcimento ao Erário, visando a um maior amadurecimento do tema, propiciando, quem sabe, que sejam resguardos dos direitos das pessoas jurídicas sujeito passivo de ato de improbidade, ou seja, na verdade, de toda a sociedade.

2 PRESCRIÇÃO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE

A prescrição, segundo Maria Helena Diniz:

tem por objeto as pretensões (CC, art. 189); por ser uma exceção oposta ao exercício da ação, tem por escopo extingui-la, tendo por fundamento um interesse jurídico-social. Esse instituto foi criado como medida de ordem pública para proporcionar segurança às relações jurídicas, que seriam comprometidas diante da instabilidade oriunda diante do fato de se possibilitar o exercício da ação por prazo indeterminado¹

Observe-se que o instituto da prescrição, ao contrário do que ocorre com o da decadência, não atinge o próprio direito subjetivo em conflito (pretensão), mas apenas o direito de ação.²

A Lei de Improbidade Administrativa, em atenção ao Princípio da Segurança Jurídica, e tendo em vista a consolidação fática de determinadas situações, quando decorrido lapso temporal razoável, sendo as circunstâncias do desfazimento ou anulação mais traumáticas do que a própria manutenção do ato, estabeleceu rígido prazo prescricional cujo escoamento impede a responsabilização civil dos agentes cometedores de atos de improbidade.

Nesse sentido, citamos o art. 23 daquele diploma legal, que prevê: Lei 8.429/92. Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

Ao seu turno, a Lei nº 8.112/90, que institui o regime jurídico único dos servidores públicos civis da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, estabelece os seguintes prazos prescicionais:

1 DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 1. São Paulo: Saraiva. p. 357

2 Nesse diapasão, o artigo 189, do Código Civil.

Lei 8.112. Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão

II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;

III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.

Temos, assim, duas regras gerais em matéria de prescrição da ação de improbidade administrativa.

A primeira, aplicável aos portadores de mandato eletivo, cargo em comissão ou função de confiança, em que ficou estabelecido prazo prescricional de 5 (cinco) anos, considerando-se termo a *quo* do prazo prescricional a data de término do mandato, cargo ou função.

A segunda situação diz respeito aos empregados e servidores públicos, que ficam sujeitos aos mesmos prazos prescricionais estabelecidos na Lei nº 8.112/90, quais sejam: 5 (cinco) anos; 2 (dois) anos; ou 180 (cento e oitenta) dias, conforme se trate, respectivamente, de falta punível com demissão, suspensão ou advertência.

Resta inegável, outrossim, a aplicação do instituto da prescrição em matéria de improbidade administrativa, lamentando-se, todavia, que a Lei nº 8.429/92 tenha trazido lapso temporal tão exíguo –o maior, como visto, é de 5 (cinco) anos – muitas vezes insuficiente para apurar as irregularidades cometidas, principalmente em se tratando de exercício de mandato eletivo, onde a complexidade da apuração é manifesta.

Por sorte, há forte corrente doutrinária e jurisprudencial, à qual nos filiamos, que entende que as ações de ressarcimento ao erário são imprescritíveis, consoante esclareceremos no próximo capítulo deste artigo.

3 PRESCRIÇÃO DA AÇÃO DE RESSARCIMENTO

O pedido de ressarcimento ao erário pode ser formulado no bojo da Ação de Improbidade, ou em ação autônoma, denominada Ação de Ressarcimento ao Erário.

Entendemos que a Ação de Ressarcimento é imprescritível por força do contido no §5º, do art. 37, da CF de 1988, que prevê:

§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, *ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.* (Grifo nosso)

A Carta Magna vigente tratou de estabelecer a necessidade de estabelecimento de prazos prescricionais para os ilícitos perpetrados pelos agentes públicos e que causassem prejuízo ao erário – caso dos atos de improbidade administrativa - mas ressalvou expressamente “as respectivas ações de ressarcimento”.

Assim, ao nosso sentir e por força do comando constitucional, são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário em face de comprovado prejuízo decorrente de ato ilícito cometido por agentes públicos no exercício do cargo ou função.

Note-se que a Ação de Improbidade continua sujeita aos prazos prescricionais estabelecidos no art. 23, mas as Ações de Ressarcimento – e que, portanto, não podem englobar pedidos de aplicação das sanções descritas na Lei nº 8112/90, sendo de natureza autônoma – são imprescritíveis, por força do disposto no §5º, do Art. 37, da CF de 1988.

Corroborando o posicionamento supra, pede-se vênica para citar os seguintes precedentes, a saber:

PROCESSUALCIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. DANOS AOS COFRES PÚBLICOS. COMPROVAÇÃO. RESSARCIMENTO. IMPOSIÇÃO.

1. Estando envolvidos recursos públicos federais, destinados à saúde, repassados pela União a Estado-Membro, mas submetidos à fiscalização das entidades federais responsáveis, e tendo explicitado, a União, seu interesse na lide, passando a integrá-la como litisconsorte ativa, a competência para o processamento e o julgamento da ação civil pública, em que se busca o ressarcimento pelos danos causados aos cofres públicos, por malversação das verbas federais, é da Justiça Federal.

2. Em relação a fatos ditos injurídicos ocorridos entre o 1988 e 1990, não tem aplicabilidade a Lei nº 8.429/92, incidindo, contudo, as Leis nºs 3.164/57, 3.502/58 e 7.347/85, de conformidade com as regras da CF/88, já vigente à época, na parte em que independia de lei reguladora, arcabouço normativo do qual se extrai a legitimidade passiva ad causam dos filhos do ex-gestor público, acusados de se beneficiarem do enriquecimento ilícito através de ocultação patrimonial disfarçada.

3. O Ministério Público Federal detém legitimidade ativa para o ajuizamento de ação civil pública reparatória, nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso do cargo ou função, nos termos do art. 1º, da Lei nº 3.164/57, do art. 5º, da Lei nº 7.347/85 e do art. 129, da CF/88.

4. São imprescritíveis as ações de ressarcimento por prejuízos ao patrimônio público, nos termos do parágrafo 5º, do art. 37, da CF/88. [...] (TRF 5ª Região, AC nº 4311756, Rel. Des. Fed. Francisco Cavalcanti, DJ Data: 27/03/2008). (Grifo nosso.)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO (ART. 23, I, DA LEI 8.429/92). AÇÃO AUTÔNOMA DE RESSARCIMENTO DE DANO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE.

I - O exame da questão relativa à prescrição, nas ações de improbidade administrativa, deve ser de plano examinado, até porque, na hipótese de cumulação com a ação de ressarcimento, caso a prescrição venha a ser decretada, nos termos do art. 23, I e II, da Lei 8.429/92, a reparação ao erário deverá ser buscada por ação autônoma, que é imprescritível. (Precedentes deste Tribunal).

II - Agravo parcialmente provido, para que sejam os autos conclusos ao Juízo agravado.

(TRF1ª Região, AI nº 200701000449493, Rel. Des. Fed. Cândido Ribeiro, DJ Data: 27/06/2008). (grifo nosso).

A matéria, todavia, não é pacífica, inclusive porque o Superior Tribunal de Justiça vinha entendendo que, à mingua de regulamentação legal, aplica-se às ações de ressarcimento o prazo prescricional estabelecido na legislação civil, conforme se extrai do julgado abaixo:

ADMINISTRATIVO. *IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA*. DANO AO ERÁRIO. *MULTA CIVIL*. DANO MORAL. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO.

1. Afastada a *multa civil* com fundamento no princípio da proporcionalidade, não cabe se alegar violação do artigo 12, II, da LIA por deficiência de fundamentação, sem que a tese tenha sido anteriormente suscitada. Ocorrência do óbice das Súmulas 7 e 211/STJ.

2. “A norma constante do art. 23 da Lei nº 8.429 regulamentou especificamente a primeira parte do § 5º do art. 37 da Constituição Federal. À segunda parte, que diz respeito às ações de ressarcimento ao erário, por carecer de regulamentação, aplica-se a prescrição vintenária preceituada no Código *Civil* (art. 177 do CC de 1916)” – REsp 601.961/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 21.08.07.

3. Não há vedação legal ao entendimento de que cabem danos morais em ações que discutam *improbidade administrativa* seja pela frustração trazida pelo ato ímprobo na comunidade, seja pelo desprestígio efetivo causado à entidade pública que dificulte a ação estatal.

4. A aferição de tal dano deve ser feita no caso concreto com base em análise detida das provas dos autos que comprovem efetivo dano à coletividade, os quais ultrapassam a mera insatisfação com a atividade *administrativa*.

5. Superado o tema da prescrição, devem os autos retornar à origem para julgamento do mérito da apelação referente ao recorrido Selmi José Rodrigues e quanto à ocorrência e mensuração de eventual dano moral causado por ato de *improbidade administrativa*.

6. Recurso especial conhecido em parte e provido também em parte.

(STJ, RESP nº 960926 / MG, Rel. Min. Castro Meira, DJ Data: 18/03/2008)

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça, superado apenas muito recentemente, impedia que o povo brasileiro fosse ressarcido dos prejuízos ocasionados por agentes públicos ímprobos que além de não estarem mais sujeitos à punição por ato de improbidade – se já tiver escoado o exíguo prazo prescricional de apenas 5 (cinco) anos, no máximo – também não são obrigados a indenizarem o erário – após o escoamento do lapso

temporal previsto na legislação civil – ainda que o §5º, do art. 37, da CF de 1988, tenha sido bastante claro e preciso ao prever a imprescritibilidade das ações de ressarcimento em hipóteses tais.

O STJ fundamentava seu posicionamento sob a alegação de que o §5º, do art. 37, da CF de 1988 carecia de regulamentação por Lei Ordinária – tratando-se, pois, de norma constitucional de eficácia limitada – tese com a qual não concordamos, pois o conteúdo da norma constitucional não depende de complementação, sendo perfeitamente auto-aplicável, afinal não é necessária a existência de dispositivo legal para estabelecer o alcance da imprescritibilidade prevista no texto constitucional.

A situação seria ainda mais lamentável sob a ótica do Código de Civil de 2002, que trouxe drástica redução no prazo prescricional das ações de ressarcimento por enriquecimento sem causa e de reparação civil, *para apenas 3 (três) anos*.

Quanto a esse ponto, destaque-se não ser possível aplicar o prazo previsto na legislação civil, quando a parte interessada for pessoa jurídica de direito público interno, por força da disposição expressa do art. 1º, do Decreto nº 20.910/32, que instituiu a prescrição quinquenal, hipótese em que a ação de ressarcimento prescreveria em 05 (cinco) anos.

Quanto às demais pessoas jurídicas suscetíveis a ocupar a posição de sujeito passivo de ato de improbidade (por exemplo, sociedades de economia mista e empresas públicas, que explorem atividades econômicas), mas que não se enquadrem no conceito de Fazenda Pública, isto é, não detenham natureza jurídica de direito público, prevaleceria o prazo prescricional aludido na legislação civil.

Ocorre que, há poucos dias, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1069779/SP, em que foi Relator o Ministro Herman Benjamin, modificando o posicionamento anterior, decidiu que as ações de ressarcimento não estavam sujeitas a qualquer prazo prescricional.

O acórdão não foi publicado até a finalização deste livro (a notícia do julgamento pode ser conferida no site do STJ), mas é inegável que a decisão trouxe verdadeiro alento no combate aos atos lesivos ao erário, evitando o enriquecimento ilícito dos agentes públicos ímprobos.

4 CONCLUSÃO

Em face do exposto, concluímos que a prescrição das Ações de Improbidade Administrativa é regida pelo art. 23, da Lei nº 8.429/92,

aplicando-se, aos ocupantes de cargos ou empregos públicos o disposto no art. 142, da Lei nº 8.112/90, que estabelece o prazo das respectivas ações disciplinares

No que tange às Ações de Ressarcimento, entendemos pela sua imprescritibilidade, nos termos do §5º, do Art. 37, da CF de 1988, embora haja divergências jurisprudenciais a respeito do tema, recentemente diminuídas com a modificação de posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.069.779/SP.

5 REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo e outro. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v. 1. São Paulo: Saraiva.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2005.

PAZZAGLINI F, Marino, **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA NETO, Luiz Gonzaga. **Improbidade Administrativa. Os agentes políticos e sua responsabilização à luz da Lei nº 8.429/92**. Recife: Nossa Livraria, 2008.

_____. Os agentes políticos e sua responsabilização à luz da Lei nº 8.429/92. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1349, 12 mar. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9588>>. Acesso em: 16 mar. 2008.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 2003.

POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE ISENÇÕES HETERÔNOMAS DE ICMS E ISS NO CONTEXTO DA INTEGRAÇÃO REGIONAL (MERCOSUL)

Luiz Henrique Diniz Araujo

Procurador Federal

Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Católica Dom Bosco.

Pós-graduando em Direito Público pela Escola da Magistratura PE (ESMAPE)

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A Harmonização Fiscal no Contexto da Integração dos Países Membros do Mercado Comum do Sul (Mercosul); 3 Possibilidade de Concessão de Isenções Heterônomas de Icms e Iss no Contexto do Mercado Comum do Sul (Mercosul); 3.1 Opiniões Contrárias à nossa Tese; 3.2 Opiniões Favoráveis à nossa Tese; 4 Conclusão; 5 Referências.

RESUMO: O presente estudo pretende abordar a temática da harmonização fiscal internacional em confronto com o federalismo fiscal brasileiro. Dessa forma, pretende analisar, preliminarmente, a necessidade da harmonização fiscal para a integração regional. Na parte central do trabalho, analisar-se-á a possibilidade de a União Federal, em sede de tratados internacionais, dispor sobre tributos estaduais e municipais.

PALAVRAS-CHAVE: Harmonização Fiscal. Isenções Heterônomas. Tratados Internacionais.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a, inicialmente, conceituar a harmonização fiscal em sede internacional, passando pelos conceitos de coordenação, harmonização *stricto sensu* e uniformização. Destacar-se-á, outrossim, a imprescindibilidade da harmonização tributária no contexto da integração regional.

Após esta parte inicial, adentrar-se-á no verdadeiro escopo do trabalho, analisando-se o aparente entrave que representa o federalismo fiscal brasileiro para fins de integração regional.

Esse entrave aparente estaria caracterizado pelo entendimento, segundo alguns, de que a União Federal não poderia dispor, em sede de tratado internacional, sobre tributos estaduais e municipais, notadamente o ICMS e o ISS.

Demonstrar-se-á, todavia, como tese central, que esse entendimento não é o mais acertado, visto que a União Federal, quando firma tratado internacional, é apenas uma representante da República Federativa do Brasil, a qual é formada pelos Estados, Municípios e Distrito Federal (art. 1.º da Constituição Federal).

Dessa forma, em conclusão, defender-se-á a possibilidade de a União conceder isenções heterônomas em sede de integração regional.

2 A HARMONIZAÇÃO FISCAL NO CONTEXTO DA INTEGRAÇÃO DOS PAÍSES MEMBROS DO MERCADO COMUM DO SUL (MERCOSUL)

Considerando-se que o objetivo primordial do Mercosul é fazer circular a riqueza no bloco, a harmonização tributária se faz imprescindível para impulsionar a circulação de bens, serviços e fatores produtivos, inclusive com as adaptações nos ordenamentos nacionais, conforme o art. 1º do Tratado de Assunção.

Inicialmente, tendo-se o objetivo de se criar uma zona de livre comércio, as medidas de harmonização alcançariam apenas a alteração dos impostos relativos à importação e exportação de mercadorias para o comércio intrabloco. Todavia, em um segundo momento, avançou-se nos objetivos com a previsão de uma União Aduaneira, mediante o estabelecimento de uma Tarifa Externa

Comum –TEC, para regular a importação de produtos oriundos de outros países.

O desafio da harmonização tributária está em se buscar um razoável equilíbrio entre a soberania e a submissão. A harmonização pode ser definida como a adoção, em nível comunitário, de regras que tendem a assegurar o bom funcionamento do mercado comum e as normas que se devem conformar com as legislações nacionais. Nesse caso, estaríamos na presença de uma legislação em duas fases: uma comunitária, que se impõe aos Estados-membros, e outra, nacional, que cria direitos e impõe obrigações aos particulares, conforme previsto nas normas do direito comunitário.

Fala-se, assim, em três níveis de harmonização legislativa: (I) coordenação; (II) harmonização; e (III) uniformização.

Por (I) coordenação se designa a fixação de estratégias comuns entre os Estados integrantes, com a finalidade de se chegar a um certo equilíbrio entre suas disposições normativas internas. Nessa fase, é ainda muito frágil a semelhança normativa entre os ordenamentos jurídicos internos dos Estados.

A (II) harmonização, por seu turno, cuida de estabelecer princípios legislativos a serem obedecidos por cada país. Ela tem por objetivo suprimir ou amenizar as diferenças entre as disposições de direito interno. A harmonização já pressupõe certa proximidade legislativa entre os Estados, atingida no estágio anterior (coordenação).

Já a (III) uniformização, último estágio no processo de harmonização legislativa, é marcada pela igualdade entre as legislações internas, exigindo uma identidade entre as normas a que se submetem os Estados-partes.

Em sede de harmonização tributária, em sentido lato, a fase de uniformização pressupõe a igualdade das cargas tributárias sobre uma mesma matéria tributável, *i.e.*, igualar as legislações de um determinado tributo nos aspectos tanto estruturais quanto técnico-formais e referentes a alíquotas.

A fase de uniformização exige uma estrutura jurídica comunitária (órgãos supranacionais). Partindo-se dessa premissa, vê-se facilmente

que o MERCOSUL está longe de alcançar uma uniformização de suas legislações em matéria fiscal.

No estágio atual do Mercosul, qualquer expectativa de harmonização da legislação tributária se configura apenas como uma tentativa da aproximação dos ordenamentos jurídicos internos dos estados membros, ou seja, as fases de (I) coordenação e (II) harmonização, tais como descritas acima.

Existe, na verdade, um regime tributário diverso na maioria dos países que compõem o Mercosul, havendo maior coincidência apenas no IVA, presente nos ordenamentos argentino, paraguaio e uruguaio, sendo que o regime tributário se realiza nos limites dos Estados membros, com influência subsidiária de regra do direito comunitário.

Sobre este ponto, é importante trazer o que dispõe o art. 7º do Tratado de Assunção: “Em matéria de impostos, taxas e outros gravames internos, os produtos originários do território de um Estado parte gozarão, nos outros Estados partes, do mesmo tratamento que se aplique aos produtos nacional”.

Fundamental, nesse contexto, é a harmonização dos impostos indiretos sobre o consumo, cujo ônus econômico é transferido para o consumidor final por meio do mecanismo dos preços, visando a impedir distorções na livre concorrência entre produtos e serviços provenientes de todos os Estados Partes.

Como leciona Jamile¹, condição necessária para que o mercado comum funcione como se fosse um só país, sem que os tributos impliquem controles fronteiriços, a harmonização deve visar primordialmente aos tributos indiretos, pois necessitam de maior fiscalização, possuem maior valor arrecadatório e repercussão final sobre o consumidor.

Os impostos diretos, por sua vez, apenas necessitam ser harmonizados caso se pretenda caracterizar o espaço econômico considerado como mercado comum ou forma mais evoluída de integração, estágio que o Mercosul ainda não atingiu.

1 DIZ, Jamile Bergamaschine. Harmonização tributária no Mercosul: da utopia à realidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 37, n. 146, p. 199, abr./jun. 2000.

Feitas essas considerações, adentraremos na parte central deste trabalho, que é a questão do federalismo fiscal brasileiro face à harmonização fiscal dos impostos indiretos.

3 POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE ISENÇÕES HETERÔNOMAS DE ICMS E ISS NO CONTEXTO DO MERCADO COMUM DO SUL (MERCOSUL)

Devemos reconhecer que o federalismo fiscal brasileiro é um foco de controvérsias e dificuldades no que concerne à harmonização fiscal internacional. Como escreveu José Aparecido Alves Pinto², na harmonização fiscal em âmbito do Mercosul, a dificuldade natural, no que concerne ao Brasil, recrudesce ante o dissenso sobre a constitucionalidade de tratados internacionais firmados pela União e ratificados pelo Congresso Nacional, na parte em que dispõem sobre tributos estaduais ou municipais.

Nesta parte central do presente trabalho, caberá analisar a vedação instituída pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 151, III, quanto à concessão de isenções, por parte da União, de tributos estaduais e municipais, quando no contexto dos tratados internacionais.

Os entendimentos se partem em duas correntes. Uma defende a aplicação do art. 151, III, da CF, no contexto da celebração de tratados internacionais, com supedâneo no caráter concentracionário e centrípeto do federalismo brasileiro, bem como na autonomia dos entes internos. A outra, fundada na rigidez do federalismo brasileiro como garantia da descentralização do poder e do Estado democrático, a considera inaplicável ao caso em análise, entendendo que a União, ao celebrar tratados internacionais, apenas representa a República Federativa do Brasil e, em tal condição, poderia dispor sobre tributos estaduais e municipais.

3.1 OPINIÕES CONTRÁRIAS À NOSSA TESE

De opinião no sentido da aplicação da vedação do art. 151, III, da CF, ao contexto dos tratados internacionais, Nakayama e Pereira³

2 ALVES PINTO, José Aparecido. **Harmonização da legislação tributária no MERCOSUL**. Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_II_julho_2001/0507AparecidoHarmonia.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2008. p. 13.

3 NAKAYAMA, Juliana Kiyosen; VIEIRA, Luciano Pereira. **O federalismo fiscal brasileiro e a harmonização tributária do Mercosul**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2585>>. Acesso em 28 nov. 2007.

destacam que o Brasil adotou uma estrutura tripartite (IPI, ICMS e ISS) do imposto sobre o valor agregado (IVA), sendo cada um desses impostos de competência de entes políticos internos diferentes. Esses autores defendem que essa conformação constitucional inviabiliza qualquer ação da União, representante externa da República Federativa do Brasil e única capaz de celebrar tratados, no sentido de diminuir com maior profundidade a eficácia das assimetrias tributárias com os demais Estados-partes do Mercosul.

Avançam dizendo que a União não pode alterar alíquotas, base de cálculo, dispor sobre isenções do ICMS e do ISS, já que não estão sob sua competência tributária.

Terezinha Nunes⁴ também se filia a esse entendimento, asseverando que apenas uma reforma constitucional, instituindo o IVA em substituição ao IPI, ao ICMS e ao ISS, possibilitaria a negociação, pela República Federativa do Brasil, em sede de tratados internacionais, de normas dispendo sobre essas hipóteses de incidência.

Assim também pensa Franco⁵, escrevendo que:

somente a inclusão de um dispositivo no texto da Constituição, [...] permitiria à União, quando celebra um tratado internacional, instituir isenção de impostos de competências dos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios.

3.2 OPINIÕES FAVORÁVEIS À NOSSA TESE

Não entendemos acertados, no entanto, os entendimentos acima.

Com efeito, a União Federal, quando celebra tratados internacionais versando impostos da competência tributária outorgada aos entes políticos de direito interno, está agindo como representante da República Federativa do Brasil. Assim, a norma do art. 151, III, da CF, não é aplicável ao caso, uma vez que visa apenas a regular as relações

4 NUNES, Maria Terezinha. Harmonização tributária e consolidação do Mercosul. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 42 n. 166, p. 261-262, abr./jun. 2005.

5 FRANCO, Paulo Sérgio de Moura. **Tratados internacionais em matéria tributária e as isenções de tributos estaduais e municipais**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3982>>. Acesso em: 04 fev. 2008.

entre as pessoas políticas de direito interno, não sendo aplicáveis ao Estado Federal enquanto pessoa jurídica internacional.

Não se pode esquecer, ademais, que a concessão de isenções heterônomas no âmbito dos tratados internacionais atende ao art. 21, I, da Constituição Federal, dispondo que compete à União manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais. Assim, nesse caso, age a União não como ente da federação, mas como ente soberano confundido com a própria República Federativa do Brasil.

Como observa Gusmão⁶, o Estado federal é resultante da soma da União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, entes dotados de competência tributária específica e autonomia. No entanto, tais entes não são dotados de soberania, atributo que só a República Federativa do Brasil ostenta.

Dessa forma, pode-se dizer que ao vedar isenções heterônomas no plano interno das competências tributárias autônomas, a Constituição Federal não o fez em relação aos atos da União enquanto representante da República Federativa do Brasil, no plano externo, onde sobreleva a soberania do país.

Do mesmo entendimento é Carneiro⁷, que preleciona que a União, representante da República Federativa do Brasil, poderia, com base em tratado, conceder isenção de tributos estaduais e municipais.

Esse autor defende que a regra do art. 151, III, da Constituição Federal, não pode se sobrepor àquela do art. 21, I, já que essa última decorre diretamente do princípio federativo. Em reforço à tese, argumenta, outrossim, que no plano internacional o Chefe do Poder Executivo Federal pode firmar tratados, em nome da Federação (art. 84, VIII, CF) e, através destes, conceder isenção de tributos estaduais e municipais.

O Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, já se manifestou sobre a questão, inclusive objeto do verbete n.º 575 de sua súmula (editada sob a égide do art. 23, § 1.º, da EC n.º 1/69, com a redação da

6 GUSMÃO, Daniela Ribeiro de. **Isenção Tributária**. Disponível em <<http://www.neofito.com.br/artigos/art01/tribut19.htm>>. Acesso em 03 fev. 2008.

7 CARNEIRO, Sérgio Luís de Souza. **Possibilidade da concessão pela União de isenções de tributos estaduais e municipais, em decorrência de tratado internacional**. Disponível em: <<http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista4/artigo19.htm>>. Acesso em: 03 fev. 2008.

EC n.º 23/83), que diz que “à mercadoria importada de país signatário do GATT, ou membro da ALALC, estende-se a isenção do Imposto sobre a Circulação de Mercadoria concedida a similar nacional”.

É elucidativo, sobre o ponto, em aplicação ao referido verbete da súmula do STF, o voto proferido pelo Min. Aldir Passarinho, nos autos do RE n.º 114063, na parte em que destaca:

Ainda nos estados em que a legislação local instituiu o ICM para essa hipótese de incidência permitida pela Emenda Constitucional n.º 23/83, se também a legislação estadual concede isenção à saída de determinado produto, essa isenção se estende ao similar importado de país signatário do GATT, e isso porque aquela lei instituidora tem de ser interpretada, para não ofender o disposto no artigo 98 do CTN, como aplicável a todos os casos que não os ressalvados, *em virtude de extensão de isenção, pelos tratados internacionais*. (g.n.)

Também respalda a nossa tese a norma geral tributária insculpida no art. 98, do Código Tributário Nacional, que dita que “os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.

Consoante destaca Francisco Rezek⁸, esse dispositivo impõe que, na área tributária, se reconheça a superioridade do tratado em relação à lei, do que se deduz que o tratado pode isentar ou reduzir alíquota de ICMS e ISS, as quais são fixadas por leis estaduais, distritais ou municipais.

Aliomar Baleeiro⁹, por seu turno, destaca que “o 98 do CTN expressa a hierarquia do tratado sobre a legislação tributária antecedente ou superveniente”.

Hugo de Brito Machado¹⁰ reforça a tese, lecionando que os tratados internacionais não podem ser revogados por lei interna, salvo se complementar, destacando, inclusive, que assim decidiu o Supremo Tribunal Federal (RTJ 83/809).

8 REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público. Curso Elementar**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. P 100-101.

9 BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 10 ed. atualização Flávio Bauer Noveli. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 411.

10 MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 98-99.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho pretendeu, inicialmente, conceituar a harmonização fiscal em sede internacional, passando pelos conceitos de coordenação, harmonização *stricto sensu* e uniformização, visando a destacar a imprescindibilidade da harmonização tributária no contexto da integração regional.

Feitas as explicações preliminares, adentrou-se no verdadeiro escopo do trabalho, analisando-se o aparente entrave que representa o federalismo fiscal brasileiro para fins de integração regional.

Esse entrave aparente estaria caracterizado pelo entendimento, segundo alguns, de que a União Federal não poderia dispor, em sede de tratado internacional, sobre tributos estaduais e municipais, notadamente o ICMS e o ISS.

Procurou-se demonstrar, todavia, que esse entendimento não é o mais acertado, visto que a União Federal, quando firma tratado internacional, é apenas uma representante da República Federativa do Brasil, a qual é formada pelos Estados, Municípios e Distrito Federal (art. 1.º da Constituição Federal).

Dessa forma, explicitou-se que o art. 151, III, da CF, apenas se aplica as relações internas dos entes federativos, mas não quando a União, representando a República Federativa do Brasil, firma tratado internacional.

Por fim, demonstrou-se que o art. 98 do Código Tributário Nacional vem em reforço à tese, dispondo que o tratado, em matéria tributária, se sobrepõe à legislação interna.

5 REFERÊNCIAS

ALVES PINTO, José Aparecido. **Harmonização da legislação tributária no MERCOSUL**. Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_II_julho_2001/0507AparecidoHarmonia.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2008.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 10 ed. atualização Flávio Bauer Noveli. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

CARNEIRO, Sérgio Luís de Souza. **Possibilidade da concessão pela União de isenções de tributos estaduais e municipais, em decorrência de tratado internacional.** Disponível em: <<http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista4/artigo19.htm>>. Acesso em: 03 fev. 2008.

DIZ, Jamile Bergamaschine. Harmonização tributária no Mercosul: da utopia à realidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 37, n. 146 abr./jun. 2000.

FRANCO, Paulo Sérgio de Moura. **Tratados internacionais em matéria tributária e as insenções de tributos estaduais e municipais.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3982>>. Acesso em: 04 fev. 2008.

GUSMÃO, Daniela Ribeiro de. **Isenção Tributária.** Disponível em <<http://www.neofito.com.br/artigos/art01/tribut19.htm>>. Acesso em: 03 fev. 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário.** 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

NAKAYAMA, Juliana Kiyosen; VIEIRA, Luciano Pereira. **O federalismo fiscal brasileiro e a harmonização tributária do Mercosul.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2585>>. Acesso em: 28 nov. 2007.

NUNES, Maria Terezinha. Harmonização tributária e consolidação do Mercosul. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 42 n. 166 abr./jun. 2005.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público. Curso Elementar.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2.^a Turma. Recurso Extraordinário n.º 114063. Relator. Min. Aldir Passarinho. Brasília, 16.04.1991. DJ de 31.05.1991, p. 7239. Disponível a partir de <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 06 fev. 2008.

A EVOLUÇÃO DA EXECUÇÃO DE SENTENÇA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E O NOVO REGIME JURÍDICO DAS SENTENÇAS APÓS A REFORMA IMPLEMENTADA PELA LEI Nº 11.232/2005

*Mário Henrique Cavalcanti Gil Rodrigues
Advogado da União, Concluinte do*

*Curso Preparatório da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE).
Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie*

SUMÁRIO: 1 A Evolução da Execução de Sentença no Direito Processual Civil; 1.1 A execução de sentença no direito romano; 1.2 A execução de sentença no direito medieval; 1.3 A execução de sentença no direito moderno e no Código de Processo Civil Brasileiro de 1973; 1.3.1 Críticas ao sistema binário (separação entre os processos de conhecimento e de execução); 1.3.2 A Lei nº 11.232/2005 e a junção dos processos de conhecimento e de execução ; 2 O Novo Regime Jurídico das Sentenças; 2.1 Considerações preliminares; 2.2 Conceito de sentença; 2.3 A nova problemática referente ao recurso cabível das decisões com conteúdo dos artigos 267 ou 269; 3 Referências; 4 Bibliografia Recomendada.

RESUMO: No direito romano, a execução de sentença é estudada em conjunto com a análise das grandes fases pelas quais passou o direito processual civil em Roma, quais sejam, fase das ações da lei ou *legis actiones*, fase do processo formular ou *per formulas* e fase do processo extraordinário ou *extra ordinem* ou *cognitio extraordinaria*, quando ocorreu a publicização do processo. No direito medieval, a execução sofreu grande retrocesso em virtude da queda do Império Romano e da ascensão do direito germânico, que se estimulava a vingança pessoal do credor contra o devedor. No direito moderno, reconheceu-se a força executiva de determinados títulos negociais, a exemplo dos títulos de crédito. No Brasil, entrou em vigor o Código de Processo Civil de 1939. Posteriormente, foi publicado o Código de Processo Civil de 1973, que, originariamente, previa um total desmembramento entre processo de conhecimento e processo de execução, ainda por influência do direito romano. Este sistema binário passou a ser criticado com mais ênfase a partir do final do século anterior. Nos últimos tempos, importantes modificações foram introduzidas no Código de Processo Civil Brasileiro. Com a vigência da Lei nº 11.232/05, houve a junção dos processos de conhecimento e de execução, e a conseqüente instituição de um novo regime jurídico para as sentenças, as quais, de acordo com a legislação atual, deixaram de ser o ato tendente a pôr termo ao processo e passaram a ser o ato com conteúdo dos arts. 267 e 269 do CPC. Não obstante a nova redação legal, este entendimento não pode prosperar e as decisões judiciais só devem ser consideradas sentenças quando aptas a encerrar o procedimento em primeiro grau de jurisdição ou uma fase do processo de conhecimento.

PALAVRAS-CHAVE: Lei nº 11.232/05. Evolução da execução. Novo regime jurídico das sentenças.

1 A EVOLUÇÃO DA EXECUÇÃO DE SENTENÇA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

1.1 A execução de sentença no direito romano

Em Roma, a execução de sentença deve ser analisada concomitantemente com o seu direito processual civil. A propósito, o ordenamento processual romano passou por três grandes fases:

- a) Fase das ações da lei ou *legis actiones* (início da civilização romana até o século VII);
- b) Fase do processo formular ou *per formulas* (três primeiros séculos da era cristã);
- c) Fase do processo extraordinário ou *extra ordinem* ou *cognitio extraordinaria* (últimos séculos da era cristã, finalizando-se com Justiniano). Apenas nesta última etapa ocorreu a publicização do processo, com o fim do juiz privado.

Na era da *legis actiones*, só existiam as ações previstas na lei. O processo era inteiramente percorrido pela via oral. Tinha início diante do magistrado, que escutava as partes e nomeava o juiz privado (os magistrados representavam o Estado, e os juízes eram simples particulares encarregados da solução da lide após a designação efetivada pelo magistrado), o qual emitia a sentença, encerrando sua atividade e o próprio processo.

Após a decisão definitiva, o condenado deveria satisfazer a obrigação nela determinada no prazo de trinta dias. Caso contrário, o credor poderia dar início à execução, a qual era sumária, sempre pessoal, realizada de forma extremamente privada. O vencedor tinha a incumbência de levar o vencido pessoalmente até o magistrado. Então, apresentava o devedor e, após o ritual legal, solicitava sua adjudicação. A desobediência à sentença era considerada sinônimo de ato de má-fé, e seu descumpridor era considerado indigno do direito de defesa.

A partir daí, o vencido era adjudicado ao vencedor, e este o escoltava acorrentado para prisão domiciliar. Lá, o condenado se tornava um verdadeiro escravo de seu credor. De início, por um interregno de dois meses, durante o qual o prisioneiro era apregoado em feiras, com o

intuito de obtenção do resgate pelo valor da condenação, por intermédio de oferta pecuniária efetuada por algum parente ou amigo.

Caso infrutíferas as tentativas, ele se tornava definitivamente escravo do ganhador da demanda, o qual tinha inclusive o direito de matá-lo. Em caso de concurso de credores, cada um tinha a prerrogativa de exigir sua parte no cadáver. Tratava-se de verdadeira justiça privada. Apesar da previsão de homicídio do prisioneiro, não há relato de qualquer caso concreto onde alguém tenha se valido dessa faculdade.

O processo civil romano, no período inicial das *legis actiones* [...], previa a execução da sentença condenatória sempre em quantia em dinheiro [...], embora não diretamente sobre o patrimônio do devedor (a propriedade dos cidadãos, em princípio, constituía direito absoluto, somente disponível com o consentimento do titular), mas sobre a *pessoa* do devedor (*manus injectio*, prevista na Lei das XII Tábuas).¹

Durante o período *per formulas*, o autor apresentava oralmente sua pretensão ao magistrado. O próprio requerente se encarregava da citação do demandado. Em caso de confissão, finalizava-se o processo. Em não a havendo, remetia-se a causa ao juiz privado, escolhido pelas partes, nomeado pelo pretor e a quem incumbia a instrução e o julgamento da causa.

Concedia-se contraditório e defesa, mas não cabia qualquer recurso. Quando não efetivada de maneira voluntária no prazo de trinta dias, a execução da sentença era solicitada mediante a *actio iudicati*, mais humana, ética e característica de sociedades civilizadas, não obstante ainda perdurasse a remota possibilidade de execução do devedor.

Proposta a *actio iudicati*, o requerido poderia confessar sua obrigação ainda não cumprida ou propor contestação, condicionada à caução, onde seria possível a alegação de inexistência ou nulidade de sentença, ou de extinção da obrigação por fatos posteriores à decisão definitiva. Na hipótese de resposta do réu, remetia-se o processo para o juiz privado, designado pelas partes.

Somente após uma nova decisão definitiva do *iudex*, reconhecedora do inadimplemento do suplicado, seria possível o adentramento na execução forçada, mediante decreto do pretor. Assim, a *actio iudicati* era uma ação *sui*

¹ GUSMÃO CARNEIRO, Athos. **Cumprimento da sentença civil**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 13.

generis, dotada de substancial matéria cognitiva, e a sentença nela proferida não possuía, portanto, a natureza jurídica de título executivo.

A execução, nesta fase, se dava sempre por quantia certa. Podia se limitar ao patrimônio do devedor, mas ainda era possível a existência de reflexos pessoais.

Inicialmente, apareceu a *missio in possessionem*, a qual atribuía ao vencedor a faculdade de apreensão direta de todo o patrimônio do vencido.

Posteriormente, surgiu a *bonorum venditio*. A apreensão dos bens do devedor ainda era privada, mas os bens penhorados não eram mais agregados ao patrimônio do credor, porquanto ficavam sob custódia.

Já no início da era cristã, criou-se a *bonorum distractio*, de acordo com a qual não era mais necessária a transição de todos os bens do executado para o exequente. Com isso, acabava a fase do processo formular e tinha início a época da publicização (idade do processo extraordinário), onde somente seria possível a expropriação dos bens necessários à satisfação do crédito do vencedor.

Nos tempos da *cognitio extraordinaria*, findou-se a diferença entre *ius* e *iudicium*. A partir de então, o próprio magistrado passou a processar e a julgar as lides, inclusive na fase de execução, não mais remetendo as partes ao juiz privado.

O processo executivo adotou inúmeras novidades. Foi instituído um procedimento próprio para as execuções de entrega de coisa, a *actio iudicati* nas execuções por quantia certa se tornou deveras mais simples, em regra a penhora passou a ficar restrita à parcela necessária do patrimônio do executado, consoante a efetivação do direito do exequente. Outrossim, a apreensão deixou de ser efetivada por ato privado do credor e passou a ser feita por funcionários do Estado, os *apparitores* (atuais oficiais de justiça).

Nesse último estágio da civilização romana, já não havia mais justificativa para o manejo de duas ações separadas para alcançar a execução forçada. Por simples inércia histórica, no entanto, a dicotomia *actio* e *actio iudicati* subsistiu até o fim do Império Romano. Durante toda a longa história de Roma, todavia, ao lado da separação rigorosa das áreas de aplicação da *actio* e da *actio iudicati*, sempre

houve remédios processuais que, em casos especiais ditados pela natureza do direito em jogo e pela premência de medidas urgentes, permitiam decisões e providências executivas aplicadas de imediato pelo pretor. Eram os interditos por meio de *decretos* com que o pretor, sem aguardar a solução do *iudex*, compunha a situação litigiosa, por força de seu *imperium*. Nessas medidas pode-se visualizar a semente das liminares, tão freqüentes no processo moderno.²

As modalidades de execução de então eram: para entrega de coisa, por quantia certa contra devedor solvente e por quantia certa contra devedor insolvente.

1.2 A EXECUÇÃO DE SENTENÇA NO DIREITO MEDIEVAL

Com a queda do Império Romano, o Direito Germânico (bárbaro) passou a predominar. Assim, houve um grande retrocesso em matéria de execução, tendo em vista que este estimulava a vingança pessoal do credor contra o devedor.

Antes mesmo da propositura da demanda, aquele já poderia realizar o seu suposto direito. Após evoluir um pouco, a penhora privada começou a depender de prévia autorização judicial. O processo executivo vinha antes da cognição, a qual se dava em ação posterior ou de modo incidental àquele.

Ainda durante a Idade Média, apareceu o direito comum (ou intermédio), assim chamado por ter se expandido de modo bastante uniforme por toda a Europa Continental. Enquanto o direito romano era bastante complexo e burocrático, dificultando a vida do credor, e o direito germânico era totalmente favorável a este, o direito comum possuía uma execução intermediária entre os dois sistemas acima aludidos.

Do direito romano, prevaleceu a impossibilidade da penhora privada, bem assim, da execução por ente diverso da autoridade estatal. Do direito germânico, preponderaram determinados meios de garantia imediata do credor – como o seqüestro – bem como a existência da execução de títulos extrajudiciais. Além disso, praticamente se eliminou a possibilidade da *actio iudicati*.

² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do código de processo civil*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 99.

Devido ao fato de o direito germânico não distinguir processo de conhecimento e processo de execução, podemos afirmar que houve o predomínio do direito dos bárbaros no direito comum. Naquele,

[...] a execução não constitui um estágio separado do processo, mas se articula imediatamente na sentença. Revelam os documentos da época, em verdade, com singular uniformidade, que as sentenças continham uma ordem particularmente precisa ao condenado, para acomodarse ao teor da decisão, e que ao pronunciamento desta se seguia, independente de expresso requerimento do autor, subentendido, já, na demanda inicial, todo o esforço, por parte daquele que havia julgado, no sentido de se operar imediatamente, na própria audiência, a entrega (simbólica, se se tratasse de imóveis) da coisa disputada, ou o pagamento da multa e da dívida, ou, pelo menos, a formulação da promessa de adimplemento com a formalidade da *wadia*.³

Na execução, não existia contraditório. Havia apenas petição do exequente, sem resposta do executado nem sentença do juiz. Sua decisão era, de pronto, o mandado de pagamento imediato.

Em Portugal, com a consolidação da realeza, finalmente a organização jurídica do reino ganhou força. A execução deixou de ser privada e passou a ser judicial, sem os inconvenientes procedimentos da *actio iudicati*.

A influência do Direito Romano-Canônico cresceu com as Ordenações Manoelinas (século XVI) e a excessiva formalidade processual passou a ter lugar. Esse regime jurídico continuou a vigorar nas Ordenações Filipinas (1603) e se prolongou até o século XIX, inclusive no Brasil.

1.3 A EXECUÇÃO DE SENTENÇA NO DIREITO MODERNO E NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO DE 1973

No direito moderno, teve início o reconhecimento da força executiva de determinados títulos negociais, a exemplo dos títulos de crédito.

Na hipótese de proferimento de sentença, somente se poderia chegar à etapa executiva por intermédio de um conjunto de atos de cunho meramente administrativo, o que foi acolhido pelo Código Napoleônico e se manteve na maioria dos países europeus até os dias atuais.

³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado (oposições de mérito no processo de execução)*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1952. p. 53.

No Brasil, vale frisar a existência de diversos inconvenientes, inconsistências, ambigüidades e incoerências no Código de Processo Civil de 1939. Por isso e também por se aplicar, para muitos, aos dias atuais em relação ao Código de Processo Civil de 1973, oportuna se faz a menção às palavras do então Ministro de Estado da Justiça Alfredo Buzaid:⁴

Ao iniciarmos os estudos depararam-se-nos duas sugestões: rever o Código vigente ou elaborar Código novo. A primeira tinha a vantagem de não interromper a continuidade legislativa. O plano de trabalho, bem que compreendendo a quase-totalidade dos preceitos legais, cingir-se-ia a manter tudo quanto estava conforme com os enunciados da ciência, emendando o que fosse necessário, preenchendo lacunas e suprimindo o supérfluo, que retarda o andamento dos feitos. Mas a pouco e pouco nos convencemos de que era mais difícil corrigir o Código velho que escrever um novo. A emenda ao Código atual requeria um concerto de opiniões, precisamente nos pontos em que a fidelidade aos princípios não tolerava transigências. E quando a dissensão é insuperável, a tendência é de resolvê-la mediante concessões, que não raro sacrificam a verdade científica a meras razões de oportunidade. O grande mal das reformas parciais é o de transformar o Código em mosaico, com coloridos diversos que traduzem as mais variadas direções. [...] Depois de demorada reflexão, verificamos que o problema era muito mais amplo, grave e profundo, atingindo a substância das instituições, a disposição ordenada das matérias e a íntima correlação entre a função do processo civil e a estrutura orgânica do Poder Judiciário. Justamente por isso a nossa tarefa não se limitou à mera revisão. Impunha-se refazer o Código em suas linhas fundamentais, dando-lhe novo plano de acordo com as conquistas modernas e as experiências dos povos cultos. Nossa preocupação foi a de realizar um trabalho unitário, assim no plano dos princípios, como no de suas aplicações práticas. [...] Introduzimos modificações substanciais, a fim de simplificar a estrutura do Código, facilitar-lhe o manejo, racionalizar-lhe o sistema e torná-lo um instrumento dúctil para a administração da justiça.

Portanto, por mais que se queira reformar completamente uma casa, nela ainda permanecerão resquícios anacrônicos da estrutura antiga. Destarte, mais racional seria a sua demolição e a construção de outra, inteiramente nova.

⁴ BUZAID, Alfredo. **Exposição de motivos ao projeto do código de processo civil**. 1972. Capítulo I, item 1.

Além do mais, devemos registrar o fato de ser cada vez mais crescente a busca pela celeridade processual e, conseqüentemente, pela justiça eficaz. Deste modo, no tocante ao processo civil,⁵

as duas exigências que concorrem para aperfeiçoá-lo são a rapidez e a justiça. Força é, portanto, estruturá-lo de tal modo que ele se torne efetivamente apto a administrar, sem delongas, a justiça. [...] A execução se presta, contudo, a manobras protelatórias, que arrastam os processos por anos, sem que o Poder Judiciário possa adimplir a prestação jurisdicional. Para coibir abusos, considerou o projeto atentatório à dignidade da justiça o ato do executado [...]. Dentre as inovações constantes do Livro II, duas merecem especial relevo. A primeira respeitante à unidade do processo de execução; a segunda, à criação do instituto da insolvência civil. [...] Adotaram, nos nossos dias, o sistema unificado os Códigos de Processo Civil da Itália (art. 474), da Alemanha (§§ 704 e 794), de Portugal (art. 46) e a Lei de Execução da Áustria (§ 1º). O projeto segue esta orientação porque, na verdade, a ação executiva nada mais é do que uma espécie da execução geral; e assim parece aconselhável reunir os títulos executivos judiciais e extrajudiciais. Sob o aspecto prático são evidentes as vantagens que resultam dessa unificação, pois o projeto suprime a ação executiva e o executivo fiscal como ações autônomas. [...] Quando, porém, as dívidas excedem às importâncias dos bens do devedor, dá-se a insolvência civil. A declaração de insolvência produz o vencimento antecipado das dívidas, a arrecadação dos bens do devedor e a execução por concurso universal.

Originariamente, o CPC/73 previa um total desmembramento entre processo de conhecimento e processo de execução. Ao primeiro incumbia o reconhecimento do direito, e ao segundo competia a sua efetivação. Com a sentença condenatória, constituía-se um título executivo judicial e, assim, o vencedor poderia propor outra demanda, qual seja, a execução.

Esse sistema destoava da realidade das coisas, sendo prejudicial à própria celeridade e eficiência processuais. A esse respeito e sobre o CPC/73, o imaculado processualista Barbosa Moreira⁶ se referiu da seguinte forma:

5 BUZAID, op. cit., capítulos III e IV, itens 5, 18, 21 e 22.

6 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências contemporâneas do direito processual civil. *Revista de Processo*, v. 31, ano 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 200.

o trabalho empreendido por espíritos agudíssimos levou a requintes de refinamento a técnica do direito processual e executou sobre fundações sólidas projetos arquitetônicos de impressionante majestade. Nem sempre conjurou, todavia, o risco inerente a todo labor do gênero, o de deixar-se aprisionar na teia das abstrações e perder o contato com a realidade cotidiana.

Havia o credor de provocar o Poder Judiciário duas vezes com vistas à satisfação de um único pagamento. De início, por intermédio do processo de conhecimento, para o reconhecimento judicial de seu crédito perante outrem. Posteriormente, mediante o processo de execução, para a concretização de seu direito. Tratava-se de excessiva valorização da técnica em detrimento da eficiência.

No final do século anterior, passou-se a questionar com mais contundência a efetividade da prestação jurisdicional. Cada vez mais se desprestigiava (e ainda hoje isso ocorre) as formalidades das leis processuais – com atribuição de valor cada vez mais elevado ao direito material – e se atinha ao caráter instrumental do processo, com vistas à pacificação social, finalidade da jurisdição. Neste sentido, temos a seguinte lição de Humberto Theodoro Júnior:⁷

Em lugar, portanto, de afastar-se e isolar-se do direito material, o que cumpre ao bom direito processual é aproximar-se, cada vez mais, daquele direito a que deve servir como instrumento de defesa e atuação. Muito mais se deve ocupar o cientista do processo em determinar como este há de produzir efeitos práticos na aplicação do direito material do que perder-se em estéreis divagações sobre conceitos abstratos e exacerbadamente isolacionistas do fenômeno formal e, por isso mesmo, secundário dentro do ordenamento jurídico. [...] Nessa ótica de encontrar a efetividade do direito material por meio dos instrumentos processuais, o ponto culminante se localiza, sem dúvida, na execução forçada, visto que é nela que, na maioria dos processos, o litigante concretamente encontrará o remédio capaz de pô-lo de fato no *exercício efetivo* do direito subjetivo ameaçado ou violado pela conduta ilegítima de outrem. Quanto mais cedo e mais adequadamente o processo chegar à execução forçada, mais efetiva e justa será a prestação jurisdicional. Daí por que as últimas e mais profundas reformas do processo civil têm-se voltado para as vias de execução civil. Seu maior objetivo tem sido, nessa linha, a ruptura com figuras e praxes explicáveis no passado, mas completamente

7 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do código de processo civil*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 92-93.

injustificáveis e inaceitáveis dentro das perspectivas sociais e políticas que dominam o *devido processo legal* em sua contemporânea concepção de processo *justo e efetivo*.

1.3.1 CRÍTICAS AO SISTEMA BINÁRIO (SEPARAÇÃO ENTRE OS PROCESSOS DE CONHECIMENTO E DE EXECUÇÃO)

Já se sabe ter o Brasil adotado a separação entre processo de conhecimento e processo de execução por influência do direito romano, o que não se coaduna com a garantia constitucional do devido processo legal, porque esta tem como requisitos a adequação, a eficiência e a celeridade, as quais restam prejudicadas pela dicotomia estabelecida no ordenamento jurídico pátrio – não pela simples existência de duas ações em si, mas pelas conseqüências advindas de sua operacionalização na prática.

A desaprovação ao modo processual binário também era atribuída, pela doutrina, ao longo interstício entre os processos de conhecimento e de execução. Isso sem contar com os diversos prazos estabelecidos pela lei dentro da etapa executiva.

Outrossim, o sistema binário era condenado pela desvalorização da economia processual, por razões óbvias. Criticava-se a necessidade de propositura de nova petição inicial pelo credor, de realização de nova citação, os embargos à execução, os embargos de retenção e até a suspensividade como regra na hipótese de recurso de apelação.

Ademais, esta estrutura processual também era injusta para o credor por determinados motivos, dentre os quais frisamos: ele tinha de adiantar as custas processuais (art. 19 do CPC); o devedor poderia oferecer bens à penhora de acordo com a ordem preconizada no art. 655 do CPC, a qual estava longe de ser a ideal para o exequente; os embargos do devedor normalmente possuíam efeito suspensivo, e agora (com a vigência da Lei nº 11.232/2005), regra geral, a impugnação do executado não o tem (art.475-M, *caput*).

É sabido que a demora do processo executivo é quase a mesma daquela referente ao processo cognitivo, sobretudo, conforme destaca o Professor Misael Montenegro Filho,⁸ “[...] quando o credor encontra dificuldades para localizar bens do devedor passíveis de penhora, circunstância

8 MONTENEGRO FILHO, Misael. *Cumprimento da sentença e outras reformas processuais*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 3.

que impõe a automática suspensão da marcha da execução (embora não se dê através de decisão judicial), sabido que o devedor apenas pode se defender após a *segurança do juízo*”.

Ressaltamos que, há muito tempo, já escrevia sobre a dicotomia no sistema processual brasileiro o eminente jurista Humberto Theodoro Júnior,⁹ cujo brilhante estudo prenunciou e forneceu os alicerces da reforma somente agora empreendida, deixando de ser doutrina e passando a ser a própria lei, nos seguintes termos:

Trata-se de um engenhoso e complexo sistema jurídico-procedimental que, sob roupagem moderna, nada mais faz do que reeditar um sistema binário similar ao do velho processo romano assentado sobre a dupla necessidade de sentença condenatória e *actio iudicati*: sem sentença (ou sem título executivo), não há possibilidade de realizar a atividade executiva do Estado. Primeiro, há de obter-se a sentença (ou o título executivo), para, depois, adquirir-se o direito de propor a *ação de execução*. [...] No Brasil, a dicotomia é agravada pela excessiva *judicialização* do procedimento de execução da sentença [...] Ao contrário do que se passa no direito europeu, não se permite que os atos iniciais de atuação do comando emergente da sentença sejam acionados administrativamente. Isto, evidentemente, sobrecarrega os juízos e torna lento e pesado o procedimento executivo.

1.3.2 A LEI Nº 11.232/2005 E A JUNÇÃO DOS PROCESSOS DE CONHECIMENTO E DE EXECUÇÃO

Nos últimos tempos, ocorreram relevantes modificações no Código de Processo Civil Brasileiro, efetuadas em quatro etapas, findando por extirpar gradativa e irrefutavelmente a dicotomia processual (separação dos processos de conhecimento e de execução) até então presente em nosso sistema.

No primeiro estágio, a Lei nº 8.952/94 acrescentou o instituto da tutela antecipada no art. 273 do CPC. Com isso, derrubou-se um obstáculo entre a cognição e a execução, porquanto se tornou possível a consecução imediata de medidas executivas ainda durante o processo cognitivo. Em caso de confirmação dos efeitos da antecipação da tutela, não haveria sequer bem da vida a executar em posterior processo autônomo.

9 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*. 1 ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1987. p. 149-150.

Na segunda fase de inovações, foi estabelecida nova redação ao arts. 461 e 644 do CPC, pelas Leis nº 8.952/94 e nº 10.444/02. Dessa forma, começou-se a dispensar a ação de execução após as sentenças determinativas de obrigações de fazer ou não fazer.

Em um terceiro momento, a Lei nº 10.444/02 implementou o art. 461-A ao CPC. Assim, na eventualidade de procedência da decisão definitiva em ação cujo objeto seja a entrega de coisa, deixou de existir o processo executivo após o mencionado reconhecimento do direito na fase cognitiva.

Na quarta e atual etapa de alterações do CPC, a Lei nº 11.232/05 – cujo Projeto de Lei possuía o nº 3.253/2004 na Câmara dos Deputados e o nº 52/2004 no Senado Federal – finalizou o movimento evolutivo de extinção da ação executiva independente, com a eliminação da possibilidade de processo autônomo de execução em caso de pagamento por quantia certa. Nesta hipótese, a realização do conteúdo da sentença agora se concretiza de acordo com o disposto nos arts. 475-I a 475-R do diploma processual civil pátrio.

A reforma consumada por esta lei manteve o princípio segundo o qual não existe execução sem título (*nulla executio sine titulo*). Não obstante a relação dos títulos executivos judiciais ter sido transposta para o título do CPC concernente ao procedimento ordinário (Título VIII), mais especificamente para o novo Capítulo X (Do cumprimento da sentença), também serão cumpridas pelo novo modelo instituído pela mencionada reorganização processual as sentenças proferidas no procedimento sumário e nos procedimentos especiais.

A Lei nº 11.232/2005 reuniu de forma definitiva os processos de conhecimento e de execução em um único processo, composto por um sistema bifásico. Assim, passa a existir uma fase inicial (de reconhecimento) e uma fase posterior (de cumprimento da sentença, de efetivação da decisão definitiva), sem contar com a eventual fase intermediária de liquidação.

Com isso, o atual direito processual civil brasileiro se torna sincrético (realizado em um único processo, conforme terminologia hodiernamente usada de forma reiterada), na medida em que há a supracitada fusão entre os processos relativos à cognição e à realização da justiça. O processo, assim, passa a ser entendido como o agrupamento

de atos iniciados com a propositura da demanda e encerrados com a concretização do direito eventualmente existente.

Conforme muito bem salientado pela doutrina do expoente Ernane Fidélis dos Santos,¹⁰

é de se observar, porém, que o desaparecimento do processo executório para títulos judiciais não se deve à supressão dele próprio, mas ao fato de a Lei criar nova forma executiva complementar no processo de conhecimento, de modo tal que a execução já passa a ter integração na própria pretensão de conhecimento.

Com as alterações legais, a tradicional divisão das fases do processo de conhecimento em postulatória, ordinatória, probatória e decisória passou a ser acrescida de mais duas: fase de liquidação de sentença e fase de cumprimento da sentença.

A multa de dez por cento prevista em caso de descumprimento da sentença (art. 475-J do CPC) aguça a voluntariedade no cumprimento de seu conteúdo por parte do devedor. Na hipótese de, ainda assim, não ocorrer a consumação do adimplemento da dívida, passar-se-á à segunda etapa do processo de conhecimento, mediante penhora e avaliação, sem necessidade de nova citação do inadimplente e mesmo contra sua vontade – o que é novidade no ordenamento jurídico pátrio, em consonância com o modelo constitucional do processo –, o qual poderá se defender por intermédio da impugnação, em regra não dotada do efeito suspensivo inerente aos antigos embargos à execução.

Convém o relato de não ter havido a extinção total do processo de execução. Ele não mais subsiste apenas nos casos de títulos executivos judiciais, exceto quando se tratar de execução contra a Fazenda Pública (arts. 730 e 731), de execução de prestação alimentícia (arts. 732 a 735) – neste caso, há controvérsias – ou de execução concursal contra devedor insolvente (arts. 748 a 786-A), persistindo sua existência nas hipóteses de títulos executivos extrajudiciais.

10 FIDÉLIS DOS SANTOS, Ernane. *As reformas de 2005 e 2006 do código de processo civil*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 26-27.

Com as ressalvas acima consignadas, pode-se fazer o subseqüente registro, de autoria de José Eduardo Carreira Alvim e Luciana Gontijo Carreira Alvim Cabral:¹¹

a espinha dorsal da nova Lei 11.232/05 é composta dos arts. 475-I a 475-R, que acaba de vez com o processo de execução de título judicial, e introduz nova técnica de efetivação do julgado, a mesma usada pelos arts. 461 e 461-A, também com o propósito (melhor diria, na esperança) de agilizar o gozo do bem da vida reconhecido pela sentença.

O simples fato de as sentenças proferidas na fase cognitiva poderem ser cumpridas dentro do mesmo processo não modificam a sua natureza dentro da classificação pentapartida. Elas não deixam de ser condenatórias para serem executivas.

Em face do sumariamente exposto, podemos afirmar que a Lei nº 11.232/05 deve ser reputada como um dos mais importantes atos legislativos publicados no Brasil nos últimos dez anos, dentro do direito processual civil. Apesar disso, existem críticas no sentido de que ela está longe de resolver os problemas da Justiça. Não obstante a censura, a desaprovação, muito oportuno é o comentário segundo o qual

[...] o imobilismo seria a pior atitude, ante a evidência de que nosso lermo e complicado processo de execução precisa ser reformulado, a fim de acompanhar o dinamismo da vida moderna. Aonde vamos? Não se esperem milagres, pois o processo está inserido em uma realidade social em vários aspectos lamentável. Mas necessitamos melhorar nossos procedimentos processuais, depositando esperanças no futuro.¹²

A finalidade inicial da instituição da nova fase de cumprimento do comando judicial definitivo é a concessão do traço da auto-executoriedade a toda e qualquer sentença condenatória, mediante a unificação dos processos de conhecimento e de execução, do reconhecimento e da realização do direito. Os títulos executivos judiciais, dotados de tal característica, vêm definidos no art. 475-N do Código de Processo Civil.

11 CARREIRA ALVIM, José Eduardo; CABRAL, Luciana Gontijo Carreira Alvim. **Cumprimento da sentença**: comentários à nova execução da sentença e outras alterações introduzidas no código de processo civil (Lei nº 11.232/05). 2 ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006. p. 9.

12 GUSMÃO CARNEIRO, Athos. Nova execução. Aonde vamos? Vamos melhorar. **Revista de Processo**, v. 123, ano 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 122.

Em suma, podemos elencar como metas da implantação dos atos necessários à realização da justiça dentro do processo de conhecimento, dentre outras: a celeridade, a eficácia, a efetividade, a justiça, a economia, a adequação ao modelo constitucional do processo, o fortalecimento da situação do credor favorecido pela procedência da decisão definitiva em detrimento do enfraquecimento da posição do devedor.

2 O NOVO REGIME JURÍDICO DAS SENTENÇAS

2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A Lei nº 11.232/2005 modificou a redação do art. 162, § 1º, do CPC. Por conseguinte, precisou harmonizar as dos arts. 267, *caput*, 269, *caput* e 463, *caput*, todos do mesmo diploma. Com isso, resta evidenciado o fato de o processo não ter fim com a prolação da sentença, seja ela definitiva ou terminativa. Em caso de decisão de mérito, esgota-se apenas e tão somente uma etapa processual, com a continuidade da prestação jurisdicional.

O art. 162, § 1º, contém o novo conceito de sentença e será examinado na próxima seção deste trabalho.

A mudança no art. 267, *caput*, não influi na vida prática dos operadores do direito. A substituição da palavra “julgamento” pela locução “resolução” diz respeito a uma ténue modificação de conteúdo, com pequena ampliação de sentido. Isso porque é perfeitamente factível o proferimento de uma sentença suscetível de resolver o mérito, mas que, mesmo assim, não se consubstancie em um julgamento propriamente dito. Como exemplos, podem ser citados os incisos II, III e V do art. 269 do Código de Processo Civil.

Já a continuidade da expressão “extingue-se o processo” no *caput* do art. 267, não obstante a sua retirada do *caput* do art. 269, pode ser compreendida pela simples circunstância de que realmente se constata o término da relação jurídica processual – ou do procedimento em primeiro grau de jurisdição, conforme entendimento doutrinário – nas hipóteses ali referidas. Por outro lado, os casos do art. 269, *caput*, nem finalizam o processo nem o procedimento na instância originária.

No tocante ao art. 269, *caput*, à substituição de “julgamento” por “resolução” se aplicam os comentários supramencionados, atinentes ao art. 267, *caput*. Com efeito, as hipóteses previstas nos incisos II, III e V do art.

269, tecnicamente, não constituem *juízo* porque o magistrado nada julga, apesar de se tratarem de *resolução*, termo com maior dimensão.

A retirada de “extingue-se o processo” torna nítida a intenção do legislador de adaptar a redação do preceito à junção dos processos de conhecimento e de execução. Revela-se a existência de uma nova fase após a prolação da sentença, destinada à satisfação do direito nela reconhecido.

Quanto ao art. 463, caput, a publicação ali mencionada significa a juntada da sentença aos autos, quando ela se torna pública, e não a intimação das partes quanto a seu conteúdo. A troca da expressão “ao publicar a sentença” por “publicada a sentença” teve por finalidade a demonstração de que não incumbe ao juiz publicá-la.

Fora isto, foi retirado da norma anterior o trecho “o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional” porque não se pode entender a sentença como sendo, necessariamente, a realização do direito ou a finalidade da jurisdição. Esta modificação se adequa à nova redação do art. 162, § 1º, e à implantação da fase de cumprimento da sentença, haja vista a necessidade de satisfação do vencedor dentro do mesmo processo.

A diretriz assumida pelo legislador na atual redação do art. 463, *caput*, é a de que o proferimento da sentença de mérito tem de ser entendida apenas como o encerramento de uma “fase” ou de uma “etapa” do processo, pensando nele como um todo que envolve não só a atividade eminentemente intelectual do juiz (*definição* de quem tem e de quem não tem razão) mas, indo além disto, praticando atos materiais para *satisfação* daquele que tem razão. [...] O dispositivo deve ser lido no sentido de que o juiz pode e deve ser chamado a prestar a atividade jurisdicional mesmo depois de proferir uma sentença de mérito. [...] É o entendimento de que determinadas classes de sentença precisam, necessariamente, da prática de outras atividades pelo Estado-juiz (atividades mais materiais que intelectuais) para a realização concreta daquilo que nela é reconhecido como lesionado ou ameaçado e que o proferimento ou a publicação da sentença não tem, nestes casos, o condão de dar “a cada um o que é seu”, da perspectiva do direito material, que deve nortear a interpretação e aplicação do art. 463, *caput* [...].¹³

13 SCARPINELLA BUENO, Cássio. *A nova etapa da reforma do código de processo civil*. v. I. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 27- 29.

De maneira resumida, com relação às modificações dos arts. 162, § 1º; 267, *caput*; 269, *caput*; e 463, *caput*, o mais importante a se demonstrar é a continuidade do procedimento em primeira instância após a sentença de mérito, mediante provocação realizada pelo vencedor da lide e por intermédio de uma etapa complementar, a fase de cumprimento da sentença, responsável pela concretização dos atos executivos.

2.2 CONCEITO DE SENTENÇA

Doutrinariamente, há uma polêmica titânica acerca do conceito de sentença. Existem três critérios difundidos a respeito do assunto.

Em relação à finalidade (conseqüência), sentença é a decisão judicial tendente a encerrar o processo, com ou sem julgamento do mérito da lide. Renomados processualistas afirmam que, na realidade, ela não tem o condão de finalizar o processo, e sim o procedimento em primeiro grau de jurisdição, haja vista a possibilidade – e isso normalmente acontece – de aquele prosseguir. Basta a interposição de recurso para haver a continuidade em segunda instância.

Quanto ao conteúdo, sentença é o ato jurisdicional c o m p o s t o por um dos inúmeros casos descritos nos arts. 267 e 269 do Código de Processo Civil Brasileiro. Este conceito é o mais amplo de todos e, se comparado ao anterior, inclui as decisões dos magistrados que, a despeito de não terminarem o processo – nem o procedimento em primeiro grau de jurisdição –, se adequam ao art. 267 ou ao art. 269 do CPC.

No tocante ao momento procedimental, sentença seria apenas a decisão vergastada na ocasião oportuna para tanto, ordinariamente somente após a instrução processual. Esta definição é a mais restrita de todas, e não vem sendo empregada no ordenamento jurídico nacional.

Originariamente, o art. 162, § 1º, do Código de Processo Civil assim dispunha: “Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”.

Portanto, a redação primitiva do CPC/73 filiou-se à corrente finalística, na medida em que era essencial a cessação do processo para a decisão poder ser considerada uma sentença.

Entretanto, com o tempo, este pensamento foi perdendo cada vez mais força. Demandava-se a elaboração de um projeto de lei tendente à alteração de sua definição, inclusive pela existência cada vez maior de ações mandamentais e de ações executivas *lato sensu*, hipóteses nas quais não há sequer a extinção do procedimento em primeira instância, constituindo-se em notórias exceções ao conceito legal então vigente. Ademais, mencionamos como ressalvas as ações de obrigação de fazer ou não fazer, e de entregar coisa.

O Projeto de Lei nº 52/04, do Senado Federal – porque na Câmara dos Deputados detinha o nº 3.253/2004 –, preconizava: “Sentença é o ato proferido conforme os arts. 267 e 269”. Porém, não foi aprovado nestes termos.

Após a reforma instituída pela Lei nº 11.232/2005, o referido art. 162, § 1º, do CPC passou a preceituar o seguinte: “Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”.

Destarte, hodiernamente, a legislação processual nacional consagra o critério alusivo ao conteúdo, porquanto basta a decisão ser constituída de alguma matéria correspondente aos artigos supracitados para ser considerada sentença. No caso do art. 267, ela extingue o procedimento em primeira instância. Já na hipótese do art. 269, encerra uma etapa do processo de conhecimento, com a necessidade da ulterior fase de cumprimento da sentença.

A nova redação do § 1º do art. 162 do CPC, segundo nos parece, tem a grande vantagem de não *restringir excessivamente* o conteúdo de sentença, como fazia a redação anterior. Ter ou não aptidão para extinguir o processo não é, efetivamente, critério hábil a definir se se está ou não diante de sentença, já que, nas ações executivas *lato sensu*, a sentença, antes de dar cabo do processo, dá início a uma nova fase processual, voltada à atuação executiva do direito cuja existência foi reconhecida na sentença.¹⁴

Entretanto, existem respeitabilíssimas reações ao pensamento segundo o qual é suficiente o fato de o conteúdo de uma decisão se encartar nos arts. 267 ou 269 para ela ser considerada sentença, conforme abaixo explicado:

14 WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil 2**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 34/35.

É inconvenientemente simplista a assertiva de que extinção do processo constituiria consequência invariável e *constante* da ocorrência de um daqueles fatos a que a lei outorga eficácia extintiva. Somente por comodidade didática é até aceitável fazer esta associação, como faz o Código, mas o efeito extintivo só se opera quando a razão de extinguir atinge *todo o objeto do processo, todos os fundamentos da demanda e todos os sujeitos litigantes*. Quando a causa atinge só parcialmente o objeto, os fundamentos ou as pessoas, o que ocorre é mera *exclusão* e não a extinção do processo.¹⁵

Dessa forma, para o renomado jurista, quando ocorrer alguma das referidas exclusões, estar-se-á diante de decisão interlocutória e não de sentença, pelo fato de não ter se encerrado o processo. Analisaremos esta questão com mais pormenores na seção subsequente.

2.3 A NOVA PROBLEMÁTICA REFERENTE AO RECURSO CABÍVEL DAS DECISÕES COM CONTEÚDO DOS ARTIGOS 267 OU 269

De início, destacamos o fato de serem indiscutíveis os méritos do legislador quando do estabelecimento do sistema recursal brasileiro de 1973.

Sob uma perspectiva técnica, consagrou-se o princípio da correspondência de modo quase dogmático, em virtude do seu caráter quase absoluto. De cada tipo decisório cabe uma espécie distinta de recurso. Exemplificativamente, estabelece o art. 513 do CPC: “Da sentença caberá apelação (artigos 267 e 269)”. Já o art. 522 estatui: “Das decisões interlocutórias caberá agravo [...]”.

Em uma análise prática, esta estruturação corrigiu graves defeitos ordinariamente causados pelo CPC/39, e se pode facilmente perceber o seu funcionamento de maneira verdadeiramente recompensadora no dia-a-dia forense.

Atualmente, a instituição de um novo e mais largo conceito legal de sentença – baseado no critério do conteúdo – pela Lei nº 11.232/2005, com a alteração efetuada no art. 162, § 1º, do CPC, ocasiona um grave impasse no ordenamento processual civil nacional.

15 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. III. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 189.

O inconveniente se refere ao sistema recursal, mais especificamente à espécie de recurso cabível das decisões com conteúdo dos arts. 267 e 269 do CPC e inaptas à extinção do procedimento em primeiro grau de jurisdição e à finalização de uma fase do processo de conhecimento.

Este problema já havia se pacificado tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Em caso de extinção do procedimento em primeira instância, estava-se diante de sentença e o recurso adequado era a apelação. Já na hipótese de prosseguimento do processo em primeiro grau de jurisdição, a decisão era interlocutória e a espécie recursal cabível era o agravo.

Agora, o art. 162, § 1º, do CPC define sentença como “o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”. Assim, basta o enquadramento do conteúdo de uma decisão em um dos dispositivos supramencionados para ela ser legalmente considerada sentença, não importando se houve a extinção do procedimento em primeiro grau de jurisdição (extinção do processo, de acordo com a redação originária) ou o encerramento de uma etapa do processo de conhecimento.

Tal fato acaba por reputar sentença determinadas decisões antes consideradas interlocutórias. Como exemplos, podem ser citadas a exclusão de um litisconsorte por ilegitimidade *ad causam*; o julgamento de uma das ações cumuladas, com o seguimento das demais (art. 273, § 6º, do CPC, acrescido pela Lei nº 10.444/02); o reconhecimento da prescrição do direito de um dos demandantes; o indeferimento da peça exordial no tocante a um dos requeridos, por ilegitimidade passiva; o não recebimento de reconvenção pela falta de interesse de agir.

Nestas hipóteses, conforme a nova redação do art. 162, § 1º, do CPC c/c o art. 513 do mesmo diploma, o recurso apropriado seria a apelação.

Entretanto, o procedimento desta espécie recursal determina a remessa dos autos ao Tribunal e a suspensividade como regra geral, e estes fatos resultariam em danosas conseqüências devido à impossibilidade de prosseguimento do processo em primeira instância até o retorno dos autos, com evidentes prejuízos à celeridade, à efetividade, à economia, ao modelo constitucional de processo (art. 5º, XXXV, CF), enfim, à justiça.

Lado outro, e em razão dos motivos acima expostos, há quem defenda o fato de cada uma das hipóteses supra-referidas se tratar de sentença, recorríveis atipicamente por intermédio de agravo.

Em casos como os ora analisados, se estará diante de uma sentença que, excepcionalmente, poderá ser objeto de agravo. [...] A fragmentação da causa, com a admissibilidade de apelação contra cada uma das sentenças “parciais” proferidas ao longo do processo antes da sentença “final”, com a conseqüente paralisação do procedimento, se admitida, protrairia a resolução integral da lide, o que não é desejável, e contraria a finalidade do processo, que é a resolução *integral* mais célere possível da lide.¹⁶

Com a mesma linha de raciocínio, o seguinte trecho:

[...] Por vezes, de decisões que são a rigor sentenças, por razões de ordem pragmática o recurso cabível é o de agravo, e não o de apelação. É o caso da decisão que não admite a reconvenção ou a declaratória incidental. São sentenças excepcionalmente agraváveis. Põem fim não ao procedimento como um todo, mas à relação processual que havia entre reconvinde e reconvido; entre autor e réu da declaratória incidental [...].¹⁷

Data venia, não concordamos com este entendimento. Aceitar a interposição de agravo contra a prolação de uma sentença equivaleria a negar o próprio princípio da correspondência consagrado pelo Código de Processo Civil de 1973, além de constituir ofensa à lisura do sistema recursal, tão bem refinado pelo legislador. Instituir-se-ia um perigoso precedente, com o condão de quebrar toda a lógica delineada para a estrutura dos recursos, particularmente no tocante aos arts. 513 e 522 da lei processual civil em apreço.

Logo, não deve ser levada a cabo a literalidade do art. 162, § 1º, do CPC. À vista disso, não obstante a nova redação deste preceito legal, cremos que a mais sensata e prudente solução a ser tomada é considerar como interlocutórias todas aquelas decisões com conteúdo dos arts. 267 e 269, porém não extintivas do procedimento em primeira instância nem

16 WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil 2**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 37.

17 WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil. v. I**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 569.

de uma etapa do processo cognitivo. Assim, devem ser desafiadas pelo recurso de agravo. Em nossa opinião, é o entendimento mais coerente, porquanto melhor se coaduna com os princípios constitucionais e processuais e, ainda, com os ideais de justiça efetiva.

Em suma: ou se entende serem estas decisões sentenças e delas cabíveis apelações, com grave nocividade ao sistema e inúmeros danos à celeridade processual, à realização do direito, à efetivação da justiça; ou são consideradas sentenças recorríveis mediante agravos, com desrespeito à integridade do sistema recursal e, em especial, ao princípio da correspondência; ou então se reputam decisões interlocutórias, desafiadas por agravos, hipótese na qual não se observa qualquer estrago de ordem instrumental ou substancial, conquanto se constate desprezo pela amplitude da modificação do § 1º do art. 162. É o deslinde mais benéfico para o empecilho recentemente criado.

Ademais, os dispositivos do Código de Processo Civil, bem como de todo o ordenamento jurídico, devem ser interpretados de forma sistemática, e não mediante hermenêutica única e apartada dos demais preceitos legais. Dessa forma, e de acordo com o acima explanado, é necessário sopesar os prejuízos decorrentes de cada solução a ser conferida à problemática em análise, e optar por aquela de menor ofensa e maior utilidade à realização do direito material, com destaque para a finalidade – e não para o conteúdo – da decisão judicial.

Na prática, a mudança legal do conceito de sentença ainda deverá causar muita controvérsia no cotidiano dos foros e tribunais do país, relativamente às suas conseqüências, em especial à adequação do recurso a ser interposto. Por conseguinte, maior deverá ser a aplicação do princípio da fungibilidade recursal na jurisprudência nacional.

REFERÊNCIAS:

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Tendências contemporâneas do direito processual civil**. Revista de Processo, v. 31, ano 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

BUZAID, Alfredo. **Exposição de motivos ao projeto do código de processo civil**. 1972.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo; CABRAL, Luciana Gontijo Carreira Alvim. **Cumprimento da sentença**: comentários à nova execução da sentença e outras alterações introduzidas no código de processo civil (Lei nº 11.232/05). 2 ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. III. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

FIDÉLIS DOS SANTOS, Ernane. **As reformas de 2005 e 2006 do código de processo civil**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GUSMÃO CARNEIRO, Athos. **Cumprimento da sentença civil**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GUSMÃO CARNEIRO, Athos. Nova execução. Aonde vamos? Vamos melhorar. **Revista de Processo**, v. 123, ano 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado (oposições de mérito no processo de execução)*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1952.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Cumprimento da sentença e outras reformas processuais**. São Paulo: Atlas, 2006.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. **A nova etapa da reforma do código de processo civil**, v. I. São Paulo: Saraiva, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A execução de sentença e a garantia do devido processo legal**. 1 ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1987.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As novas reformas do código de processo civil**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. v. I 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil 2**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BIBLIOGRAFIA RECOMENDADA

ARAKEN DE ASSIS. **Cumprimento da sentença**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao código de processo civil**. v. III. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FREITAS CÂMARA, Alexandre. **A nova execução de sentença**. 3 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, 1998.

LEGISLAÇÃO AMBIENTAL BRASILEIRA

LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Neide Aparecida de Sousa Sombrio
Assistente Jurídico da União
pós-graduada em Direitos Difusos e
Coletivos e Direito Tributário "lato-sensu"

SUMÁRIO: 1 Evolução histórica da legislação ambiental brasileira; 2 Licenciamento Ambiental; 2.1 Conceito de licenciamento; 2.2 Condições para concessão do licenciamento; 3 A natureza Jurídica do licenciamento e as controvérsias doutrinárias- 4. Esfera de Competência para concessão de licenciamento; 5 Dos prazos para a concessão e validade do licenciamento; 6 Da modificação, suspensão ou anulação do licenciamento; 7 Breves considerações sobre as sanções penais e administrativas contra ato lesivo ao meio ambiente; 8 Considerações finais; 9 Referências; 10 Referências Legislativas.

RESUMO: O presente trabalho propõe-se a estudar o Instituto do licenciamento ambiental no contexto do Direito Ambiental Brasileiro, trazendo noções gerais quanto ao conceito de licenciamento, entendimentos doutrinários quanto sua natureza jurídica, bem como procedimentos para concessão, suspensão, cancelamento, utilizando-se do método indutivo. O licenciamento, como forma preventiva e de aplicação do princípio da precaução é um instrumento de extrema importância para que danos ambientais possam ser evitados, ou ainda, possam ser fiscalizados e acompanhados pelos entes da federação envolvidos no processo, acarretando um avanço na prevenção aos danos ambientais. Também é fundamental a mudança de comportamento da população em compreender que a atuação ativa da comunidade impulsiona o ente público responsável a criar mecanismos de proteção ambiental cada vez mais eficientes. O licenciamento ambiental está atrelado a procedimentos que não podem ser suprimidos, o poder de polícia dos entes públicos, envolvidos nesse processo, deve ser rigorosamente observado. O dano ambiental ocorre, muitas vezes, quando os mecanismos criados para sua proteção são negligenciados. A responsabilidade por um meio ambiental saudável, direito constitucionalmente protegido, é obrigação de todos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Ambiental. Licenciamento.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL BRASILEIRA

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, alcançamos um degrau a mais na conquista por um direito sem o qual não se pode pensar no homem contemporâneo, o direito ao meio ambiente saudável. A doutrina pátria é praticamente unânime em reconhecer que a Constituição Federal atual teve extraordinário avanço no que diz respeito ao meio ambiente, elevando o Brasil a um dos países com legislação ambiental mais avançada no mundo.

O art. 225¹ da atual Constituição Federal traz de modo soberbo a garantia de que a sociedade nacional não poderá ser alijada dessa proteção e indicação de que o Brasil não permitirá a prática de qualquer ato que venha a comprometer o direito de todo cidadão ao meio ambiente saudável e sua proteção às gerações futuras.

Desde o Brasil colônia já havia uma preocupação com a proteção do meio ambiente. As primeiras leis referentes ao meio ambiente datam das Ordenações Afonsinas (Dom Afonso IV), que “tipificava o corte de árvores de fruto como crime de injúria ao rei”.² Desde então podemos constatar manifestações de ordem legal no sentido de preservar o meio ambiente, como em 1521 com as Ordenações Manuêlinas, onde se constata a proibição de caça de certos animais (perdizes, coelhos, lebres); a comercialização de colméias sem preservar a vida das abelhas. Já em 1603, Felipe I (quando o Brasil passa ao domínio Espanhol) deixa as Ordenações Filipinas, nas quais introduz o conceito de poluição, ao proibir a qualquer pessoa jogar material que pudesse matar os peixes.

Contudo, a preocupação pela proteção do meio ambiente teve um grande impulso com a Constituição Federal de 1934, na qual atribuiu-se competência à União e Estados no tocante a proteção de belezas naturais, monumentos e obras de arte.

Nos últimos anos, os problemas ambientais têm aumentado consideravelmente e com eles as atenções a esses problemas por parte da sociedade civil, que vem cada vez mais, se esforçando no sentido

1 Lei n.º 8.974, de 5 de janeiro de 1995 (Regulamenta os incisos rI e V do § 10 do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, autoriza o Poder Executivo a criar, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, e dá outras providências).

2 MILARÉ. Edis. **Direito do Ambiente**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 95.

de pressionar o legislador em busca de normas mais eficientes que protejam o meio ambiente.

Inobstante toda legislação existente no país que trata da proteção ao meio ambiente, vê-se que a gestão dos problemas socioambientais carecem de conhecimento técnico-científico e de participação eficiente tanto a nível de governo quanto a nível de participação da coletividade. Esse é o entendimento de Vieira³ que assim se manifesta ao prefaciar o livro *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*

[...] Apesar de alguns avanços indiscutíveis, consubstanciados na oficialização gradativa de novos instrumentos de regulação jurídica e de coordenação política, em nosso país a dinâmica efetiva do sistema de gestão de problemas socioambientais continua marcada por um déficit flagrante de conhecimento científico inter e transdisciplinar, de eficiência operacional em todos os níveis de ação governamental e de participação popular efetiva nos espaços de tomada de decisão.

Observando que toda a legislação ambiental é ainda esparsa, Silvia Cappelli⁴ fala da necessidade urgente de sua codificação. Sobre o tema nos informa que existe um anteprojeto de Código Ambiental, bem como estudos para a criação de um código penal ambiental, de modo a revisar e reunir essa legislação, e acrescenta:

O fortalecimento da sociedade passa não só pela educação ambiental⁵ como pela possibilidade de efetiva participação popular na Política Nacional do Meio Ambiente, *com iniciativa para apresentação de projetos legislativos. participação em órgãos colegiados. dotados de poderes normativos. e através do Poder Judiciário.*

Não pretendemos, neste artigo, tratar de toda legislação ambiental, ante o grande número de dispositivos legais que disciplinam a matéria, sejam leis federais, estaduais, portarias, resoluções e outros.

3 VIEIRA, Paulo Freire. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*, 2002, XII, (Coordenador do núcleo Interdisciplinar de Meio Ambiente e Desenvolvimento da UFSC).

4 CAPPELLI, Silvia. Procuradora de Justiça. Professora de Direito Ambiental na Fundação Escola Superior do Ministério Público RS.

5 Lei n.º 9.795, de 27 de abril de 1999 (Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências - Essa lei implementa o que traz o art.225 da CF/88, o qual dispõe em seu inciso VI que: "promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente").

Nos ateremos a um breve estudo referente a um dos instrumentos legais disponíveis para a eficaz aplicação da lei, através dos entes públicos competentes para zelar pelo meio ambiente saudável e utilizado conforme os ditames legais, qual seja o licenciamento ambiental.

2 DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

2.1 CONCEITO DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL

O licenciamento ambiental é instrumento jurídico no qual o ente público, atendendo o que determina o art.225 da CF/88, busca evitar ou minimizar danos ambientais. Atentando-se para a necessidade de efetivar-se na fiscalização, no controle de atividades que ativa ou potencialmente poderiam vir a causar danos ao meio ambiente tal instrumento surgiu no ordenamento jurídico pátrio através da Lei estadual nº 997/76, que teve efetividade nacional com a edição da Lei nº 6.803/80 e, posteriormente com a Lei nº 9.638/81 (regulamentada pelo Decreto 99.274/90).

Com o advento da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981⁶, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, introduziu-se o conceito de Meio Ambiente. Através dessa lei o poluidor torna-se obrigado a reparar os danos causados, ante o princípio da responsabilidade objetiva, em ação movida pelo MP. Pode-se dizer que esta lei marcou o Direito Ambiental Brasileiro.

O art.9º da Lei nº 9638/81 traz relacionados os instrumentos legais disponíveis para a sua eficaz aplicação, quais sejam:

- I o estabelecimento de padrões de qualidade ambiental;
- II o zoneamento ambiental;
- III a avaliação de impactos ambientais;
- IV o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras;
- V os incentivos á produção e instalação de equipamentos e a criação ou absorção de tecnologia, voltados para a melhoria da qualidade ambiental;

6 Lei nº 10.165, de 27 de dezembro de 2000 (Altera a Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências).

- VI a criação de reservas e estações ecológicas, áreas de proteção ambiental e as de relevante interesse ecológico, pelo Poder Público Federal, Estadual e Municipal;
- VII O sistema nacional de informações sobre o meio ambiente;
- VIII O cadastro técnico federal de atividades e instrumentos de defesa ambiental;
- IX as penalidades disciplinares ou compensatórias ao não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção da degradação ambiental.

O licenciamento ambiental é um eficaz instrumento de planejamento da política ambiental, cujo escopo é controlar os impactos ambientais por atividades e empreendimentos que utilizam recursos naturais ou que possam efetiva ou potencialmente serem agentes poluidores, trazendo danos ao meio ambiente. É o licenciamento, pois, a forma de assegurar que haja desenvolvimento sócio-econômico sem degradação ambiental.

2.2 CONDIÇÕES PARA CONCESSÃO DO LICENCIAMENTO

Estabelece o art.10 da Lei nº 6.938/81 em que situações e exigências se dará o licenciamento, como se segue:

Art. 10 - A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.(redação dada pela Lei 7.804, de 18.07.89).

§ 1.0 Os pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão serão publicados no jornal do Estado, bem como em um periódico regional ou local de grande circulação.

§ 2º - Nos casos e prazos previstos em resolução do CONAMA, o licenciamento de que trata este artigo dependerá de homologação do IBAMA

§ 3º - O órgão estadual do meio ambiente e a SEMA (IBAMA), esta em caráter supletivo, poderão, se necessário e sem prejuízo das penalidades pecuniárias cabíveis, determinar a redução das atividades geradoras de poluição, para manter as emissões gasosas, os efluentes líquidos e os resíduos sólidos dentro das condições e limites estipulados no licenciamento concedido (Lei nº 7.804, de 18.07.89 - substituiu-se SEMA por IBAMA).

§ 4º - compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA o licenciamento previsto no caput deste artigo, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional. (parágrafo incluído pela Lei nº 7804, de 18.07.81).

O licenciamento, portanto, é o passo seguinte para que o Poder público possa conceder, ou não, a licença pretendida. Assim, o Estado avalia se determinada atividade poderá trazer riscos ao meio ambiente e a sociedade, através da Avaliação de Impacto Ambiental, que por sua vez está regulada pela Resolução CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente) nº 001 de 23 de janeiro de 1986, o qual está previsto no art.9, inciso II da Lei nº 6.938, de 31 *108/81*, sendo que a avaliação é feita através do Estudo Prévio de Impacto Ambiental - EPIA.

Conforme o art.2º da Resolução nº *001/81* tem-se a exigência da elaboração do Estudo Prévio de Impacto Ambiental e respectivo Relatório de Impacto Ambiental - RIMA.

3 DA NATUREZA JURÍDICA DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL E DAS CONTROVÉRSIAS DOUTRINÁRIAS

Tratar sobre a natureza jurídica do licenciamento ambiental nada tem de fácil. É que, inobstante boa parte da doutrina pátria entender que a licença ambiental tem mesmo natureza jurídica de licença no sentido que o direito administrativo lhe atribui, não é pacífico tal entendimento.

Há ainda, aqueles que atribuem ao licenciamento ambiental a natureza jurídica de autorização, o que nos leva a crer que a questão está longe de unanimidade de entendimento doutrinário.

Assim, segundo FINK⁷

no entendimento da maioria da doutrina, a licença ambiental tem a natureza jurídica mesmo de licença, no sentido que o direito administrativo lhe atribui. Resulta de um direito subjetivo do interessado que, para seu exercício, precisa preencher « alguns requisitos previstos em lei. Daí decorre que a Administração não pode negá-la quando o requerente satisfaz todos esses requisitos. Trata-se, portanto, de um ato administrativo vinculado.

Para outros, embora seja o licenciamento um ato administrativo vinculado, com características de licença, não há que entendê-lo segundo os princípios norteadores do direito administrativo, mas sim conforme as disposições inerentes ao direito ambiental, fundadas na legislação e confirmadas por práticas administrativas impostas na gestão ambiental.

Esse é o entendimento de MILARÉ⁸ que ao tratar dessa questão assim se manifesta:

Vale dizer, fundamentalmente a capacidade decisória da Administração resume-se ao reconhecimento formal de que os requisitos ambientais para o exercício do direito de propriedade estão preenchidos.

Não há se falar, portanto, em equívoco do legislador na utilização do vocábulo licença, já que disse exatamente o que queria (*lex tantum dixit quam voluit*). O equívoco está em se pretender identificar na licença ambiental, regi da' pelos princípios informadores do Direito do Ambiente, os mesmos traços que caracterizam a licença tradicional, modelada segundo cânon do Direito Administrativo, nem sempre compatíveis.

Há, ainda, aqueles que entendem o licenciamento ambiental como sendo uma autorização e não licença, nem reconhecem tratar-se de ato administrativo vinculado, defendendo que o conceito de licença, como empregado no direito administrativo não se aproveita quando diz

7 FINK, Daniel Roberto. **Aspectos Jurídicos do Licenciamento Ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 10.

8 MILARÉ. *op. cit.*, p.363.

respeito a licença ambiental. Nessa linha sustenta Paulo Affonso de Leme Machado⁹, que ao se referir a expressão licenciamento ambiental lembra que se trata de autorização ambiental e justifica dizendo que o tribunal de Justiça de São Paulo ao analisar a Lei nº 6.938/81, assim decidiu:

O exame dessa lei revela que a licença em tela tem natureza jurídica de autorização, tanto que o § 1º. de seu art.10 fala em pedido de renovação de licença, indicando, assim, que se trata de autorização, pois, se fosse juridicamente licença, seria ato definitivo, sem necessidade de renovação. A alteração é ato precário e não vinculado, sujeito sempre às alterações ditas pelo interesse público¹⁰.

Demonstrando ainda, as controvérsias existentes sobre a natureza jurídica do licenciamento ambiental, o Prof. Brazil Pinto¹¹ afirma que o mesmo não se trata de ato vinculado, sob o argumento de que embora o interessado no licenciamento preencha todos os requisitos legais, a Administração poderá não concedê-lo baseando-se em critérios de potencial impactação do meio ambiente e continua ... “mesmo se tratando de ato discricionário, este é *sui generis*, ou seja, a Administração não pode a seu talante decidir pela outorga ou não da licença, independentemente do que determina o EIA/RIMA.”

Muito embora alguns estudiosos da matéria não reconheçam o licenciamento ambiental como sendo licença, segundo o direito administrativo e, nem como sendo ato vinculado, mas discricionário ou ainda, discricionário *sui generis*, faremos uma breve reflexão sobre o tema nos voltando para a corrente doutrinária que atribui o licenciamento ambiental a qualidade de ato administrativo vinculado.

Conforme lição de GASPARINI¹² a autorização é:

ato administrativo discricionário mediante o qual a Administração Pública outorga a alguém, que para isso se interesse, o direito de realizar certa atividade material que sem ela lhe seria vedada. Por ser

9 MACHADO. Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 1. ed. São Paulo. Malheiros, 2003. p.258-259.

10 TJSP,7a C.,AR Ação Civil Pública I 78.554-1-6,rel.Des.Leite Cintraj.12.5.1993(Revista de Direito Ambiental 1/200-203, janeiro-março de 1996).

11 PINTO, Antonio Carlos Brazil. Academia Judicial do Poder Judiciário de Santa Catarina.

12 GASPARINI. 2001. p.79-81

discricionário, não está o Poder Público obrigado a agir conforme a solicitação que lhe fora feita, ainda que o interessado tenha atendido a todos os requisitos legais.

A licença, ao contrário da autorização, é ato administrativo vinculado por meio do qual a Administração Pública outorga a alguém, que para isso se interesse, o direito de realizar certa atividade material que sem ela lhe seria vedada, desde que satisfeitas as exigências legais. Desse modo, atendidos os requisitos previstos em lei, não tem, sob pena de ilegalidade, como ser negada pela Administração Pública a licença solicitada pelo administrado. É, pois, direito subjetivo do interessado.

Considerando, então, os conceitos acima e havendo lei vigente que disciplina o licenciamento ambiental, na qual constam os requisitos necessários para sua concessão pelo ente público competente, a forma em que ocorre o licenciamento, prazo de sua duração, e outros procedimentos necessários para seu regular desempenho, não vislumbramos como entendê-lo como sendo ato discricionário ou dissociado do conceito conferido pelo direito administrativo quanto á licença.

Entender o licenciamento ambiental como ato discricionário da autoridade que lhe confere certamente ensejará uma insegurança jurídica indesejada no nosso sistema jurídico. Ademais, é sabido que uma vez concedida a licença e sendo ato vinculado estará o mesmo sujeito ao crivo do poder judiciário para sua invalidação, desde que constatada sua ilegalidade.

Sendo a lei 6938/81 dispositivo legal que regula o instituto do licenciamento ambiental como pode ser o mesmo ato discricionário, se seu deferimento importa em obediência á lei, vinculando-o? O fato do licenciamento poder ser cancelado, não lhe atribui característica de discricionário, pois alterações do licenciamento são previstos em lei.

Então, compreendendo o licenciamento como sendo ato administrativo e sujeito ás regras dispostas no direito administrativo, o mesmo só poderá ser deferido após ter a Administração observado os princípios que norteiam todo ato administrativo e assegurados constitucionalmente, devendo, pois, estar tal ato revestido de legalidade, impessoalidade, moral idade, publicidade, e eficiência (art.37 da CF/88).

4 ESFERA DE COMPETÊNCIA PARA CONCESSÃO DE LICENCIAMENTO

A Resolução CONAMA N° 237, DE 19/12/97, no seu art.2.º, § 2.º, arrolou as atividades sujeitas ao licenciamento ambiental, porém saliente-se que esta lista não é exaustiva podendo ser complementada pelo órgão ambiental com competência para conferir o licenciamento.

O licenciamento ambiental poderá ser concedido na esfera Federal, Estadual, Municipal e pelo Distrito Federal, conforme dispõe a lei 6.938/81 em seus artigos 4.º, 5.º e 6.º, sendo que o procedimento de licenciamento obedecerá as etapas estipuladas no art.10.º.

Quanto a esta competência Milaré¹³ adverte para a inconstitucionalidade que possa advir da Resolução CONAMA 237/97, nos seguintes termos:

que a pretexto de estabelecer critérios para o exercício da competência a que se refere o art.10 da Lei 6.938/81 e conferir o licenciamento a um único nível de competência, acabou enveredando por seara que não lhe diz respeito, usurpando à Constituição competência que esta atribui aos entes federados.

Tratando da competência para o licenciamento ambiental, Hamilton ALONSO JUNIOR¹⁴ assevera que:

A competência para o licenciamento ambiental das atividades efetiva ou potencialmente poluidoras é questão de debate acirrado na atualidade, pois os Estados que na frente dos Municípios se organizaram para a análise desse importante instrumento da política nacional do meio ambiente vêem a ameaça de esvaziamento parcial de suas funções com a organização, pelos entes federativos municipais, de suas próprias agências licenciadoras

Segundo o autor, embora a referida Resolução conduza a questão da competência, de modo que cada ente federativo se ocupe do dano ambiental dentro de sua esfera de atuação, conforme os ditames da constituição, por vezes esses entes federativos invadem a competência

13 MILARE. op.cit., p.364

14 ALONSO JR. Hamilton; FINK, Daniel Roberto. *Aspectos Jurídicos do Licenciamento Ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. p.38.

do outro, momento em que tal Resolução se mostra em conflito com esses dispositivos constitucionais.

A Resolução CONAMA 237/97 traz em seu art.1.º algumas definições que julgamos de relevante importância para a compreensão das expressões já utilizadas no presente texto, de modo que passamos a transcrevê-las:

Art. 1º - [...]

I - Licenciamento Ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.

II - Licença Ambiental: ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente, estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental o que deverá ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos u atividades utilizadores dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental.

III - Estudos ambientais: são todos e qualquer estudos relativos aos aspectos ambientais relacionados á localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou empreendimento, apresentado como subsídio para a análise da licença requeri da, tais como: relatório ambiental, plano e projeto de controle ambiental, relatório ambiental preliminar, diagnóstico ambiental, plano de manejo, plano de recuperação da de área degradada e análise preliminar de risco.

IV - Impacto Ambiental Regional: é todo e qualquer impacto ambiental que afete diretamente (área de influência direta do projeto), no todo ou em parte, o território de dois ou mais Estados.

Cabe ao IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, o licenciamento de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional

e regional. Aos Estados e Distrito Federal compete o licenciamento ambiental dos empreendimentos e atividades localizados ou desenvolvidos em mais de um Município ou em unidades de conservação de domínio estadual ou do Distrito Federal. Já aos Municípios caberá o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local e daquelas que lhe forem delegadas pelo Estado por instrumento legal ou convênio, desde que ouvidos os órgãos competentes da União, dos Estados e do Distrito Federal.(art.6.º da Resolução CONAMA nº 237/97).

5 DOS PRAZOS PARA CONCESSÃO E VALIDADE DO LICENCIAMENTO

Nos termos do art.14 da Resolução CONAMA nº 237/97, o prazo a ser observado pela Administração na concessão das diferentes modalidades de licença poderá variar em razão das peculiaridades da atividade ou empreendimento, ficando a critério do órgão ambiental competente estabelecer o referido prazo, desde que esse prazo não ultrapasse o limite de 6(seis)meses a contar do protocolo de requerimento até seu deferimento ou indeferimento. Porém, havendo Estudo de Impactação Ambiental(EIA) ou Relatório de Impacto ao Meio Ambiente(RIMA) esse prazo poderá estender-se até o máximo de 12(doze) meses.

Os prazos estipulados, segundo o artigo acima, só poderão ser alterados caso haja concordância do empreendedor (requerente) e do órgão ambiental competente, e não cumprimento do prazo legal ensejará o arquivamento da solicitação de licenciamento, o que não impedirá nova solicitação, desde que sejam observados os procedimentos necessários e novo pagamento de custo de análise.(arts. 16/17).

Uma vez que a solicitação de licenciamento tenha que ser complementado ou haja necessidade de esclarecimentos, o empreendedor deverá cumprir as exigências formuladas pelo órgão ambiental no prazo de 04(quatro) meses, contados a partir do recebimento da notificação (art.15).

No que diz respeito á validade do licenciamento tais prazos foram fixados no art.18 da Resolução CONAMA nº 237/97, verbis:

Art.18 - O órgão ambiental competente estabelecerá os prazos de validade de cada tipo de licença, especificando-os no respectivo documento, levando em consideração os seguintes aspectos:

I - O prazo de validade da Licença Prévia (LP) deverá ser, no mínimo, o estabelecido pelo cronograma de elaboração dos planos, programas e projetos relativos ao empreendimento ou atividade, não podendo ser superior a 5 (cinco) anos.

II - O prazo de validade da Licença de Instalação(LI) deverá ser, no mínimo, o estabelecido pelo cronograma de instalação do empreendimento ou atividade, não podendo ser superior a 6(seis) anos.

III - o prazo de validade da Licença de Operação(LO) deverá considerar os planos de controle ambiental e será de, no mínimo, 4(quatro) anos e, no máximo, 10(dez) anos:

§ 1.0 - A Licença Prévia (LP) e a Licença de Instalação (LI) poderão ter os prazos de validade prorrogados, desde que não ultrapassem os prazos máximos estabelecidos nos incisos I e II. § 2.º - O órgão ambiental competente poderá estabelecer prazos de validade específicos para a Licença de Operação (LO) de empreendimentos ou atividades que, por sua natureza e peculiaridades, estejam sujeitos a encerramento ou modificação em prazos inferiores.

§ 3.º - Na renovação da Licença de Operação(LO) de uma atividade ou empreendimento, o órgão ambiental competente poderá, mediante decisão motivada, aumentar ou diminuir o seu prazo de validade, após avaliação do desempenho ambiental da atividade ou empreendimento no período de vigência anterior, respeitados os limites estabelecidos no inciso III.

§ 4.º - A renovação da Licença de Operação(LO) de uma atividade ou empreendimento deverá ser requerida com antecedência mínima de 120(cento e vinte) dias da expiração de seu prazo de validade, fixado na respectiva licença, ficando este automaticamente prorrogado até a manifestação definitiva do órgão ambiental competente.

6 DA MODIFICAÇÃO, SUSPENSÃO OU ANULAÇÃO DO LICENCIAMENTO

O poder público ao indicar em que atividades deverá ser necessário a obtenção do licenciamento não pode prever todas as variantes que a natureza apresentará no decorrer do licenciamento concedido. Por

isso, o licenciamento não é *ad eternum* e poderá sofrer modificações, alterações ou mesmo cancelamento.

Desse modo, o que se garante ao empreendedor é que enquanto as condições em que ocorreram o alvará de licença permanecerem sem alterações o licenciamento permanecerá. Por outro lado, ocorrendo qualquer situação que possa alterar as condições inicialmente analisadas e que possibilitaram a concessão do licenciamento não há que se falar em direito adquirido do empreendedor.

Por isso, prevendo que as condições iniciais que motivaram a concessão do alvará de licença(licenciamento) o art.19 da Resolução CONAMA n° 237/97, dispõe que:

Art. 19 - O órgão ambiental competente, mediante decisão motivada, poderá modificar os condicionantes e as medidas de controle e adequação, suspender ou cancelar uma licença expedida, quando ocorrer:

I - violação ou inadequação de quaisquer condicionantes ou normas legais;

II - omissão ou falsa descrição de informações relevantes que subsidiaram a expedição da licença;

III - 'superveniência de graves riscos ambientais e de saúde'.

Em sendo assim, a modificação, suspensão ou invalidação do licenciamento ambiental deverá ocorrer seja por iniciativa da Administração que poderá rever seus atos a qualquer momento (conforme previsão legal), ou ainda na sua omissão poderá o poder judiciário fazê-lo, mediante provocação em ação civil pública¹⁵ ou, ainda, por ação popular. Nesse caso, entendemos que não há que se falar em indenização em favor do empreendedor, haja vista que a atividade por ele desenvolvida tomou real o risco de dano ao meio ambiente que antes era, tão somente, um risco em potencial.

15 Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985(Esta lei institui a Ação Civil Pública como instrumento processual específico para a defesa do Meio Ambiente, bem como de outros direitos difusos e coletivos tomando a agressão ambiental, de fato, um caso de justiça, reforçando as atuações das associações civis e do Ministério Público).

7 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS SANÇÕES PENAIS E ADMINISTRATIVAS CONTRA ATO LESIVO AO MEIO AMBIENTE

A prática de atividades arroladas na Resolução CONAMA nº 237/97 e na Lei 9.638/81 sem o devido licenciamento ambiental levará o infrator a sofrer as sanções previstas, na Lei 9.605, de 12/02/98, a qual dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de atividades e condutas lesivas ao meio ambiente¹⁶

Conforme comentário de Daniel Roberto Fillk “conquanto possua muitos defeitos, a Lei dos Crimes Ambientais tem um grande mérito: é a primeira tentativa bem-sucedida de se dar um mínimo de sistematização e uniformidade às normas penais” (in Aspectos Jurídicos do Licenciamento Ambiental, Forense, 2003, p.110).

Com a reedição da Medida Provisória nº 1.710/98, atual Medida Provisória nº 2.163-41 podemos dizer que houve um grande avanço, quando ao poder de polícia dos órgãos ambientais integrantes do SISNAMA e detentores do poder de polícia, os quais ficaram legitimados a celebrar com os responsáveis por atividades suscetíveis de causarem danos ao meio ambiente, sejam pessoas físicas ou jurídicas, um termo de compromisso, com prazo de 90 (noventa) dias a 03(três) anos para se adequarem às exigências da legislação de proteção ao meio ambiente.

No que diz respeito às sanções administrativas, dispostas no Capítulo VI d Lei 9.605/98, estão regulamentadas no Decreto 3.179, de

16 Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998(Lei de Crimes Ambientais” - Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Todos os envolvidos em crimes ambientais serão responsabilizados (Art 2.º).

As pessoas jurídicas serão responsabilizada~ criminalmente (Art. 3.º). Esta lei traz uma situação inovadora que é a responsabilização da pessoa jurídica.

Os instrumentos utilizados nos crimes serão apreendidos como máquinas agrícolas, motosserras, tratores, machados, , serrotes, redes de pesca, barcos, armas de fogo, armadilhas, instrumentos agrícolas entre outros.

Os produtos como lenha, carvão, madeira, animais e peixes também serão apreendidos. (art. 25).

Qualquer pessoa, constatando infração ambiental, poderá dirigir representação às autoridades.

A autoridade ambiental que tiver conhecimento da infração ambiental é obrigada a promover sua apuração

imediate, mediante processo próprio administrativo próprio sob pena de co-responsabilidade. (Art. 70).

A multa será de no mínimo R\$ 50,00 (cinquenta reais) a R\$ 50.000,00 (cinquenta milhões de reais). (Art. 75).

21/09/99 (alterado pelo Decreto 3.919, de 14/09/2001, que introduziu o art.47-A ao decreto anterior)

As sanções administrativas, portanto, são:

- a) advertência;
- b) multa simples; e
- c) multa diária.

Vale salientar que a incidência das penalidades aplicadas e das sanções administrativas ocorrem em virtude da ausência do necessário licenciamento ambiental, de modo que só por meio da obtenção, junto ao órgão ambiental competente, do licenciamento ambiental estará a pessoa física ou jurídica, legalmente possibilitada a desenvolver atividade arroladas no art.10 da Lei 9.638/81, e aquelas enumeradas na Resolução CONAMA n° 237/97.

Ocorrendo fatos ou atos posteriores á licença pode-se recomendar sua suspensão ou mesmo sua retirada. Os efeitos do ato administrativo podem cessar de várias formas, tais como pela:

- a) revogação (quando inconveniente ou inoportuno); invalidação (quando ilegal);
- b) cassação (quando ocorre descumprimento das condições que ensejaram o ato administrativo); caducidade (quando surge lei posterior que não admite aquela situação antes permitida e outorgada);
- c) contraposição (surgimento de ato posterior ao praticado, cuja competência é adversa do anterior, e seus efeitos são contrapostos, provocando a retirado do ato anteriormente concedido).

Considerando que ocorrem variações ambientais que impliquem novas condições, bem como medidas de controle e adequação poderão ensejar a suspensão da atividade ou ainda a retirada da licença. Isto porque a licença ambiental só poderá ser concedida se atendidos os requisitos necessários á preservação do meio ambiente, bem esse protegido constitucionalmente.

Contudo, FINK¹⁷ chama atenção para os casos em que a licença fora concedida, porém ocorreram fatos que levaram a sua revisão ou até sua retirada. Segundo o autor há que atentar-se para os aspectos econômicos então envolvidos, bem como os direitos subjetivos daquele a quem fora concedida a licença ambiental, e assevera:

se tratando de ato vinculado, e havendo novas circunstâncias que recomendem a suspensão ou retirada da licença ambiental, sem que o empreendedor tenha dado causa a elas, certamente ele faz jus ao ressarcimento de seu investimento, bem como aos lucros cessantes e perdas e danos. Caso contrário, a hipótese representaria verdadeiro confisco, repugnado por nosso sistema jurídico.

O princípio da legalidade deverá nortear a Administração na concessão da licença ambiental, não poderia ser diferente como leciona CRETELLA JUNIOR¹⁸.

[...] o princípio da legalidade assume vital importância no âmbito do direito público, assinalando que as autoridades administrativas, nas decisões que tomam, têm de conformar-se á lei ou, mais precisamente, á legalidade, formada por um conjunto de regras de direito, consubstanciadas, em sua maior parte, nas leis formais.

A concessão do licenciamento ambiental trata-se de ato administrativo que se desdobra em vários outros atos os quais visam certificar-se de que determinada atividade atende os padrões ambientais permitidos, de modo que cada etapa do empreendimento sujeita-se a uma licença específica. Assim, temos:

Licença Prévia - LP - etapa preliminar do projeto. Permissão para instalação;

Licença de Instalação - LI- início da implantação (desde que atendida licença anterior);

Licença de Operação - LO - início do funcionamento da atividade (respeitadas as licenças anteriores).

17 FINK. op. cit., p.10.

18 CRETELLA JR. José. *Tratado de Direito Administrativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 15.

A licença ambiental só ocorrerá quando a atividade indique sua potencialidade em poluir ou causar degradação ambiental, ou, ainda, para aquelas atividades que utilize recursos naturais. Em sendo assim, o interessado deverá requerer o licenciamento junto ao órgão competente para fornecê-la, desde que o impacto ambiental seja significativo e de âmbito nacional ou regional, qual seja o IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis) o qual integra o SISNAMA (Sistema Nacional do Meio Ambiente).

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como dito inicialmente o presente trabalho busca trazer algumas considerações sobre o licenciamento ambiental sem pretensão de esgotar o tema. Concluindo, podemos dizer que o licenciamento é um ato administrativo vinculado, colocado á disposição da Administração Pública através da Lei 9.638/81, Resolução CONAMA nº 237/97, sem o qual os entes públicos com competência para atuar em questões referentes ao meio ambiente certamente ficariam sem um instrumento atuante e eficaz no combate ao desempenho de atividades poluidoras e prejudiciais ao meio ambiente.

É importante salientar que os problemas que atingem o meio ambiente são cada vez maiores e preocupantes, colocando, cada vez mais a vida no planeta, e do planeta, em grandes riscos. Sem uma consciência global da necessidade de implementação de programas educacionais, preventivos, no combate aos riscos e aos danos aos quais sujeitam o meio ambiente a uma degradação, não há como falar em qualidade de vida hoje e para as gerações futuras.

9 REFERÊNCIAS

AYALA, Patryck de Araújo e LEITE; MORATO, José Rubens. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ALONSO JR. Hamilton; FINK, Daniel Roberto. **Aspectos Jurídicos do Licenciamento Ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense.

CAMPOS, Édson Tele; NASCIMENTO Daniel Trento do; SCHEMINI, Pedro Carlos. **Planejamento Urbano e Meio Ambiente á Luz do Estatuto da Cidade**. Disponível em: <[HTTP://geodesia.ufsc.br/geodesia-online/arquivolCobrac_2002/1_05/1_05.htm](http://geodesia.ufsc.br/geodesia-online/arquivolCobrac_2002/1_05/1_05.htm)>.

CAPPELLI, Silvia. **Legislação Ambiental**. Disponível em: <<http://www.coolméia.com.br/RS>>

CRETELLA JR. José. **Tratado de Direito Administrativo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

MACHADO. Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 1. ed. São Paulo. Malheiros, 2003.

MASCARENHAS. Rodrigo Tostes de Alencar. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1086-70:**

O STF, O Direito Ambiental e a Competência Legislativa Concorrente na Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/direito/revista/online/rev08_rodrigo.html>

MILARÉ. Edis. **Direito do Ambiente**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PINTO. Antonio Carlos Brazil. **Direito Ambiental**.

SIQUEIRA. André Boccasius. **Revista eletrônica Mestrado Educação Ambiental**. ISSN 15171256. v. 09, jul./dez. 2002.

10 REFERENCIAS LEGISLATIVAS

BRASIL. Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965. Institui o novo Código Florestal Brasileiro. Constitui um importante instrumento no tocante a proteção da flora.

BRASIL. Lei nº 5.197, de 3 de janeiro de 1967 (Dispõe sobre proteção à Fauna) Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981

BRASIL. Lei nº 7.173, de 14 de dezembro de 1983. Dispõe sobre o estabelecimento e funcionamento de Jardins Zoológicos e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 8.171, de 17 de janeiro de 1991. Dispõe sobre a política agrícola .

BRASIL. Lei nº 6.513, de 20 de dezembro de 1977. Dispõe sobre a criação de Áreas Especiais e de Locais de Interesse Turístico; sobre o inventário com finalidades turísticas dos bens de valor cultural e natural e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981. Dispõe sobre a criação de Estações Ecológicas, Áreas de Proteção Ambiental e dá outras providências)

BRASIL. Lei nº 7.643, de 18 de dezembro de 1987. Proíbe a pesca de cetáceos nas águas jurisdicionais brasileiras e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 7.679, de 23 de novembro de 1988. Dispõe sobre a proibição da pesca de espécies em períodos de reprodução e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 7.754, de 14 de abril de 1989. Estabelece medidas para proteção das florestas existentes nas nascentes dos rios e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989. Dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins.

BRASIL. Lei nº 7.803, de 18 de julho de 1989(Altera dispositivos da Lei nº 4.771/65. Código Florestal Brasileiro.

BRASIL. Lei Complementar nº 59, de 1 de outubro de 1991. Dispõe sobre a repartição de 5% do ICMS, a que alude o art.2º da Lei nº 9.491/90, aos municípios com mananciais de abastecimento e unidades de conservação ambiental, assim como adota outras providências. ICMS Ecológico

BRASIL. Lei nº 8.617, de 4 de janeiro de 1993. Dispõe sobre o mar territorial, a zona contígua, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental brasileiros, e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 9.111, de 10 de outubro de 1995. Acrescenta dispositivo à Lei nº 5.197, de 3 de janeiro de 1967, que dispõe sobre a proteção à fauna.

BRASIL. Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de recursos Hídricos e cria o Sistema Nacional de Recursos Hídricos.

BRASIL. Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art.225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências.

O BENEFÍCIO DE AUXÍLIO-ACIDENTE À LUZ DO DIREITO INTERTEMPORAL

Ricardo Caldas

*Procurador Federal na PFE/INSS em Joaçaba/SC,
Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Entendimento do STF; 3 Auxílio-acidente e pecúlio da lei 5.316/76; 4 Auxílio suplementar e auxílio-acidente da lei 6.367/76; 5 Auxílio-acidente da lei 8.213/91; lei 9.032/95: modificação do percentual.; lei 9.528/97: vitaliciedade; 6 Decreto 3.048/99. 7 Considerações finais. 8 Referências.

RESUMO: Esta nota decorre do entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal, onde se firmou entendimento de que os benefícios previdenciários devem ser concedidos de acordo com a legislação vigente na época da concessão ou do infortúnio (para o caso de o benefício não ter sido concedido ainda).

PALAVRAS-CHAVE: Previdenciário. Auxílio-Acidente. Supremo Tribunal Federal. Direito Intertemporal. Prescrição. Vitaliciedade. Percentual. Aplicação.

1 INTRODUÇÃO

Esta nota decorre do entendimento recém consolidado no Supremo Tribunal Federal, em contraposição às diversas ações que se propõe na Justiça Estadual, requerendo a concessão de benefícios de auxílio-acidente para infortúnios ocorridos nas datas mais remotas.

Far-se-á uma análise suscita, porém minuciosa, da legislação relativa ao auxílio-acidente, desde que o mesmo passou à competência da Previdência Social, analisando os pontos mais controvertidos, como prescrição, percentual e vitaliciedade do benefício.

2 ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Encontra-se no informativo nº 455, do Supremo Tribunal Federal, quando o Pretório Excelso entendeu pela irretroatividade da lei posterior mais benéfica em matéria previdenciária. Não só pelo direito adquirido do INSS em aplicar a legislação vigente à época do fato que deu origem a concessão do benefício, como também pela ausência de fonte de custeio para majoração ou concessão de benefícios nos patamares previstos pela nova legislação.

Em decisões mais recentes, o mesmo posicionamento foi adotado também em casos de auxílio-acidente. Como exemplo, segue a decisão monocrática do Ministro MENEZES DIREITO, por ocasião do RE 482289/SP, em 20.02.2008:

Vistos.

Instituto Nacional do Seguro Social-INSS interpõe recurso extraordinário, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, *contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça que entendeu devida a revisão do auxílio-acidente para 50% (cem por cento) do “salário de contribuição, nos termos da nova redação da Lei nº 8.213/91, dada pela Lei nº 9.032/95.*

O acórdão recorrido restou assim ementado:

[...]

Alega o recorrente, contrariedade aos artigos 5º, inciso XXXVI, 195, § 5º, e 201 da Constituição Federal.

Sem contra-razões (fl. 315), o recurso extraordinário (fls. 295 a 310) foi admitido (fls. 316/317).

Decido.

Anote-se, primeiramente, que, conforme exposto na certidão de fl. 289, o INSS foi intimado do acórdão recorrido em 1º/7/05, não sendo exigível, conforme decidido na Questão de Ordem no AI 664.567, Pleno, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 6/9/07, a demonstração da existência de repercussão geral das questões constitucionais trazidas no recurso extraordinário.

A irresignação merece prosperar.

No julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 415.454 e 416.827, realizado em 8/2/07, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a aplicação dos efeitos financeiros introduzidos pela Lei 9.032/95, não alcançam os benefícios concedidos, ou cujos requisitos foram implementados antes da sua vigência, *devendo ser aplicado o princípio tempus regit actum, tendo em vista que a aplicação retroativa da referida lei caracterizaria ofensa aos artigos 5º, inciso XXXVI, e 195, § 5º, da Constituição Federal.*

Na sessão seguinte, decidiu o Plenário desta Corte que o entendimento acerca da impossibilidade da extensão dos efeitos financeiros da Lei nº 9.032/95 a benefícios previdenciários concedidos em período anterior a sua vigência inclui, além da pensão por morte, a aposentadoria por invalidez e a aposentadoria especial. Nesse sentido, anote-se:

Previdência Social. Benefício previdenciário. Pensão por morte. Aposentadoria por invalidez. Aposentadoria especial. Renda mensal. Valor. Majoração. Aplicação dos arts. 44, 57, § 1º, e 75 da Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9.032/95, a benefício concedido ou cujos requisitos foram implementados anteriormente ao início de sua vigência. Inadmissibilidade. Violação aos arts. 5º, XXXVI, e 195, § 5º, da CF. Recurso extraordinário provido. Precedentes do Plenário. Os arts. 44, 57, § 1º, e 75 da Lei federal nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.032/95, não se aplicam aos benefícios cujos requisitos de concessão se tenham aperfeiçoado antes do início

de sua vigência (RE 470.244, Relator o Ministro **Cezar Peluso**, DJ de 23/3/07).

Esse mesmo entendimento, firmado nos precedentes citados, aplica-se, também aos benefícios de auxílio-acidente, como no caso dos auto.

O próprio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que sempre adotou entendimento contrário, já aplica o raciocínio consolidado no Supremo Tribunal Federal:

Ainda que, em ocasiões anteriores, com suporte na interpretação que vinha sendo adotada pacificamente nesta Corte e no Superior Tribunal de Justiça, tenha me posicionado no sentido de que o direito assegurado na sentença não viola o ato jurídico perfeito, bem como não se trata de retroatividade indevida, mas tão-somente da produção imediata dos efeitos da Lei nº 9.032/95 que, por ser mais benéfica ao obreiro, deve ter seus efeitos aplicados a partir da sua vigência (28/04/1995), é imperioso ressaltar que o Supremo Tribunal Federal em decisão proferida nos Recursos Extraordinários ns. 415454 e 416827, determinou que a Lei n. 9.032/95 somente será aplicada aos fatos ocorridos após a sua publicação. (AP. Cív. 2007.001619-0, Rel. Dês. Cid Goulart)

Assim, não resta mais dúvida quanto à aplicação do direito intertemporal com relação aos benefícios previdenciários, e, por conseguinte, ao benefício de auxílio-acidente. Aplicar-se-á sempre a lei vigente à época do fato gerador da obrigação previdenciária.

3 LEI 5.316/67. AUXÍLIO-ACIDENTE E PECÚLIO.

No Brasil, apenas a partir da Lei 5.316/67, passou-se à responsabilidade da Previdência Social a cobertura das indenizações decorrentes dos acidentes de trabalho. O **auxílio-acidente** era devido, caso houvesse redução, em percentual maior que 25%, da capacidade para o trabalho que não ensejasse a concessão dos demais benefícios por incapacidade.

De outro turno, se a redução fosse menor do que 25% da capacidade laborativa, o segurado terá direito a apenas um **pecúlio**, com valor resultante da aplicação da percentagem da redução à quantia correspondente a 72 (setenta e duas) vezes o salário mínimo vigente à época, conforme artigo 8º. da legislação em comento.

3.1 SALÁRIO DE BENEFÍCIO E VITALICIEDADE

Deve-se, ainda, analisar as disposições contidas na referida lei, quanto à vitaliciedade e a forma de cálculo do salário de benefício do segurado. Assim dispõe o Parágrafo Único do art. 7º. da legislação em comento:

Respeitado o limite máximo estabelecido da legislação previdenciária, o auxílio de que trata este artigo *será adicionado ao salário de contribuição*, para o cálculo de qualquer outro benefício não resultante do acidente.

Percebe-se, portanto, que para o caso de concessão de benefício, *não decorrente do acidente*, como no caso de uma *aposentadoria por tempo de contribuição*, os valores percebidos pelo segurado a título de auxílio-acidente deverão ser adicionados ao salário de contribuição, para fins de cálculo de sua aposentadoria.

Frise-se, por oportuno, que, neste caso, os valores do auxílio-acidente serão adicionados aos salários de contribuição até o limite máximo estabelecido na legislação previdenciária vigente à época da aposentadoria.

Por outro lado, caso o segurado seja *aposentado por invalidez decorrente do acidente de trabalho*, no cálculo do salário de benefício não entrarão os valores do auxílio-acidente pago ao beneficiário. No caso do pecúlio, não há previsão legal para que o mesmo seja somado aos salários de contribuição.

3.2 PRESCRIÇÃO

Firmou-se entendimento de que, no caso do auxílio-acidente, a prescrição atinge apenas as parcelas referentes ao quinquênio anterior à propositura da ação, não incidindo a decadência do fundo do direito.

O art. 17 e o art. 31 da Lei 5.316/67 assim dispunham:

Art. 17. Ressalvado o disposto no art. 31, as ações referentes a prestação por acidente de trabalho prescreverão em 5 (cinco) anos [...]

Art. 31. As ações fundadas em acidente de trabalho ocorrido até 30/06/1970 prescreverão em (dois) anos [...]

Entende o Superior Tribunal de Justiça que, em se tratando de benefício de prestação continuada, não há que se falar em incidência de prescrição para propositura das ações, mas tão somente das parcelas anteriores aos cinco anos pretéritos ao ajuizamento da demanda.

Ocorre que, se o acidente ocorreu antes de 1970, o prazo prescricional da lei é de dois anos. Destarte, ainda que se aplique o entendimento de que não há prescrição do fundo do direito, devem-se declarar prescritas as parcelas anteriores aos **dois** anos anteriores à propositura da ação.

Questão recorrente diz respeito à prescrição relativa ao pecúlio, para o caso de o percentual de incapacidade ser inferior a 25%. Como neste caso não se trata de obrigação de trato sucessivo, deverá incidir a prescrição legal.

Segue entendimento do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo:

PECÚLIO.

2º TACivSP. Seguridade social. Acidente de trabalho. Acidente típico. Ocorrência na vigência da Lei 5.316/67. Benefício. Pecúlio. Prazo prescricional. Prescrição ocorrida. Extinção do processo. CPC, art. 269, IV. Lei 5.316/67, art. 8º. Tendo o acidente típico ocorrido na vigência da Lei 5.316/67, onde, para a redução da capacidade inferior à 25%, era garantido ao acidentado o recebimento de um pecúlio, de prestação única, mas que se encontra superado pelo prazo prescricional.

Assim, para os acidentes ocorridos sob a égide da Lei 5.316/67, onde se constate que a redução da capacidade laborativa seja inferior a 25%, o direito ao recebimento do pecúlio estará condicionado à propositura da ação dentro do prazo legal, seja de dois ou cinco anos, conforme o caso.

4 LEI 6.367/76. AUXÍLIO-SUPLEMENTAR E AUXÍLIO-ACIDENTE.

A lei 6.367/76 passou a regulamentar a matéria dos benefícios decorrentes de acidentes de trabalho, criando as figuras do auxílio-suplementar e do auxílio-acidente.

4.1 AUXÍLIO-SUPLEMENTAR

O primeiro era devido, no percentual de 20%, caso o segurado continuasse a exercer a mesma atividade, porém com limitação em decorrência do acidente. Neste caso, incidirá, portanto, a disposição prevista no art. 9 da Lei 6.367/76:

Art. 9º O acidentado do trabalho que, após a consolidação das lesões resultantes do acidente, apresentar, como seqüelas definitivas, perdas anatômicas ou redução da capacidade funcional, constantes de relação previamente elaborada pelo Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS), as quais, embora não impedindo o desempenho da mesma atividade, demandam, permanentemente, maior esforço na realização do trabalho, fará jus, a partir da cessação do auxílio-doença, a um auxílio mensal que corresponderá a 20% (vinte por cento) do valor de que trata o inciso II do art. 5º desta Lei, observado o disposto no § 4º do mesmo artigo.

Parágrafo Único. Esse benefício cessará com a aposentadoria do acidentado e seu valor não será incluído no cálculo da pensão.

No mesmo sentido, vejamos o que dispunha o art. 241, § 2º, do Decreto 83080/79:

§ 2º O auxílio-suplementar cessa com a concessão de aposentadoria de qualquer espécie e o seu valor não é incluído no cálculo da pensão por morte acidentária ou previdenciária.

Ou seja, o segurado tem direito a um auxílio-mensal de 20%, porém este deverá cessar com a concessão de qualquer aposentadoria.

4.2 AUXÍLIO-ACIDENTE

O art. 6º. da referida lei, previa um auxílio-acidente mensal, para os casos em que o segurado restava impossibilitado de exercer a mesma atividade, porém sem fazer jus ao benefício de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez.

Nestes casos, o percentual do benefício será de 40%, sendo o mesmo vitalício, podendo ser acumulado com qualquer outro benefício não decorrente do acidente de trabalho.

4.3 PRESCRIÇÃO E SALÁRIO DE BENEFÍCIO.

A prescrição deverá ser regulada segundo o entendimento jurisprudencial dominante, restando prescritas as parcelas referentes aos cinco anos anteriores à propositura da demanda, eis que se trata de prestação de cunho sucessivo.

Quanto ao salário de benefício, a lei não prevê, nem para o auxílio-suplementar, tampouco para o auxílio-acidente, o cômputo dos valores recebidos no cálculo para concessão de aposentadoria por tempo de contribuição.

Para o auxílio-suplementar de 20%, o Parágrafo Único, do artigo 9º., dispõe que o valor percebido não será computado no valor da pensão. Neste caso, presume-se que a lei quer se referir à morte do segurado enquanto ainda não aposentado, tendo em vista que, se já estivesse aposentado, o benefício já teria cessado.

Já para o auxílio-acidente de 40%, que pode ser cumulado com a aposentadoria, a lei prevê que metade de seu valor será computada no cálculo da pensão por morte, desde que esta não decorra do acidente do trabalho.

Art. 6º.

§ 2º A metade do valor do auxílio-acidente será incorporada ao valor da pensão quando a morte do seu titular não resultar de acidente do trabalho.

Assim, percebe-se que nenhum dos dois benefícios em comento, sob a vigência da Lei 6.367/76, poderá ter seus valores adicionados ao salário de contribuição para cálculo de aposentadoria, até porque a Lei 5.136/67 foi totalmente revogada pela norma sob análise.

Quanto ao auxílio-acidente, deve-se perceber que o benefício continuará sendo pago de forma concomitante à aposentadoria, eis que não há previsão legal para cessação. Do contrário, haveria uma dupla incidência no benefício, que continuaria sendo pago ao segurado e entraria no cálculo do salário de benefício.

Já para a concessão de pensão por morte, metade do valor, somente no caso do auxílio-acidente, deverá ser somada para obter o salário de benefício. Tal disposição foi mantida pela Lei 8.213/91, vigendo até 1995, como será explicitado a seguir.

5 LEI 8.213/91. AUXÍLIO-ACIDENTE.

Com a publicação da Lei 8.213/91, a indenização por acidente do trabalho passou a ter nova normatização. Para que seja devido, pressupõe três requisitos essenciais: ocorrência do acidente, que do acidente resulte a produção de seqüela definitiva e que tal seqüela reduza a capacidade laborativa para a função que o segurado exercia.

Portanto, deve-se comprovar a ocorrência de acidente de trabalho, o nexó etiológico entre este e a lesão do segurado, bem como que tal seqüela reduza a capacidade laborativa *para atividade que o segurado exercia no momento da ocorrência do acidente*.

Ou seja, não importa se o segurado passou a exercer nova função, para a qual a sua seqüela importe em redução da capacidade laborativa. Deve-se atentar sempre para a função que o segurado exercia no momento da ocorrência do acidente. Assim dispõe o art. 86 da Lei 8.213/91:

Art. 86. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem seqüelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

Da mesma forma, se depois de concedido o benefício o segurado passar a exercer função onde a seqüela não implique diminuição da capacidade, o auxílio-acidente não cessará.

São lições do Professor Fábio Zambite Ibrahim, no seu Curso de Direito Previdenciário, 12^a. Ed., Impetus, 2008:

Ainda que o segurado, no futuro, venha a exercer atividade remunerada em que não haja reflexo negativo de sua seqüela, o auxílio-acidente continuará sendo pago.

No que tange aos percentuais, estes eram originalmente previstos em 30%, 40% ou 60%, conforme a redução da capacidade laborativa. Porém, a partir da alteração trazida pela Lei 9.032/95, o percentual restou unificado em 50% do Salário de Contribuição do segurado.

5.1 VITALICIEDADE E SALÁRIO DE BENEFÍCIO.

Até o advento da Lei 9.528/97, o benefício de auxílio-acidente era vitalício, porém não entrava no cômputo do salário de benefício de eventual aposentadoria por tempo de contribuição do segurado.

A partir de 1997, o benefício deverá cessar com a aposentadoria, porém deverá ser adicionado ao salário de contribuição para cálculo do salário de benefício do segurado. Assim dispõe o art. 86:

Art. 86. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem seqüelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia. *(Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)*

§ 1º O auxílio-acidente mensal corresponderá a cinqüenta por cento do salário-de-benefício e será devido, observado o disposto no § 5º, até a véspera do início de qualquer aposentadoria ou até a data do óbito do segurado. *(Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997).*

§ 2º O auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, vedada sua acumulação com qualquer aposentadoria. *(Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997).*

Quanto ao cômputo no salário de benefício, reza o art. 31:

Art. 31. O valor mensal do auxílio-acidente integra o salário-de-contribuição, para fins de cálculo do salário-de-benefício de qualquer aposentadoria, observado, no que couber, o disposto no art. 29 e no art. 86, § 5º. *(Restabelecido com nova redação pela Lei nº 9.528, de 1997).*

Em suma, apenas após a edição da Lei nº 9.528/97 é que foram restabelecidas as disposições da Lei 5.316/67, quando o auxílio-acidente

entrava no cálculo do salário de benefício, sempre respeitando o limite máximo previsto (teto) na legislação previdenciária.

Quanto ao acréscimo do valor do benefício no cálculo da pensão por morte, a Lei 8.213/91 previu tal disposição, até ser revogada pela Lei 9.032/95.

§ 4º Quando o segurado falecer em gozo do auxílio-acidente, a metade do valor deste será incorporada ao valor da pensão se a morte não resultar do acidente do trabalho. *(Revogado pela Lei nº 9.032, de 1995).*

Para os segurados que tenham sofrido acidente, após 1995 e antes de 1997, o benefício de auxílio-acidente será vitalício, porém não será computado para o cálculo do salário de benefício da pensão por morte.

6 DECRETO 3.048/99

Deve-se ressaltar ainda, que as disposições contidas no Decreto Lei 3.048, de 06 de maio de 1999, não refletem a melhor interpretação da legislação em consonância com o princípio do tempo rege o ato, consagrado no Supremo Tribunal Federal.

O decreto apenas repete as disposições da lei, sem considerar as legislações pretéritas, que por muitas vezes permitiam a vitaliciedade do benefício de auxílio-acidente.

Art. 104. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado empregado, exceto o doméstico, ao trabalhador avulso e ao segurado especial quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultar seqüela definitiva, conforme as situações discriminadas no anexo III, que implique: *(Redação dada pelo Decreto nº 4.729, de 2003).*

§ 2º O auxílio-acidente será devido a contar do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, vedada sua acumulação com qualquer aposentadoria.

§ 3º O recebimento de salário ou concessão de outro benefício, exceto de aposentadoria, não prejudicará a continuidade do recebimento do auxílio-acidente.

Ou seja, de nada adianta a Procuradoria Federal lutar judicialmente pela concessão dos benefícios de acordo com a legislação vigente à época do infortúnio, se administrativamente o INSS não aplica tais disposições, tanto quanto ao percentual, bem como no que se refere à vitaliciedade do benefício.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em resumo, aqui se buscou fazer uma análise sucinta, porém detalhada, da evolução legislativa relativa ao benefício de auxílio-acidente. De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, deverá ser aplicada a lei vigente à época do fato gerador da obrigação previdenciária, seja mais benéfica ou não à Autarquia Previdenciária.

Em síntese, poderíamos apresentar as seguintes situações:

Para os acidentes ocorridos entre 14/09/1967 e 30/06/1970:

- Auxílio-acidente, no percentual correspondente à redução da capacidade laborativa, se esta for superior a 25%, com prescrição retroativa de 2 (dois) anos, vitalício, sendo computado no cálculo do salário de benefício de qualquer outro benefício previdenciário decorrente.

- Pecúlio, pago em uma única vez, no valor resultante da aplicação da percentagem da redução à quantia correspondente a 72 (setenta e duas) vezes o maior salário mínimo mensal vigente na data do pagamento do pecúlio, sujeito à prescrição de 2 (dois) anos para a propositura da ação, não sendo computado no cálculo do salário de benefício de qualquer outra prestação previdenciária.

Para os acidentes ocorridos entre 30/06/1970 e 19/10/1976:

- Auxílio-acidente, no percentual correspondente à redução da capacidade laborativa, se esta for superior a 25%, com prescrição retroativa de 5 (cinco) anos, vitalício, sendo computado no cálculo do salário de benefício de aposentadoria posterior.

- Pecúlio, pago em uma única vez, no valor resultante da aplicação da percentagem da redução à quantia correspondente a 72 (setenta

e duas) vezes o maior salário mínimo mensal vigente na data do pagamento do pecúlio, sujeito à prescrição de 5 (cinco) anos para a propositura da ação, não sendo computado no cálculo do salário de benefício de qualquer prestação previdenciária posterior.

Para os acidentes ocorridos entre 19/10/1976 e 24/07/1991:

- Auxílio-Suplementar, no percentual 20%, se após a consolidação das lesões o segurado não restar impedido ao exercício da mesma atividade, com prescrição retroativa de 5 (cinco) anos, não vitalício, não sendo computado no cálculo do salário de benefício de qualquer prestação previdenciária posterior.

- Auxílio-Acidente, no percentual 40%, se após a consolidação das lesões o segurado restar impedido de exercer a mesma atividade, com prescrição retroativa de 5 (cinco) anos, vitalício, não sendo computado no cálculo do salário de benefício de qualquer aposentadoria. Será adicionada metade do valor recebido a título de auxílio-acidente apenas para o cálculo de pensão por morte.

Para os acidentes ocorridos entre 24/07/1991 e 28/04/1995:

- Auxílio-Acidente, nos percentuais 30%, 40% ou 60%, conforme a redução da capacidade laborativa fixada pela perícia médica, com prescrição retroativa de 5 (cinco) anos, vitalício, não sendo computado no cálculo do benefício de qualquer aposentadoria. Será adicionada metade do valor recebido a título de auxílio-acidente apenas para o cálculo de pensão por morte.

Para os acidentes ocorridos entre 28/04/1995 e 10/12/1997:

- Auxílio-Acidente, no percentual único de 50%, com prescrição retroativa de 5 (cinco) anos, vitalício, não sendo computado no cálculo do benefício de qualquer aposentadoria ou para pensão por morte.

Para os acidentes ocorridos após 10/12/1997:

- Auxílio-Acidente, no percentual único de 50%, com prescrição retroativa de 5 (cinco) anos, não vitalício, sendo computado apenas no cálculo do salário de benefício de qualquer aposentadoria.

Em uma análise crítica, verifica-se que cada legislação teve seu ponto forte, como, por exemplo, a fixação de um percentual mínimo (25%) de redução da capacidade laborativa para concessão do benefício de auxílio-acidente, conforme previa a Lei 5.316/67; a gradação dos percentuais, conforme a redução da capacidade laborativa, previsão original da Lei 8.213/91; e, finalmente, a não vitaliciedade, com cômputo do valor do auxílio-acidente para cálculo do salário de benefício, nos termos da legislação atualmente em vigor.

Porém, o que se vê na prática é que os benefícios são concedidos de forma indistinta e não equânime, sempre no percentual único de 50%, o que causa uma quebra de isonomia entre os próprios segurados e um ônus excessivo ao Poder Público.

Destarte, caberá aos operadores do Direito aplicar a legislação previdenciária em consonância com a vontade do legislador e com os princípios constitucionais, para que o benefício de auxílio-acidente somente seja concedido a quem realmente fizer jus.

8 REFERÊNCIAS

FIGUEIRA, Adriano Almeida Figueira. **Revisão Judicial do valor dos Benefícios Previdenciários**. Brasília, DF: Fortium.

IBRAHIM, Fábio Zambite. **Curso de Direito Previdenciário**. 10. ed. Niteroi, RJ: Impetus. 2007.

PRINCÍPIO DA MORALIDADE E CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Victor Ximenes Nogueira
Advogado da União
Assessor Jurídico do Ministério das Cidades
Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza

Sumário: 1 Introdução; 2 O Controle Jurisdicional;
3 A ofensa a Moralidade como Fundamento
Autônomo para Anulação de Atos Administrativos;
4 Conclusão; 5 Referências.

RESUMO: Os Princípios representam os alicerces em que se funda a ordem jurídica, nesta senda, violar um princípio importa lesão mais grave do que eventual violação de norma. O princípio da Moralidade está entre aqueles que norteiam a atuação da Administração Pública e, a partir de sua positivação pela Constituição Federal de 1988, a não observância dos preceitos da probidade administrativa é capaz, por si só, de ensejar a declaração de nulidade do ato pelo Poder Judiciário, independente de haver violação de expressa disposição legal. Neste compasso, ao contrário do que ocorre no Direito Privado, no âmbito do Direito Público a Moralidade está inserta no conceito de Legalidade, de modo que para estar em conformidade com o direito, o ato administrativo, além de respeitar os dispositivos legais, deverá apresentar conteúdo que esteja em plena sintonia com o Princípio da Moralidade, podendo até ser amoral, todavia jamais imoral. O desrespeito ao Princípio da Moralidade, por si só, representa fundamento autônomo e suficiente para implicar a declaração de nulidade de atos administrativos, não significando intromissão no exame de matérias afetas ao mérito administrativo, pois os valores éticos, a razoabilidade e a proporcionalidade não estão imersos na análise discricionária de conveniência e oportunidade.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Moralidade. Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos. Nulidade.

1 INTRODUÇÃO

Os Princípios são os núcleos do ordenamento jurídico, no sentido de que a partir de seu conteúdo são elaboradas as normas jurídicas. Analogicamente, os princípios são o alicerce que dá sustento ao edifício da ordem jurídica, sendo as vigas de onde decorrem o sistema, de modo que as normas que os contrariarem estão condenadas a declaração de inconstitucionalidade por afrontarem sua própria gênese, assim como um prédio construído em desconformidade com sua fundação está condenado à demolição.

Não por outra razão, Celso Antônio Bandeira de Melo consignou em sua obra,¹ que afrontar um princípio é mais suscetível de conseqüências nefastas do que não observar uma norma jurídica:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura neles esforçada.

No âmbito do Direito Administrativo, ramo classicamente enquadrado como integrante do Direito Público, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, delimita os princípios que regem a Administração Pública, sem prejuízo de outros decorrentes do espírito do sistema: Legalidade, Moralidade, Impessoalidade, Publicidade e Eficiência. Em complemento, a Lei n.º 9.784/99, que estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal, assim determina:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

1 MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 842.

No que diz respeito especificamente ao Princípio da Moralidade, é entendimento já sedimentado que os atos administrativos, além de serem regidos pelo preceito da legalidade, devem conter, no elemento objeto, conteúdo que não contrarie o senso comum do conceito de Moralidade adotado pela sociedade.

Por outro lado, observa-se que o Princípio da Legalidade no âmbito do Direito Público possui conotação diversa daquela adotada pelo Direito Privado. Como é cediço, nas relações jurídicas particulares é permitido tudo o que não for expressamente vedado por lei, nos termos do art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, já nas relações jurídicas regidas pelo Direito Público, apenas é permitido aquilo que for expressamente autorizado por lei, até mesmo porque, conforme art. 84, inciso IV, da Carta Magna, as atividades administrativas devem ser desenvolvidas no sentido de assegurar a fiel execução da legislação.

Diante do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, afere-se que é garantia fundamental do cidadão que nenhuma lesão ou ameaça a seu direito poderá ser excluída da apreciação pelo Poder Judiciário. Nestes termos, os atos administrativos também estão sujeitos ao controle jurisdicional, até mesmo porque devem observar o Princípio Constitucional da Legalidade e da Moralidade, sob pena de declaração de nulidade.

2 O CONTROLE JURISDICIONAL

A própria Administração Pública pode declarar a nulidade de seus atos (Súmula n.º 346/STF). Tal posicionamento decorre do Princípio da Autotutela, merecendo reprodução as lições de José dos Santos Carvalho Filho:²

A Administração Pública comete equívocos no exercício de sua atividade, o que é nem um pouco estranhável em vista das múltiplas tarefas a seu cargo. Defrontando-se com esses erros, no entanto, pode ela mesma revê-los para restaurar a situação de regularidade. Não se trata apenas de uma faculdade, mas também de um dever, pois que não se pode admitir que, diante de situações irregulares, permaneça inerte e desinteressada. Na verdade, só restaurando a situação da

² FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed. rev. ampl. at. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. p. 27.

regularidade é que a Administração observa o princípio da legalidade, do qual a autotutela é um dos mais importantes corolários.

Como vemos, o dever da Administração Pública de declarar a nulidade de seus próprios atos decorre do Princípio Constitucional da Legalidade. Na verdade, a República Federativa do Brasil, ao se denominar Estado Democrático de Direito no art. 1º da Constituição Federal de 1988, impõe que não só os cidadãos, mas também o Estado deve se sujeitar à autoridade das normas jurídicas, cabendo-lhe zelar pela perfeita conformação dos atos administrativos à lei que lhe serve de fundamento.

O próprio Supremo Tribunal Federal já possui entendimento sumulado acerca da matéria:

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 ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. (SÚM. 473)

Ao regulamentar o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, o art. 53 da Lei 9.784/99 foi mais adiante do que o Súmula n.º 473/STF, posto que prevê que os atos administrativos eivados de vício de legalidade *devem* (e não somente podem) ser anulados pela própria Administração Pública, sendo certo que o espírito da norma revela que a própria lei está procurando enfatizar sua autoridade, submetendo o administrador ao poder-dever, e não à mera faculdade, de corrigir eventuais ilegalidades:

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Além da Administração Pública, o Poder Judiciário, respeitando o Princípio da Inércia e as implicações decorrentes do atributo da presunção relativa de legalidade e legitimidade dos atos administrativos, também pode ser acionado para fins de aferir a legalidade dos atos administrativos, tudo em prol do sistema de freios e contrapesos inerentes à manutenção da harmonia e independência dos Poderes que compõem a República.

Ademais, não faria qualquer sentido a Constituição Federal assegurar direitos fundamentais aos cidadãos e determinar que a Administração Pública deve se submeter ao Princípio da Legalidade, se, ao mesmo tempo, não permitisse que ao Poder Judiciário fossem levados os litígios envolvendo atos administrativos que extrapolassem os limites delineados pela legislação.

Na realidade, ao se qualificar como Estado de Direito, a República Federativa do Brasil se submete ao império da lei e reconhece soberanamente que a ordem jurídica é instrumento fundamental para o alcance dos ideais democráticos.

Assim, dentro do sistema de freios e contrapesos construído pela Constituição Federal de 1988, a função de executar as normas, aplicando-as ao caso concreto, deve ser temperada com a função jurisdicional, a qual deverá examinar a conformação das atividades administrativas aos termos da lei, até mesmo porque, como já destacado, segundo art. 84, inciso IV, da Constituição Federal, cabe ao Poder Executivo expedir decretos e regulamentos para a *fidel* execução das leis.

3 A OFENSA A MORALIDADE COMO FUNDAMENTO AUTÔNOMO PARA ANULAÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS

Pois bem, comprovado que os Princípios são as vigas que sustentam o ordenamento jurídico, bem como estabelecido que é plenamente admissível o controle de legalidade da atividade administrativa pelos órgãos jurisdicionais, resta avaliar se a ofensa ao Princípio da Moralidade, por si só, é requisito suficiente para ensejar a anulação de atos administrativos, mesmo que estes aparentem conformidade com a legislação.

Como é cediço, os elementos que compõem o ato administrativo são a competência, finalidade, forma, objeto e motivo. Tradicionalmente, os três primeiros elementos citados são destacados como requisitos vinculados em qualquer ato, sendo certo que, nos atos discricionários, apenas o objeto e o motivo podem ser alvo do juízo de conveniência e oportunidade do administrador.

O conteúdo do ato está delimitado no âmbito do elemento objeto, o que implica concluir que, caso o ato seja vinculado, seu teor material estará plenamente regulamentado na lei, não havendo margem para

avaliação de mérito pela Administração. Entretanto, caso o ato seja discricionário, sua substância estará sujeita às balizas da conveniência e oportunidade da Administração Pública.

A Constituição Federal de 1988 ao determinar, em seu art. 37, que a Administração Pública deve respeitar os preceitos da Moralidade, está regrando justamente o elemento objeto do ato administrativo, demonstrando a *mens legis* no sentido de que, além de formalmente legal, os atos administrativos devem ser materialmente ajustados ao senso comum do conceito de Moralidade adotado pela sociedade.

É entendido que o controle jurisdicional dos atos administrativos se restringe aos aspectos legais, não enfrentando questões técnicas inerentes ao exame de mérito administrativo, tanto é assim que ao Poder Judiciário não é permitido revogar os atos administrativos, podendo tão somente declará-los nulos por ofensa à lei.

Como também é cediço, nos atos administrativos vinculados todos os seus elementos estão sujeitos ao controle judicial, o que não sucede com os atos discricionários. É certo que estes também se sujeitam ao controle jurisdicional, mas tal controle se resume aos elementos competência, forma e finalidade, posto serem sempre vinculados, bem como porque os elementos objeto e motivo estão sujeitos ao juízo de conveniência e oportunidade do administrador, e eventual intervenção do Poder Judiciário nesta esfera representaria afronta à harmonia e independência dos Poderes.

Em resumo, os atos administrativos são conformados com os elementos competência, forma, finalidade, objeto e motivo. Naqueles atos definidos como vinculados, todos os seus elementos estão sujeitos ao controle jurisdicional, posto serem integralmente regradados por lei. Os atos discricionários também estão sujeitos ao controle jurisdicional, mas apenas no que concerne aos elementos competência, finalidade e forma, cabendo ao administrador o exame de mérito nos elementos objeto e motivo.

Ademais, deve ser ressaltado que a doutrina e jurisprudência caminham no sentido de restringir os limites do mérito administrativo, ampliando o âmbito do controle jurisdicional com esteio na aplicação dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da Teoria dos Motivos Determinantes.

Pois bem, feitas estas breves constatações e considerando que a Moralidade está relacionada ao elemento objeto do ato administrativo, apressadamente se poderia concluir que tal componente do ato discricionário não estaria sujeito ao controle judicial.

Entretanto, não é este o entendimento que deve prevalecer diante dos preceitos estabelecidos no ordenamento jurídico pátrio. Na verdade, como a Constituição Federal estabeleceu em seu art. 37 que a Administração Pública deve respeitar o Princípio da Moralidade e da Legalidade, o Poder Constituinte Originário positivou o Princípio da Moralidade, de modo que este passou a integrar a Legalidade.

Como já salientado, no âmbito do Direito Público, a conotação do Princípio da Legalidade difere daquela estabelecida no âmbito do Direito Privado, posto que a atividade administrativa se restringe à fiel execução da lei, apenas sendo permitido à Administração fazer aquilo que for expressamente autorizado pela legislação. Acerca da matéria, Celso Antônio Bandeira de Melo lecionou em sua obra:³

Ressalte-se que, dispondo o art. 5º, II, da Constituição que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’, com isto firmou o princípio da garantia da liberdade como regra, segundo o qual ‘o que não está proibido aos particulares, *ipso facto*, permitido’. Ante os termos do preceptivo, entende-se ‘o que não está por lei proibido, está juridicamente permitido’. De outro lado, conjugando-se o disposto no artigo citado com o estabelecido no art. 84, IV, que só prevê regulamentos para ‘fiel execução de leis’, e com o próprio art. 37, que submete a Administração ao princípio da legalidade, resulta que vige, na esfera do Direito Público, um cânone basilar – oposto ao da autonomia da vontade –, segundo o qual: o que, por lei, não está antecipadamente permitido à Administração está, *ipso facto*, proibido, de tal sorte que a Administração, para agir, depende integralmente de uma anterior previsão legal que lhe faculte ou imponha o dever de atuar.

Neste diapasão, a Constituição de 1988 destacou, ao lado do Princípio da Legalidade e no mesmo dispositivo, o Princípio da Moralidade, o que implica necessariamente a conclusão de que para o ato administrativo ser considerado válido, além de se conformar formalmente

3 MELO, op. cit., p. 314.

aos termos da lei, deverá apresentar conteúdo materialmente adequado ao conceito de Moralidade adotado pelo senso comum da sociedade.

Desta forma, deve ser assegurado ao Poder Judiciário confrontar o objeto do ato administrativo, seja ele discricionário ou vinculado, com o Princípio da Moralidade, posto que eventual ilação em contrário seria o mesmo que revogar tal princípio do art. 37 da CF, já que de nada adianta obrigar a Administração Pública a obedecer tal preceito se não houver instrumentos que assegurem sua efetiva aplicação, como a possibilidade de garantir sua efetiva vigência através da prestação da tutela jurisdicional que garanta sua aplicação.

Como para todo direito há a respectiva ação, todo Princípio desrespeitado também deve ser restabelecido pela força cogente das decisões judiciais. Na realidade, a própria CF assegura a todos os cidadãos a proposição de ação popular contra ato que ofenda o Princípio da Moralidade:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, *à moralidade administrativa*, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência. (grifo nosso)

O próprio Supremo Tribunal Federal já destacou a relevância do princípio da Moralidade, conceituando-a como patrimônio da sociedade:

Fixando os Vereadores a sua própria remuneração, vale dizer, fixando essa remuneração para vigor na própria legislatura, pratica ato inconstitucional lesivo não só ao patrimônio material do Poder Público, como à moralidade administrativa, que constitui patrimônio moral da sociedade. CF, art. 5º, LXXIII. (RE 206.889, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 25-3-97, DJ de 13-6-97)

Em outros precedentes jurisprudenciais, o Supremo Tribunal Federal vem corroborando a tese advogada, no sentido de o Princípio da Moralidade deve ser devidamente respeitado, cabendo ação popular com o visio de resguardar sua aplicação:

A nomeação dos membros do Tribunal de Contas do Estado recém-criado não é ato discricionário, mas vinculado a determinados critérios, não só estabelecidos pelo art. 235, III, das disposições gerais, mas também, naquilo que couber, pelo art. 73, § 1º, da CF. Notório saber — Incisos III, art. 235 e III, § 1º, art. 73, CF. Necessidade de um mínimo de pertinência entre as qualidades intelectuais dos nomeados e o ofício a desempenhar. Precedente histórico: parecer de Barbalho e a decisão do Senado. Ação popular. A não observância dos requisitos que vinculam a nomeação, enseja a qualquer do povo sujeitá-la à correção judicial, com a finalidade de desconstituir o ato lesivo à moralidade administrativa. (RE 167.137, Rel. Min. Paulo Brossard, julgamento em 18-10-94, DJ de 25-11-94)

Bacharel em Direito que exerce o cargo de assessor de desembargador: incompatibilidade para o exercício da advocacia. Lei 4.215, de 1963, artigos 83 e 84. Lei 8.906/94, art. 28, IV. Inocorrência de ofensa ao art. 5º, XIII, que deve ser interpretado em consonância com o art. 22, XVI, da Constituição Federal, e com o princípio da moralidade administrativa imposto à Administração Pública (CF, art. 37, *caput*). (RE 199.088, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 1º-10-96, DJ de 16-4-99)

“A ação direta de inconstitucionalidade não constitui sucedâneo da ação popular constitucional, destinada, esta sim, a preservar, em função de seu amplo espectro de atuação jurídico-processual, a intangibilidade do patrimônio público e a integridade do princípio da moralidade administrativa (CF, art. 5º, LXXIII). (ADI 769-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-4-93, DJ de 8-4-94)

Nesta senda, além de se conformar com o Princípio da Legalidade, os atos administrativos devem guardar sintonia com os preceitos da ética e da probidade, sob pena de declaração de nulidade pelo Poder Judiciário, independentemente de tratar-se de ato vinculado ou discricionário, até mesmo porque a Constituição, ao positivizar o Princípio da Moralidade, elevou-a ao patamar do Princípio da Legalidade, de modo que não é admissível que ato imoral seja declarado legal.

É certo que, no ramo do Direito Privado, a ordem jurídica, implicitamente, admite a existência de atos formalmente legais e que, ao mesmo tempo, contrariem o senso comum da Moralidade. Entretanto, diante da interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais já reproduzidos e os precedentes jurisprudências catalogados, nas relações jurídicas de Direito Público não é possível tal situação, de modo que, didaticamente, se imaginarmos a Legalidade, a Moralidade e a Imoralidade como sendo três circunferências distintas, certamente, no âmbito do Direito Público, o círculo referente a Moralidade estará completamente compreendido naquele referente à Legalidade e não haverá espaço para interseção entre este e o círculo da Imoralidade.

Assim, os atos administrativos válidos ou são conformes com o Princípio da Moralidade, ou são amorais, entretanto, jamais poderá haver conformação entre atos administrativos formalmente legais que apresentem objeto ou conteúdo imoral, diante da inexistência de ponto de interseção entre as circunferências da Legalidade e da Imoralidade.

Não se diga que, por estar compreendida no âmbito do objeto do ato administrativo, a Moralidade não seria passível de controle jurisdicional nos casos dos atos discricionários, até porque, como já disposto, a Moralidade foi positivada pelo Poder Constituinte Originário, passando a ter o mesmo *status* da Legalidade. Assim, como para ser legal o ato necessariamente não poderá ofender a Moralidade, pode o Poder Judiciário apreciar e declarar nulos atos administrativos imorais, pois nada mais estará fazendo do que aplicar Lei Maior, sem ofender a harmonia e independência dos Poderes.

A Moralidade não está compreendida, sujeita nem subordinada ao juízo de mérito administrativo ou às balizas da conveniência e oportunidade, já que, ao enquadrá-la como um dos Princípios basilares da Administração Pública, o Poder Constituinte Originário a elevou ao patamar de requisito de validade dos atos administrativos, devendo nortear a atuação do administrador no sentido de que são vedados atos que contrariem os preceitos da probidade administrativa, tanto é verdade que assim dispõe o art. 11 da Lei n.º 8.429/1992:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os *deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições*, e notadamente:

[...]

Corroborando o entendimento advogado, entendemos ser relevante a transcrição de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, os quais também fundamentam a invalidade de atos administrativos por afrontarem tão somente o Princípio da Moralidade, podendo ser utilizado como fundamento autônomo capaz de ensejar a declaração de nulidade:

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO POPULAR. MORALIDADE.PROCEDÊNCIA.

I. É de se homenagear decisão que, por reconhecer prática de negócio jurídico atentatório à moralidade pública, julga procedente pedido formulado, em sede de ação popular, para anular a transação com determinação por parte dos responsáveis para que reponham ao Estado as perdas e danos a serem apurados.

II – Transferência do controle acionário do Banco Agrimisa S/A, Estado de Minas Gerais, com negócio consumado provocando vantagem desmedida à pessoa jurídica privada e, em sentido contrário, significativos danos para a Administração Pública.

III – Legitimidade passiva do Governador da época da consumação da transação que se reconhece, por ter se portado omissivo em repelir a lesividade ao patrimônio público, não obstante ser o Estado o maior acionista da instituição bancária.

IV – Impossibilidade de, em sede de embargos de declaração, afastar-se o demandado da relação jurídico-processual quando, por decisão de primeiro grau transitada em julgado, a sua legitimidade passiva para integrar a lide foi reconhecida.

V – Recursos especiais não conhecidos por ausência de prequestionamento e não demonstração das divergências jurisprudenciais apontadas.

VI – Sublimação ao princípio da moralidade administrativa assumida pelo acórdão de segundo grau que não deve ser abalada por questões de natureza processual.

VII – Recursos do Ministério Público e dos autores da ação popular providos para que o Chefe do Executivo do período em que ocorreu o negócio jurídico integre a lide como sujeito passivo.

VIII – Demais recursos improvidos e não conhecidos.

(REsp 295.604/MG, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21.03.2002, DJ 22.04.2002 p. 163)

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO POPULAR. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE.

1. O julgamento antecipado da lide (art. 330, I, CPC), não implica cerceamento de defesa, se desnecessária a instrução probatória. (Precedentes)

2. O art. 131, do CPC consagra o princípio da persuasão racional, habilitando-se o magistrado a valer-se do seu convencimento, à luz dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto constantes dos autos, rejeitando diligências que delongam desnecessariamente o julgamento, atuando em consonância com o princípio da celeridade processual.

3. O influxo do princípio da moralidade administrativa, consagrado no art. 37 da Constituição Federal, traduz-se como fundamento autônomo para o exercício da Ação Popular; não obstante estar implícito no art. 5º, LXXIII da Lex Magna. Aliás, o atual microsistema constitucional de tutela dos interesses difusos, hoje compostos pela Lei da Ação Civil Pública, a Lei da Ação Popular, o Mandado de Segurança Coletivo, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, revela normas que se interpenetram, nada justificando que a moralidade administrativa não possa ser veiculada por meio de Ação Popular.

[...]

7. Recurso parcialmente conhecido e desprovido.

(REsp 474.475/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16.12.2003, DJ 25.02.2004 p. 102) (grifo nosso)

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento no sentido de que o exame acerca do atendimento ou não ao Princípio da Moralidade não se encontra entre as matérias inerentes à análise de mérito administrativo:

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. MINISTRO DE ESTADO DO MEIO AMBIENTE. SERVIDOR. DEMISSÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO DO JUDICIÁRIO. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.

Inviável discutirem-se questões que demandam dilação probatória em autos de mandado de segurança. No que diz respeito ao controle de atos administrativos, o Poder Judiciário está limitado a examinar somente os aspectos inerentes à legalidade e à moralidade, sendo-lhe vedada a incursão na questão meritória.

Observância ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Ordem denegada.

(MS 10.362/DF, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10.08.2005, DJ 14.09.2005 p. 190)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. REMOÇÃO EX-OFFÍCIO. PODER JUDICIÁRIO. CONTROLE DA LEGALIDADE. (REPRESÁLIA). DESVIO DE FINALIDADE. SÚMULA Nº 07/STJ.

I. A atuação do Poder Judiciário no controle dos atos administrativos limita-se aos aspectos da legalidade e moralidade, obstaculizado o adentrar do âmbito do mérito administrativo, da sua conveniência e oportunidade.

II. Se o Tribunal a quo, com base na análise do acervo probatório produzido nos autos, reconheceu que a remoção do servidor ocorreu como represália, com desvio de finalidade, infirmar tal entendimento ensejaria o reexame de provas, o que encontra óbice no verbete da Súmula nº 07 deste Tribunal.

Recurso não conhecido.

(REsp 616.771/CE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19.05.2005, DJ 01.07.2005 p. 599)

Demonstrado, portanto, que a não ofensa aos preceitos da Moralidade constitui requisito de validade dos atos administrativos,

sendo que eventual burla a tal princípio poderá ensejar a declaração de nulidade do ato administrativo por decorrência do exercício do controle jurisdicional.

4 CONCLUSÃO

Os princípios são os pilares que sustentam a ordem jurídica, possuindo força cogente e servindo de inspiração para elaboração das normas e para respectiva execução. Neste sentido, eventual ofensa a um Princípio é muito mais danosa do que um descumprimento da norma, posto que afrontar um Princípio implica desrespeitar a ordem jurídica em sua gênese.

Considerando as razões aduzidas, os dispositivos constitucionais e legais reproduzidos, bem como os precedentes jurisprudenciais colacionados, assenta-se que a ofensa ao Princípio da Moralidade constitui fundamento autônomo, necessário e suficiente para implicar a declaração de nulidade dos atos administrativos.

Depreende-se, outrossim, que análise quanto ao atendimento ao Princípio da Moralidade pelo Poder Judiciário não representa exame de matéria inerente ao mérito administrativo, nem tampouco ofensa ao sistema de freios e contrapesos que regem a harmonia e independência dos Poderes que compõem a República, pelo contrário, o exame da moralidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário representa a garantia de um efetivo equilíbrio entre o poder discricionário, a legalidade e a manutenção das ordem pública.

Neste sentido, um ato ou contrato administrativo deve ser anulado quando possuir conteúdo que represente uma afronta ao senso comum da Moralidade, mesmo quando não ofenda dispositivo legal expresse, posto que, diante do art. 37 da CF e a positivação do Princípio da Moralidade, a Administração Pública deve zelar para que todos os seus atos guardem sintonia com a ética e a probidade.

5 REFERÊNCIAS

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed. rev. ampl. at. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.

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

PARECER

**A ASSISTÊNCIAS FARMACÊUTICA DO
SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)**

*Eduardo Oliveira Decat de Moura
Advogado da União*

CONSULTORIA JURÍDICA / MINISTÉRIO DA SAÚDE

SIPAR Nº 25000.132065/08-18

PARECER Nº 1365-AGU/CONJUR-MS/EODM

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 566.471/RN (REPERCUSSÃO GERAL)

Referência: OFÍCIO Nº 189/2008/SG-CT

Interessada: CARMELITA ANUNCIADA DE SOUZA

PARECER

Trata-se de solicitação da douta Secretaria-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União, através do referido ofício, para que esta CONJUR/MS forneça informações que possam subsidiar a manifestação da União em juízo no Recurso Extraordinário nº 566.471, interposto pelo Estado do Rio Grande do Norte, que tramita no STF, atinente à obrigatoriedade do Poder Público fornecer medicamentos de alto custo, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime, concluiu pela repercussão geral do tema versado naquele feito.

Os autos foram encaminhados à SCTIE/MS, para elaboração de subsídios técnicos, tendo retornado com parecer técnico constante das fls. 315/329.

É o relatório.

A ASSISTÊNCIA FARMACÉUTICA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

Inicialmente, cumpre-nos registrar que o modelo de gestão adotado pelo SUS é um dos mais importantes instrumentos de política social criados no Brasil nas últimas décadas, sendo, indiscutivelmente, um dos responsáveis diretos pela melhoria nos indicadores sociais de saúde observados nos últimos anos no País.

Basta mencionar que o gasto total com medicamentos do Ministério da Saúde aumentou em 115% de 2002 a 2006. Quando é feita uma análise por programas, verifica-se que o Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional foi o que teve maior ampliação do gasto, aumentando em 147% neste mesmo período, seguido pelo Programa

de Medicamentos Estratégicos (que inclui os medicamentos para tratamento de DST/AIDS e imunobiológicos), com elevação de 141% gasto; e, por fim, o Incentivo à Assistência Farmacêutica Básica que teve aumento do gasto de 74% entre 2002 e 2006.

No que tange à política nacional de distribuição de medicamentos do SUS cumpre ressaltar que os medicamentos que serão disponibilizados para o tratamento ambulatorial das doenças são definidos por meio de elencos padronizados, com a finalidade de garantir a oferta regular de medicamentos aos usuários.

Através de texto desenvolvido pela SCTIE (portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/texto_rename_manuel_nov2006.pdf), constatou-se que a Política Nacional de Medicamentos propõe-se a garantir segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos ao menor custo possível, promover seu uso racional e seu acesso para a população.

Entre as diretrizes e prioridades estabelecidas está a adoção de Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename), que serve de base ao desenvolvimento tecnológico e científico, à produção de medicamentos no país e às novas listas construídas nos níveis estadual e municipal de atenção à saúde. A relação, elaborada com base no quadro nosológico do País, é o fundamento para orientação da prescrição e do abastecimento da rede do Sistema Único de Saúde (SUS), com vistas ao aperfeiçoamento de questões administrativas e de redução de custos, instrumentalizando o processo de descentralização. Abrange um elenco de medicamentos necessários ao tratamento e controle das enfermidades prioritárias em saúde pública nos diversos níveis de atenção no país e pode ser utilizada como parâmetro para o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária no estabelecimento de suas ações prioritárias tais como: concessão e revisão de registros de medicamentos, análise das informações veiculadas aos profissionais de saúde e à população, padronização e atualização de rotulagem e bulas, estabelecimento de programas de avaliação da qualidade laboratorial e avaliação pós-comercialização.

A nova Rename se apóia nas estratégias 2004–2007 da Organização Mundial da Saúde (OMS), que adota a atualização da lista modelo e de medicamentos essenciais a cada dois anos. Concretiza a recomendação da Conferência Nacional de Medicamentos e Assistência Farmacêutica, realizada em 2003, que aprovou a revisão periódica e a implementação da

Rename, no Brasil, de forma a garanti-la como instrumento facilitador do uso racional de medicamentos e da organização da assistência farmacêutica, concebida como parte integrante da Política Nacional de Saúde, e envolvendo um conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde.

O conceito de medicamento essencial tem sido amplamente aplicado e deve proporcionar racionalidade não só na aquisição pelo SUS, mas também na identificação das necessidades nos diversos níveis do sistema de atenção à saúde.

A OMS define medicamentos essenciais como aqueles que satisfazem as necessidades de saúde prioritárias da população os quais devem estar acessíveis em todos os momentos, na dose apropriada, a todos os segmentos da sociedade. Esse conceito foi criado como uma resposta às necessidades do setor farmacêutico e sanitário, para melhorar o acesso, equidade e qualidade, assim como a eficiência dos sistemas de saúde, por meio da redução de gastos desnecessários. Ele não deve ser estático e procura considerar os novos conhecimentos sobre os medicamentos e os tratamentos disponíveis.

De forma a alcançar a efetividade da lista e a garantir a legitimidade do seu processo de construção, uma série de providências foram tomadas no que se refere à elaboração da metodologia de atualização, à mobilização dos participantes do processo, à construção de consensos, à publicação do documento final e sua divulgação. O processo teve início com a Portaria GM/MS nº 1254, de 29/07/05, que constituiu a Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Comare) e delegou a coordenação das atividades ao Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos (DAF), da Secretaria de Ciência e Tecnologia e Insumos Estratégicos. A Comare tem por finalidade realizar a avaliação sistemática da relação dos medicamentos e demais produtos farmacêuticos constantes da Rename, indicando as alterações necessárias, com o propósito de selecionar aqueles mais adequados para atender às necessidades prioritárias de assistência à saúde da maioria da população.

A Portaria GM/MS nº 1.254, de 29 de julho de 2005, emitida pelo Ministro de Estado da Saúde estabeleceu os órgãos, entidades e instituições participantes. Os esforços iniciais deram prioridade

ao envolvimento dessas entidades quanto à responsabilidade e à função que cada representante deve assumir nas atividades desempenhadas pela comissão.

Esta revisão e atualização basearam-se, em substância, no conceito de medicamento essencial, na 14^a Lista-Modelo de Medicamentos Essenciais da OMS (WORDL HEALTH ORGANIZATION, 2005), no paradigma da medicina baseada em evidências que utiliza preferentemente estudos de nível I (ensaios clínicos randomizados, revisões sistemáticas e metanálises), com adequado desenho e poder metodológico, com avaliação de desfechos primordiais, com relevância clínica e aplicabilidade às condições nacionais. Além disso, também se considerou aqueles com menores riscos, de baixo custo, que atendem quadros epidemiológicos do País e as prioridades em saúde pública, respeitando, quando possível, as indicações dos programas do Ministério. Todos os programas foram convidados a participar das reuniões e expor suas respectivas especificações. Também mantém o padrão de oferecer avanços importantes para a melhoria da assistência e da atenção à saúde da população em geral. Esta Rename inova, pois pretende ser um instrumento de gestão e informação.

A Comare também realizou a revisão da Denominação Comum Brasileira (DCB), da Dose Diária Definida (DDD) e da Classificação Anatômica Terapêutica e Química (ATC). Ressalta-se que as formas farmacêuticas foram inteiramente revistas e cotejadas com a disponibilidade do mercado. Um formulário para solicitação de revisão da relação de medicamentos essenciais foi desenvolvido.

Todas as solicitações encaminhadas foram analisadas e respondidas aos respectivos solicitantes. Os pareceres da comissão relativos às solicitações de inclusão, exclusão e substituição estão disponíveis no endereço <<http://www.saude.gov.br>> - Assistência Farmacêutica).

A Comare fez 15 reuniões durante o período de novembro de 2005 a outubro de 2006, atuando com mais de 100 horas de trabalho contínuo. Os grupos farmacológicos e os pareceres foram avaliados pelos próprios membros. Contou-se, também, com a experiência da Dra. Lenita Wannmacher, membro efetivo do Comitê de Especialistas em seleção e uso de medicamentos essenciais da OMS, Genebra 2005-2009, para a orientação inicial das estratégias de condução dos trabalhos e para revisão final. A Rename está disponível no endereço <

www.saude.gov.br> (Assistência Farmacêutica) com mecanismos de busca diferenciados.

Nesta edição da Rename, por decisão da Comare, com base na melhor evidência científica disponível, foram incluídas algumas formas farmacêuticas e doses não disponíveis no mercado brasileiro. O objetivo da Comare foi o de orientar o setor produtivo farmacêutico para necessidades identificadas com notas.

Portanto, observas-se que dentre as inúmeras opções de medicamentos existentes no mercado são selecionados, através de critérios científicos, aqueles que serão disponibilizados, garantido assim segurança e eficácia no tratamento das doenças.

Não é por outra razão que a SCTIE ressaltou em sua manifestação técnica o fato de o medicamento não ser um produto de consumo qualquer, já que ao mesmo tempo em que é fundamental para a recuperação da saúde, o medicamento pode transformar-se em um agente extremamente perigoso quando prescrito de forma equivocada, usado de forma errônea pelo paciente, armazenado em condições inadequadas e sem as devidas orientações.

A organização existente na Assistência Farmacêutica, portanto, não deve ser desconsiderada, sob pena de trazer graves prejuízos ao Sistema Único de Saúde e, mesmo, àqueles que dele se utilizam.

INDEVIDA INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO EM RELAÇÃO À SAÚDE E AO FORNECIMENTO GRAUITO DE MEDICAMENTOS POR PARTE DO PODER PÚBLICO

Revela-se cristalino que o ponto nevrálgico do tema a ser enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal no presente Recurso Extraordinário (Repercussão Geral) consiste em saber se o Estado no sentido lato (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), limitados por questões de ordem orçamentária, têm ou não o dever de assegurar medicamentos de alto custo aos litigantes que porventura deles necessitem, ainda que tais medicamentos não estejam previstos nas Portarias do SUS e nos protocolos clínicos.

A cláusula da reserva do possível estabelece que o Estado tem o dever de garantir educação, saúde, moradia, segurança, lazer, na medida de suas disponibilidades orçamentárias, sob pena de comprometer o

desenvolvimento das políticas públicas. Logo, incumbi-lhe a grave tarefa de harmonizar adequadamente os princípios da reserva do possível e do mínimo existencial, observando-se os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Não se deve olvidar que a Constituição Federal de 1988, na lição de Alexandre de Moraes “[...] adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico [...]” (“in” DIREITO CONSTITUCIONAL, 18. ed. Atlas, p. 31).

Assim, entendemos que a decisão judicial que concede à parte autora o fornecimento de medicamentos de alto custo e fora dos protocolos clínicos da listagem do SUS fere diretamente o princípio da igualdade estabelecido no artigo 5º, I, da CF/88, já que cria sistema de saúde paralelo ao do SUS priorizando o atendimento das pessoas que ingressaram com ação judicial em detrimento daquelas pessoas que aguardam atendimento junto aos hospitais públicos e/ou credenciados pelo SUS.

O excelso Supremo Tribunal Federal ao apreciar a ADPF nº 345 (Informativo nº 345 STF), Relator Ministro Celso Mello teceu estas relevantes considerações:

[...] Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. *É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política [...];*

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração

– de implantação sempre onerosa –, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerando o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos [...]

Nesse mesmo sentido coadunável decisão monocrática proferida pelo STF nos autos da SS 3.073/RN, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJU de 14/02/2007:

[...] Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. 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. *A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas [...]*

Não discrepa o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto (AgRg na STA nº 59 – SC 2003/023282-3 Rel. Min. Edson Vidigal. DJU de 25/10/2004). Senão vejamos:

SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. DEFERIMENTO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAÇÃO. DECISÃO GENÉRICA. SAÚDE PÚBLICA. LESÃO RECONHECIDA. AGRAVO REGIMENTAL.

1. *A imposição do fornecimento gratuito, aleatório e eventual da medicação não especificada ou sequer discriminada tem potencial para inviabilizar o aparelho de aquisição e distribuição de medicamentos à população carente e, por isso, o próprio sistema de saúde pública.*

2. Agravo Regimental não provido.

[...] A propósito, em situação análoga à espécie (Petição nº 1996), assim decidi:

“Parece-me, em princípio, que razão assiste ao Estado requerente, porquanto não se afastou a possibilidade de, em casos isolados, mediante comprovação da utilidade e necessidade do tratamento com a medicação objeto da controvérsia, o interessado obter do Judiciário respaldo para seu pleito, como vem ocorrendo.

A decisão hostilizada, todavia, ao acolher a pretensão esboçada na ação civil pública, generalizou a adoção de procedimento que, filtrado pelo sistema de consulta à comunidade científica, não logrou aprovação da maioria. A prevalência do ponto de vista científico minoritário por intermédio da atuação do Judiciário em cognição sumária, a meu ver, causa lesão à ordem administrativa inserta na ordem pública.

E, tendo em vista que os procedimentos administrativos em tela têm como escopo a regulamentação de protocolos de tratamento médico, a ingerência culmina por afetar a saúde pública, motivo pelo qual convém que a dilucidação da controvérsia posta seja feita pelo crivo da cognição plena.

Posto isto, defiro o pedido em ordem a suspender os efeitos da antecipação de tutela proferida na ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (processo nº 053.02.017325-6) [...]

Noutro giro, aproveitamos a oportunidade para transcrever também relevantes trechos de matérias jornalísticas publicadas recentemente sobre o tema em debate e que alertam sobre o perigo da excessiva judicialização no fornecimento de medicamentos alternativos e/ou de alta complexidade e custo elevado por parte do Poder Público:

[...] Para as autoridades municipais e estaduais da saúde, a maioria desses medicamentos novos custa muito mais do que aqueles que já

estão incluídos na lista de distribuição da rede pública. Em outras palavras, os medicamentos similares seriam mais baratos e teriam efeito terapêutico semelhante aos dos novos remédios. Além disso, vários remédios novos são comercializados apenas no exterior, não tendo sido ainda devidamente registrados no País pelos fabricantes. Por isso, dizem as autoridades da saúde, as liminares que as obrigam a fornecer indiscriminadamente medicamentos novos e caros, sob pena de bloqueio de verbas públicas, desorganizam o planejamento e as finanças dos Estados e dos municípios.

Em São Paulo, onde já foram ajuizadas mais de 25 mil ações, desde 2002, a Secretaria da Saúde vem gastando cerca de R\$ 25 milhões por mês somente para cumprir ordens judiciais de distribuição de medicamentos que não constam da lista do SUS. No Rio Grande do Sul, onde foram impetradas 4,5 mil novas ações só no primeiro semestre do ano, o gasto é de R\$ 6,5 milhões mensais. Em Minas Gerais, o governo estadual prevê gastos extraordinários de R\$ 40 milhões em 2008 [...];

As autoridades da saúde alegam que, com os recursos que têm sido destinados para o cumprimento de decisões judiciais, seria possível construir novos hospitais de porte médio, com 200 leitos cada, e unidades de pronto atendimento 24 horas, destinadas a casos menos graves, beneficiando com isso um número maior de pessoas [...];

Como os orçamentos dos Estados e municípios são limitados, é preciso estabelecer critérios objetivos para que recursos públicos escassos beneficiem a maioria da sociedade. A decisão do STF de reconhecer a “repercussão geral” do tema, ao receber recurso impetrado pelo Estado do Rio Grande do Norte, contestando sentenças concedidas pela Justiça Estadual, poderá contribuir para o encontro de uma solução para o problema” (Fonte: Jornal Estado de São Paulo – 07/08/2008).

[...] De fato, as inúmeras ações que tramitam no Judiciário influenciam o sistema financeiro dos Estados e municípios, a partir dos bloqueios judiciais realizados no orçamento das secretarias de saúde. Em Minas Gerais, por exemplo, foram 390 ações do tipo em 2004, e 1.744 no ano passado. A estimativa do Estado é ter um gasto de R\$ 40 milhões neste ano com o pagamento de medicamentos reivindicados por meio de ações judiciais [...];

Ao que se sabe São Paulo é o Estado que mais gasta com o fornecimento de remédios via judicial. Desde 2002 foram ajuizadas 25 mil ações. Para Luiz Duarte de Oliveira, procurador do Estado responsável pela área, a maioria das ações não tem razão de existir. Segundo ele, há centenas de processos pedindo o fornecimento o fornecimento de fraldas. O Procurador afirma que o gasto per capita de pacientes atendidos judicialmente é muito mais alto do que aqueles que buscam o SUS – em 2006, por exemplo, foram gastos R\$ 300 milhões com ações judiciais, ao passo que o programa de dispensação de medicamentos excepcionais do Estado atendeu a 300 mil pessoas, com um custo de R\$ 838 milhões. “O Poder Judiciário tem privilegiado quem primeiro aporta na Justiça, e não no sistema de saúde”, diz.

Nos últimos anos, a preocupação se estendeu a alguns Estados que não possuíam quase nenhuma demanda na área. Em 2004, haviam 390 ações Dio tipo em Minas Gerais e, em 2007, o número saltou para 1.744 – R\$ 164 mil foram gastos pela Secretaria em 2002, e para 2008 a estimativa é de R\$ 40 milhões. De acordo com Jomara Alves, Subsecretária de inovação e logística da Secretaria de Estado, está sob investigação no Ministério Público um possível conluio de médicos, laboratórios e advogados para forçar ações do tipo – investigações similares estão em curso em diversos Estados. “Por que conceder a última novidade do mercado quando há outras alternativas mais baratas?”, questiona Jomara. A Bahia é outro Estado que tem tido grande crescimento das ações: em 2003 foram apenas seis processos do tipo no Estado e no ano passado foram 112 ...” (Fonte: VALOR ECONÔMICO – SP 1º de agosto de 2008, Luiza de Carvalho).

Fraude com medicamentos pode chegar a R\$ 200 milhões, diz governo

O governo de São Paulo acredita que o esquema de fraude com medicamentos no Estado pode ter causado um prejuízo de até R\$ 200 milhões. Na madrugada desta segunda-feira (1º), nove pessoas foram presas em cidades do interior paulista sob a suspeita de utilizar ações judiciais fraudulentas para favorecer laboratórios farmacêuticos. Entre os detidos estão dois advogados, dois representantes de uma ONG, quatro funcionários de três laboratórios e um médico.

Segundo as investigações, o esquema tinha como alvo pessoas como psoríase, uma doença de pele. Ele funcionada da seguinte forma: advogados associados a laboratórios entravam com ações judiciais em nome de pacientes para que eles conseguissem pelo Estado o tratamento com medicamentos fora da lista do Sistema Único de Saúde (SUS). O problema é que os remédios prescritos pelo médico preso não tratam da psoríase. Apesar de não serem indiciados para o tratamento, tiveram o uso indicado. De acordo com o governo, três pacientes chegaram a contrair tuberculose com a medicação inadequada.

O médico prescreve um remédio que não está na lista do SUS e manda o governo pagar. Quem tem psoríase não precisava desses remédios que eram prescritos”, explicou o governador de São Paulo, José Serra, durante entrevista coletiva para falar do caso. Ele considerou o esquema uma forma de “corrupção mórbida”. “É uma indústria organizada, que envolvia médicos, advogados, laboratórios e uma ONG. É uma forma de corrupção mórbida porque mexe com a saúde das pessoas”.

De acordo com Serra, por ano, o governo gasta R\$ 400 milhões com ações de pessoas que recorrem à Justiça para conseguir remédios fora da lista do SUS. Desse total, R\$ 63 milhões foram pagos ano passado a pacientes com psoríase. Mas a fraude, envolvendo outros medicamentos em esquema parecido, pode chegar a R\$ 200 milhões. Isso porque, segundo o secretário estadual de saúde, Luiz Roberto Barradas, cerca de 50% das ações desse tipo podem ser falsas [...] (Fonte: G1 Edição São Paulo – 02/09/2008).

Através do Portal Intranet do Ministério da Saúde (notícia publicada em 12/09/2008) o Ministro José Gomes Temporão pronunciou-se sobre o assunto:

[...] O Ministro da Saúde, José Gomes Temporão, defendeu nesta quinta-feira (11), em Fortaleza (CE), a aprovação do Projeto de Lei nº 219/07, que trata da oferta de medicamentos e procedimentos no Sistema Único de Saúde (SUS). Na avaliação do Ministro, os protocolos clínicos (que orientam o uso adequado de medicamentos, por exemplo) são parâmetros que podem auxiliar os magistrados e deveriam ser considerados nas decisões judiciais que envolvem o SUS [...];

Para o Ministro, boa parte do aumento das ações judiciais se deve a “pressões” por parte da Indústria Farmacêutica. Na maioria das vezes, o medicamento demandando por meio do Judiciário não possui, por exemplo, registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Essa pressão é dramática, classificou. Por esse e outros motivos, o governo federal quer manter constante diálogo com o Poder Judiciário e o Ministério Público de forma a encontrar soluções para esta relevante questão de saúde pública, destacou Temporão.

De janeiro a julho deste ano, o Ministério da Saúde gastou R\$ 4,8 milhões com o cumprimento de ações judiciais. De acordo com o Departamento de Assistência Farmacêutica do Ministério, em três anos as despesas com aquisição de medicamentos e procedimentos determinados pela Justiça aumentaram 1920%.

Se aprovado, o PL 219/07 estabelecerá que a oferta de medicamentos, via judicial, seja feita com base nas diretrizes terapêuticas instituídas pelo gestor federal do SUS (Ministério da Saúde) em protocolo clínico para a doença ser tratada [...]

Através do site (intranet – portal notícias) do Ministério da Saúde foi abordada a questão sob o título “Ações Judiciais comprometem política da saúde” datada do dia 02/09/2008 onde foram feitas as seguintes observações:

Ações judiciais comprometem política de saúde 02/09/2008

Levantamento mostra que gastos com processos para aquisição de remédios aumentou 1.920% em três anos. Só em 2008, ministério já gastou R\$ 48 milhões

Levantamento do ministério mostrou que, de janeiro a julho de 2008, o governo federal gastou diretamente R\$ 48 milhões com ações judiciais para aquisição de medicamentos. Esse valor cresce a cada ano. Em 2007, foram R\$ 15 milhões, em 2006, R\$ 7 milhões e, em 2005, R\$ 2,5 milhões. Em três anos o aumento chegou a 1.920%. Além dos gastos diretos, grande parte dos recursos despendidos com ações judiciais pelos estados é oriunda de repasses do ministério para os mesmos.

De janeiro a julho de 2008, a instituição foi citada como ré em 783 ações para aquisição de medicamentos no Brasil. Em 2007, foram

2.979 ações. O secretário de Ciência e Tecnologia do Ministério da Saúde, Reinaldo Guimarães, afirma que a instituição não se opõe ao fato de o cidadão ir à Justiça para buscar um direito. Somos contra a epidemia da judicialização, pondera. O Ministério alerta que a demanda de medicamentos para o SUS, por meio de ações judiciais, é uma prática que está se institucionalizando e representa graves riscos à política de saúde.

ALTERNATIVA - Uma forma de conter o elevado número de ações judiciais é a aprovação, pelo Congresso, do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 219/2007, que altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e dispõe sobre a oferta de procedimentos terapêuticos e a dispensação de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde (SUS). O projeto, em tramitação na Comissão de Constituição de Justiça e Cidadania do Senado, aguarda parecer do senador Tasso Jereissati. Aprovado, o PLS estabelecerá que a oferta de medicamentos se dê com base em prescrições que estejam em conformidade com as diretrizes terapêuticas instituídas pelo gestor federal do SUS em protocolo clínico para a doença a ser tratada. O Ministério da Saúde está empenhado na aprovação deste projeto, afirma o ministro da Saúde, José Gomes Temporão.

Em 60% dos processos, segundo o ministério, a demanda ocorre principalmente, por medicamentos que o Sistema de Saúde não dispõe, mas os autores das ações poderiam ser tratados com medicamentos que o SUS oferece. O restante se refere à demanda por medicamentos de última geração tecnológica, muitos dos quais não estão registrados pela Anvisa. A maioria dos medicamentos demandados judicialmente agrega baixo ganho terapêutico em relação aos oferecidos pelo SUS e é mais cara, o que não justifica a escolha pelo sistema de saúde.

Hoje, um advogado com uma prescrição médica entra na Justiça alegando risco de vida para seu paciente e o Poder Judiciário determina que o SUS forneça o medicamento. Entretanto, argumenta o secretário de Ciência e Tecnologia, Reinaldo Guimarães, o Sistema de Saúde possui órgãos institucionais com a função de normatizar e estabelecer a política de saúde com base em prioridades e conhecimentos técnicos e científicos. Não se pode colocar o direito individual sobrepondo o direito coletivo e nem

inverter as prioridades e demandas de saúde da população, pois estaremos reforçando as iniquidades e desigualdades.

Exemplos como esses se repetem e, muitas vezes, levam o órgão a ter que administrar situações complexas, em que é preciso optar por deixar de oferecer remédio para diversas pessoas para atender a apenas um cidadão. Dirceu Barbano, diretor do Departamento de Assistência Farmacêutica, afirma que não há sistema que suporte a decisão individualizada dos profissionais de saúde sobre o que cada um vai utilizar e o Estado deve garantir isso no sistema público.

GASTAR BEM. As ações judiciais não são apenas um problema orçamentário. O Ministério da Saúde gasta R\$ 5,4 bilhões (orçamento de 2008) com medicamentos e quer gastar mais, mas é preciso gastar bem, em tratamentos eficazes e decididos dentro das normas do SUS, ressalta o secretário Reinaldo Guimarães.

Há outros aspectos envolvendo as ações judiciais para obtenção de medicamentos. Um deles é o desenvolvimento tecnológico com base na lógica do mercado, que precisa vender. Entretanto, os altos custos das tecnologias mais recentes não conseguem ser absorvidos pelos sistemas de saúde públicos mesmo em países desenvolvidos, pois precisam responder à demanda de toda população e com base em prioridades.

Outro aspecto que a sociedade deve tomar conhecimento é que muitas vezes as ações envolvem questões éticas graves, como as razões para um profissional médico prescrever um medicamento para seu paciente quando sabe que o SUS oferece substitutivo. Isso demonstra que as ações não são uma busca espontânea do cidadão.

CRESCIMENTO - O orçamento do Ministério da Saúde para a assistência farmacêutica obteve acréscimos consideráveis nos últimos anos. Em 2002, os investimentos foram de R\$ 2,1 bilhões. Em 2005, chegaram a R\$ 3,2 bilhões, em 2006, alcançaram R\$ 4,2 bilhões e, em 2007, R\$ 4,6 bilhões. Em 2008, a previsão é que cheguem a R\$ 5,4 bilhões.

Essa quantia inclui a oferta de medicamentos básicos, excepcionais, estratégicos, imunobiológicos, para DST/AIDS e coagulopatias. Além de financiar 80% do Programa de Dispensação Excepcional,

o Ministério cobre 100% dos custos com a compra direta de cinco produtos da relação dos medicamentos excepcionais. São eles: imiglucerase (para doença de Gaucher), imunoglobulina humana (para diversas imunodeficiências), interferon peguilado (para hepatite C), eritropetina humana (para insuficiência renal crônica) e interferon alfa (para hepatites B e C)

Gastos do ministério com ações judiciais para aquisição de medicamentos

Em 2008 - R\$ 48 milhões

Em 2007 - R\$ 15 milhões

Em 2006 - R\$ 7 milhões

Em 2005 - R\$ 2,5 milhões

Ações Judiciais para aquisição de medicamentos no Brasil

Em 2008 - 783 (até julho)

Em 2007 - 2.979 ações,

Em 2006 - 2.625

Em 2005 - 387

Orçamento do ministério para assistência farmacêutica

Aumento de 147% de 2002 a 2008

2008 - R\$ 5,2 bilhões

2007 - R\$ 4.6 bilhões

2006 - R\$ 4,2 bilhões

2005 - R\$ 3,2 bilhões

2002 - R\$ 2,1 bilhões

Observa-se, portanto, que a disponibilização da medicação em desatendimento à política do SUS pode comprometer aqueles que aguardam o respectivo tratamento administrativamente, máxime quando considerado que as políticas públicas previamente traçadas exigem do Poder Público forte investimento.

Em excelente trabalho denominado “DA FALTA DE EFETIVIDADE À JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA: DIREITO À SAÚDE, FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS E PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO JUDICIAL” publicado pelo eminente Professor Luis Roberto Barroso foram tecidas as seguintes considerações sobre a intervenção do Judiciário nas políticas administrativas:

[...] A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde.

O sistema, no entanto, começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios de voluntarismos diversos. Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Por outro, lado não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – de ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento. *Diante disso, os processos terminam por acarretar superposição de esforços e defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos, aí incluídos procuradores e servidores administrativos. Desnecessário enfatizar que tudo isso representa gastos, imprevisibilidade e disfunionalidade da prestação jurisdicional [...];*

Tais excessos e inconsistências não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal. Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo [...];

O Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos. Na frase inspirada de Gilberto Amado, “querer ser mais do que se é, é ser menos [...]”;

Aqui se chega ao ponto crucial do debate. Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente facial nem moralmente simples nessa questão [...];

As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres. Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pelas circunstâncias de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média (Nesse sentido, v. TJRJ, j. 20 set. 1994, Apelação Cível 1994.001.01749, Rel. Des. Carpena Amorim).

Por fim, há ainda a crítica técnica, a qual se apóia na percepção de que o Judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde. O Poder Judiciário não tem como avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para se promover a saúde e a vida. Mesmo que instruído por laudos técnicos, seu ponto de vista nunca seria capaz de rivalizar com o da Administração Pública (É o que explica Marcos Maselli Gouvêa. O controle judicial das omissões administrativas, 2003, p. 22-3. O princípio da separação de poderes compreende, portanto,

uma vertente político-funcionalista que não se pode desprezar, sob pena de restringir-se a soberania popular. Afora este componente, a separação de poderes traduz-se numa consideração técnico-operacional. O Legislativo e principalmente o Executivo acham-se aparelhados de órgãos técnicos capazes de assessorá-los na solução de problemas mais complexos, em especial daqueles campos que geram implicações macropolíticas, afetando diversos campos de atuação do poder público. O Poder Judiciário, por sua vez, não dispõe de iguais subsídios; a análise que faz do caso concreto tende a perder de vista possíveis implicações fáticas e políticas da sentença, razão pela qual os problemas de maior complexidade – incluindo a implementação de direitos prestacionais – devem ser reservados ao administrador público. Aos empecilhos normativo-estruturais, financeiros e políticos listados acima encontram consagrados nos ordenamentos e na jurisprudência dos mais diversos países, apenas no século XX passou-se a reservar maior atenção aos direitos prestacionais. Existe uma notável discrepância entre a complexidade e a eficiência dos remédios jurídicos destinados à salvaguarda dos direitos liberais (habeas corpus, mandado de segurança) e a completa ausência de instrumentos específicos de tutela dos direitos prestacionais. Não existe ainda, com pertinência a estas situações jurídicas, a vasta produção doutrinária e os precedentes jurisprudenciais que amoldam, encorpam, os direitos de primeira geração). O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a micro-justiça, ao invés da macro-justiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública [...];

Diante do exposto, é possível compendiar nas proposições seguintes as principais idéias no que diz respeito ao dever estatal de fornecer medicamentos à população:

a) as pessoas necessitadas podem postular judicialmente, em ações individuais, os medicamentos constantes das listas elaboradas pelo Poder Público e, nesse caso, o réu na demanda haverá de ser o ente federativo – União, Estado ou Município – que haja incluído em sua lista o medicamento solicitado. Trata-se aqui de efetivar uma decisão política específica do Estado, a rigor já tornada jurídica;

b) no âmbito de ações coletivas e/ou de ações abstratas de controle de constitucionalidade, será possível discutir a inclusão de novos medicamentos nas listas referidas. Tal inclusão, contudo, deve

ser excepcional, uma vez que as complexas avaliações técnicas – de ordem médica, administrativa e orçamentária – competem primariamente aos Poderes Legislativo e Executivo;

c) nas discussões travadas em ações coletivas ou abstratas – para a modificação das listas – o Judiciário só deve determinar que a Administração forneça medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos. Ademais, o Judiciário deve, como regra, optar por substâncias disponíveis no Brasil e por fornecedores situados no território nacional. Por fim, dentre os medicamentos de eficácia comprovada deve privilegiar aqueles de menor custo, como os genéricos.

AS PROVIDÊNCIAS LEGISLATIVAS EM TRAMITAÇÃO NO CONGRESSO NACIONAL SOBRE O TEMA EM QUESTÃO

Oportuno também transcrever cópia do Projeto de Lei (PLS) nº 219/2007, que altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e dispõe sobre a oferta de procedimentos terapêuticos e a dispensação de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) bem como de sua justificativa. Registramos que o projeto, em tramitação na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania do Senado, aguarda parecer do Senador Tasso Jereissati.

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº , DE 2007

Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a oferta de procedimentos terapêuticos e a dispensação de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º A Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 6º-A.:

“Art. 6º-A. A integralidade da assistência terapêutica, inclusive farmacêutica, de que trata a alínea d do inciso I do art. 6º consiste em:

I - oferta de procedimentos terapêuticos ambulatoriais e hospitalares constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do SUS,

realizados no território nacional em serviço próprio, conveniado ou contratado;

II - dispensação de medicamento prescrito em serviço próprio, conveniado ou contratado, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas instituídas pelo gestor federal do SUS em protocolo clínico para o agravo à saúde a ser tratado.

§ 1º Na falta do protocolo a que se refere o inciso II do caput, a dispensação limitar-se-á aos produtos constantes de relações de medicamentos essenciais e de medicamentos de dispensação excepcional elaboradas pelo gestor federal do SUS.

§ 2º São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS:

I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de procedimento clínico ou cirúrgico experimental;

II - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de procedimento clínico ou cirúrgico para fins estéticos ou embelezadores, bem como de órteses e próteses para os mesmos fins;

III - a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, nacional ou importado, sem registro no órgão público brasileiro competente.

§ 3º Para os efeitos desta lei, procedimento clínico ou cirúrgico para fins estéticos ou embelezadores é aquele realizado com o objetivo de corrigir alterações de partes do corpo decorrentes do processo normal de envelhecimento ou de alterar variações anatômicas que não causem disfunções orgânicas, físicas ou psíquicas”.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

Ao tratar da Seguridade Social, a Constituição Federal determina que a saúde é direito de todos e dever do Estado e que o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas.

Para alcançar esse objetivo, a Carta Magna determinou a estruturação de um sistema único constituído por uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços públicos de saúde. Uma das diretrizes que devem ser seguidas por esse sistema, que veio a ser instituído com o nome de Sistema Único de Saúde (SUS), é a integralidade da assistência. Para seguir essa diretriz, a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, conhecida como Lei Orgânica da Saúde, estabelece, na alínea d do inciso I do art. 6º, que a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, é uma das ações incluídas no campo de atuação do SUS.

Amparados por esses preceitos constitucionais e legais, os tribunais brasileiros expediram, nos últimos anos, várias decisões liminares que obrigaram os gestores do SUS a fornecer medicamentos não ofertados ou não disponíveis nas farmácias das unidades públicas de saúde, sob pena de prisão do gestor e multa, em caso de descumprimento. Algumas das decisões obrigaram o fornecimento até mesmo de medicamentos ainda não registrados no País.

A maioria dessas liminares tem como objetivo atender à prescrição de produtos de alto custo, muitos deles recém-lançados em outros países e ainda não disponíveis no Brasil. O lobby da indústria e do comércio de produtos farmacêuticos junto a associações de portadores de certas doenças e o intenso trabalho de marketing junto aos médicos fazem com que tanto os usuários quanto os prescritores passem a considerar imprescindível o uso de medicamentos novos. Em regra esses produtos são de altíssimo custo, como já mencionado, mas nem sempre são mais eficazes que outros de custo inferior, indicados para a mesma doença.

Nos dias 09 e 10 de julho de 2005, foi realizado em Porto Alegre- RS o seminário intitulado “O SUS, o Judiciário e o Acesso aos Medicamentos Excepcionais”. Participaram do evento representantes do Ministério da Saúde, do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS), do Poder Judiciário, do Ministério Público, do Conselho Federal de Medicina (CFM) e de outras instituições. Ao final, houve consenso no sentido de que o Ministério da Saúde deve elaborar protocolos e diretrizes terapêuticas que deverão ser utilizados como forma de orientação e racionalização da prescrição de medicamentos de dispensação excepcional.

Na Nota Técnica nº 13, de 2005, do CONASS, que contém o relatório desse seminário, consta a informação do representante do Conasems de que, em 1991/1992, o Rio Grande do Sul atendia a quinze mil usuários de medicamentos de dispensação excepcional. Em 2005, esse número subiu para cento e cinquenta mil, ou seja, era dez vezes maior.

No mesmo seminário, o representante do Conass informou que, em 2003, os gastos com apenas quatorze medicamentos de dispensação excepcional consumiram 63,7% das receitas do Ministério da Saúde para aquisição de medicamentos. Citou, ainda, o mal de Gaucher como exemplo, dado que o tratamento de um só portador dessa doença, com sessenta quilogramas de peso corporal, representa um custo de mais de oitocentos mil reais por ano.

O mesmo representante cita a ex-editora do *New England Journal of Medicine*, Dr^a. Marcia Engell, considerada uma das vinte e cinco personalidades mais influentes dos Estados Unidos. Em um dos seus livros, a Dr^a. Engell defende duas teses: 1) a indústria [farmacêutica] detém controle sobre a avaliação dos próprios produtos e publica o que quer; e 2) um controle governamental desse comportamento é fundamental.

A garantia de acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde é tão importante quanto o atendimento integral. Essa garantia só será possível se os poucos recursos destinados à saúde forem criteriosamente aplicados. Esses recursos não se multiplicam milagrosamente. Se uma grande parte deles for gasta na assistência a umas poucas pessoas, certamente uma grande parcela da população sofrerá pela falta de medicamentos destinados ao tratamento de doenças como tuberculose, hanseníase, malária, esquistossomose, dengue, aids, diabetes, hipertensão arterial, parasitoses intestinais e tantas outras.

No que diz respeito a tratamentos cirúrgicos, a situação não é diferente. Dos pontos de vista epidemiológico e bioético, não é justificável que um sistema público de saúde gaste enormes quantias no ressarcimento de um tratamento cirúrgico experimental, de elevado custo, realizado em outro país, enquanto milhares de doentes aguardam uma cirurgia de hérnia inguinal, de retirada da vesícula biliar ou um transplante de córnea, todos esses procedimentos de

custo relativamente baixo. Como corolário, imperativa também é a vedação de gastos públicos com procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos ou embelezadores, bem como de órteses e próteses de igual natureza.

Há que se notar que, em instâncias superiores, o Poder Judiciário tem demonstrado preocupação com a matéria e admitido a prevalência dos interesses da coletividade, reconhecendo a importância da racionalização dos gastos com medicamentos e procedimentos terapêuticos. Em duas decisões recentes, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) suspendeu os efeitos de liminares em um mandato de segurança e em uma tutela antecipada, que ordenavam ao gestor do SUS ressarcir transplante de intestino realizado nos Estados Unidos e fornecer próteses não aprovadas pelo órgão especializado.

A ementa do acórdão da Suspensão de Tutela Antecipada nº 2004/0062451-9 daquela Corte é do seguinte teor:

1. O fornecimento genérico e indiscriminado de próteses não aprovadas por órgão especializado, a quem delas necessite, em detrimento da listagem oficial do Ministério da Saúde tem, de fato, potencial suficiente para inviabilizar a realização de outros tratamentos à população carente e o próprio sistema de saúde pública.
2. Compete à Administração Pública fixar as diretrizes da política social e econômica que visam à saúde de toda população.
3. Agravo regimental não provido.

Mais recentemente, a Ministra Ellen Gracie, Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), proferiu decisão favorável nos autos da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 91/AL, publicada no Diário de Justiça de 05 de março de 2007, requerida pelo Estado de Alagoas. A decisão limita a responsabilidade dessa unidade da Federação a fornecer medicamentos contemplados na Portaria GM/MS nº 1.318, de 23 de julho de 2002, do Ministério da Saúde, que traz a relação dos medicamentos de dispensação excepcional, muitos deles de alto custo.

A proposição que ora submeto à apreciação dos nobres Parlamentares visa alterar a Lei Orgânica da Saúde para estabelecer

que a obrigatoriedade do SUS de prestar assistência terapêutica restringe-se à dispensação de medicamentos registrados pelo órgão competente - no caso, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - e à oferta de procedimentos ambulatoriais e hospitalares realizados no território nacional e constantes de tabelas elaboradas pelo Ministério da Saúde.

As alterações determinam, ainda, que a dispensação dar-se-á mediante o cumprimento de protocolos clínicos e segundo as diretrizes neles estabelecidas. Na falta desses protocolos, a dispensação limitar-se-á aos medicamentos das relações elaboradas pelo Ministério da Saúde — quais sejam, a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) e a Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional.

O que proponho não viola os preceitos constitucionais relativos à assistência à saúde. Ao contrário, respeita-os ao permitir que um maior número de cidadãos e cidadãs seja beneficiado com a racionalização dos gastos.

É inalienável o direito do paciente de procurar o alívio do seu sofrimento e manter acesa a esperança de ser curado. Entretanto, esse mesmo direito e essa mesma esperança não podem ser negados a crianças, jovens, idosos, mulheres e homens vitimados por acidentes, violência, doenças endêmicas, câncer, aids e muitos outros males que acometem milhões de brasileiros.

Certo de que as alterações que proponho contribuirão para que o SUS seja continuamente aperfeiçoado, solicito o apoio dos nobres Parlamentares para a aprovação do projeto.

Sala das Sessões,

Senador TIÃO VIANA

PT/AC

ja0424;j2-200702904

O assunto não é novidade no Poder Legislativo. Lembremos que em 13 de novembro de 1996 foi publicada a Lei nº 9.313 de 1996

que dispõe sobre o tratamento e o fornecimento de medicamentos aos portadores do vírus HIV (AIDS).

A referida legislação determina que o Poder Público forneça gratuitamente através do Sistema Único de Saúde (SUS) toda a medicação necessária ao tratamento dos portadores do vírus HIV e determina em seu artigo 1º, § 1º, o seguinte:

[...] O Poder Executivo, através do Ministério da Saúde, padronizará os medicamentos a serem utilizados em cada estágio evolutivo da infecção e da doença, com vistas a orientar a aquisição dos mesmos pelos gestores do Sistema Único de Saúde [...]

Portanto, observa-se uma nítida tendência do Poder Legislativo em estender a padronização de medicamentos para todos os tipos de doenças e não somente de medicamentos destinados ao tratamento da AIDS. Tal providência, sem sombra de dúvida, tem a finalidade de resguardar o Poder Público de ser compelido ao fornecimento de medicações extremamente caras e carentes de comprovação científica, além de assegurar à população em geral o fornecimento de medicamentos seguros e eficazes por parte do SUS.

CONCLUSÃO

Tudo quanto exposto denota que a enorme quantidade de ações ajuizadas com a finalidade de compelir o Poder Público a fornecer medicamentos de alto custo que não fazem parte da listagem oficial do Ministério da Saúde tem potencial para causar grave lesão à ordem pública, tendo em vista que poderá ocorrer sério comprometimento na organização logística para aquisição e distribuição de um grande número de fármacos necessários aos mais diversos tratamentos de doenças.

Ademais, é vedado ao Poder Judiciário compelir o Poder público a fornecer medicamentos não constantes da listagem oficial do SUS, já que inexistente dotação orçamentária própria e eventual suplementação de verbas depende de autorização legislativa e prévia inclusão no orçamento, bem como da disponibilidade do Tesouro Nacional.

Destaque-se que a medicação demandada nos presentes autos (sildenafil) não obteve através dos ensaios clínicos apresentados sequer a capacidade e robustez metodológica para mostrar que o tratamento

da hipertensão arterial pulmonar com cloridrato de sildenafil reduz a mortalidade ou a taxa de hospitalização. Este é certamente apenas um exemplo dentre muitos outros.

Atender a um indivíduo isoladamente é descumprir a Constituição Federal, na medida em que, além de desestruturar as políticas públicas do setor, gera uma despesa em prejuízo dos demais, violando o princípio da igualdade insculpido na Lei Maior.

Diante do exposto, conclui-se que se mostra eivada de inconstitucionalidade a tutela judicial que concede a um ou mais litigantes isoladamente o direito de acesso gratuito a um determinado medicamento alternativo (sem comprovação científica) e/ou de alta complexidade, sobretudo quando o fármaco não constar da listagem oficial elaborada pelo SUS e o Estado fornecer outro produto, com o mesmo princípio ativo ou similar.

Destarte, sugiro o encaminhamento via ofício e email (sec.contencioso@agu.gov.br) de cópia desta manifestação e dos documentos de fls. 315 a 329 à d. Secretária Geral de Contencioso da Advocacia-Geral União, com a finalidade de auxiliar na elaboração da manifestação da União em juízo.

É o parecer. Submeto à apreciação superior.

Brasília, de outubro de 2008.

Eduardo Oliveira Decat de Moura
Advogado da União

SIPAR Nº 25000.132065/2008-18

DESPACHO Nº 20232/2008-AGU/CONJUR-MS/AVA

REFERÊNCIA: OFÍCIO 189/2008-SG-CT

INTERESSADO: CARMELITA ANUNCIATA DE SOUZA

ASSUNTO: SUBSÍDIOS PARA MANIFESTAÇÃO DA UNIÃO NO RE Nº556.471/RN.

Por meio do ofício em epígrafe, a Secretaria-Geral de Contencioso da AGU solicita o envio de subsídios aptos à elaboração de manifestação da União no Recurso Extraordinário nº566.471-6/RN, em face da conclusão unânime da Suprema Corte pela repercussão geral do tema versado no aludido feito, qual seja, a possibilidade de se compelir o Poder Público a oferecer medicamentos de alto custo.

Através do parecer nº 1365/2008-AGU/CONJUR-MS/EODM, o d. Advogado da União Eduardo Oliveira Decat de Moura apresentou explanação sobre o funcionamento da Assistência Farmacêutica do Sistema Único de Saúde, sobre os riscos da ingerência indevida do Poder Judiciário no SUS e sobre as Providências Legislativas em tramitação no Congresso Nacional acerca da questão.

Na condição de Coordenadora de Assuntos Judiciais, cumpre-me submeter o parecer à apreciação de V.Sa., com adição de algumas reflexões que entendo pertinentes a uma melhor compreensão da problemática em análise.

1 DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA.

O crescente número de ações judiciais propostas com o fim de garantir o fornecimento de medicamentos pelo Poder Público tem sido motivo de preocupação para os gestores de saúde em todos os níveis federativos.

De fato, os dados apontam para uma situação alarmante.

De janeiro a julho de 2008, o governo federal gastou diretamente R\$ 48 milhões com ações judiciais para aquisição de medicamentos. Em três anos, o aumento chegou a 1.920%, quando considerado que

em 2005 o gasto foi de R\$2,5 milhões de reais.¹ Em âmbito estadual e municipal a situação é semelhante, havendo inúmeros exemplos de entes municipais que tiveram toda sua verba de saúde aplicada em um único atendimento determinado pela via judicial.

A preocupação dos gestores de saúde com o que se convencionou denominar de “judicialização do SUS” vai além do aspecto financeiro, para se concentrar no fato de que a concessão indiscriminada de medicamentos tem causado a desorganização do Sistema, com claro prejuízo às políticas de saúde, já previamente instituídas e planejadas com o objetivo de atender a toda a coletividade.

Mais que isso: a facilidade com que se obtêm medicamentos pela via judicial tem favorecido o surgimento de uma enorme variedade de fraudes (como se tem regularmente noticiado nos meios de comunicação) e a criação de necessidades artificiais, o que contraria toda a orientação da Organização Mundial de Saúde acerca do uso racional de medicamentos.

Todos esses fatores têm recebido especial atenção nos mais diversos meios sociais, inclusive nos meios acadêmicos, o que contribuiu para a disseminação da discussão no âmbito do Poder Legislativo (com destaque para o projeto de lei nº 129/2007, do Senador Tião Viana) e mesmo em sede judicial (hoje já se observa, ainda que de forma minoritária, o surgimento de uma jurisprudência mais criteriosa na avaliação do pleito autoral em ações relativas ao direito à saúde).

A conclusão do Supremo Tribunal Federal pela existência de repercussão geral à discussão travada nos autos do Recurso Extraordinário nº566.471-6/RN, em razão da expectativa de que trará uma maior uniformização às decisões judiciais, vem atender ao anseio de que seja revelado o real alcance do texto constitucional, em especial, dos artigos 196 e 198 da Carta Federal, de modo a se obter, a partir da ponderação dos interesses envolvidos, uma solução mais equânime ao problema apontado.

¹ Importa considerar que esses valores referem-se tão-somente ao custo de aquisição dos medicamentos pleiteados, não contemplando o gasto com depósitos judiciais (constantemente determinados pelos magistrados), com os repasses a Estados e Municípios (nas ações de condenação solidária) ou com os custos do procedimento de compra dos medicamentos (que gira em torno de R\$500 reais por compra realizada).

2 O DIREITO À SAÚDE NOS TRIBUNAIS PÁTRIOS: O AUTOR, OS RÉUS E OS MAGISTRADOS

As ações judiciais promovidas com o fim de obter uma tutela positiva do Estado envolvendo o direito à saúde possuem traços marcantes que as distingue de qualquer outra ação judicial: primeiro, quanto ao objeto e, depois, quanto à posição ocupada por cada um dos sujeitos integrantes da relação processual.

Quanto ao objeto, trata-se de demanda em que se pleiteia um direito que é puro reflexo do mais fundamental dos direitos: o direito à vida.

Por essa razão, a discussão travada nos autos de um processo voltado à concessão de medicamentos reveste-se de um apelo emocional único, que favorece um julgamento voltado exclusivamente à apreciação do caso concreto (a micro-justiça), sem maiores avaliações acerca do impacto dessa decisão sobre o Sistema, genericamente considerado.

Por decorrência, as partes do processo põem-se em posição muito definida: os autores utilizam-se fartamente das alegações relativas à indispensabilidade da medicação, ao passo em que os réus concentram-se em alegações de ordem orçamentária, com visão geral do Sistema, mas que, ante a pouca concretude de que se revestem, acabam por não obter aceitação no âmbito do Judiciário.

É certo que não se pode perder de vista que o direito à saúde é, acima de tudo, um direito humano consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que proclama, em seu artigo 25:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e à sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Inicialmente, portanto, é imperioso firmar que, sendo ínsito a todo ser humano, o direito à saúde, em si, não é alvo de questionamentos pelos entes federados, que, antes, na instituição de suas políticas, o reconhecem e buscam garanti-lo.

Em verdade, o que as entidades gestoras do Sistema Único de Saúde combatem é, basicamente, a idéia de que esse direito é ilimitado, de que não cede frente a qualquer outro e de que ampara qualquer pretensão, ainda que desvinculada dos fundamentos que regem o SUS.

A contrario sensu, portanto, o que defendem os entes políticos é que o direito à saúde não implica garantia de acesso a todo e qualquer medicamento ou tratamento médico, mas sim, promoção a políticas públicas que contemplem a integralidade, a universalidade, a isonomia e a racionalidade no uso de fármacos.

Não obstante as ponderações postas pelos gestores do SUS, é bem diverso o entendimento que se tem adotado, majoritariamente, pela jurisprudência pátria.

Com efeito, o que se tem verificado nas ações judiciais em que se requer tratamento medicamentoso é que, para concessão do pleito autoral, *tem bastado a demonstração da necessidade do medicamento, sendo suficiente ao convencimento dos magistrados, para configuração da necessidade apontada, mera apresentação de prescrição médica.*

Atente-se às seguintes decisões:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PORTADOR DE LEUCEMIA MIELÓIDE CRÔNICA. FORNECIMENTO GRATUITO DE *MEDICAMENTO*. LIMINAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO.

1. *O fumus boni iuris está demonstrado pela receita médica apresentada, firmada pelo médico do impetrante. O periculum in mora decorre da gravidade da doença de que é portador o agravado - leucemia mielóide crônica.*

2. Presentes os requisitos necessários à concessão de liminar para determinar que seja fornecido ao impetrante, de forma gratuita e regular, o medicamento de que necessita, conforme prescrição médica.

3. Agravo de instrumento não provido.

(TRF-1ª Região. AG 2002.01.00.030992-0/MG - 2ª Turma. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO. DJ 11/06/2003 p.35)

ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. SUS. RECEITUÁRIO MÉDICO.

Na operação do Sistema Único de Saúde, basta que o médico integrante do sistema entenda necessária determinada medicação, cuja comercialização esteja autorizada em território nacional, e essa haverá de ser providenciada.

(TRF-4ª Região. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2006.04.00.026137-5/RS. Relator Juiz Marco Antônio Rocha. Publicado no D.E. de 05/02/2007)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. *RETENÇÃO DE MEDICAÇÃO PELO SUS SOB A ALEGATIVA DE AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS CIENTÍFICOS DO PACIENTE PARA A REFERIDA LIBERAÇÃO.* CASO EXCEPCIONAL. *EXISTÊNCIA DE PRESCRIÇÃO MÉDICA PARA LIBERAÇÃO DO MEDICAMENTO.* RISCO DE VIDA. POSSIBILIDADE DE FORNECIMENTO.

- *Os critérios científicos existentes para o fornecimento de medicamentos não devem prevalecer sobre prescrição médica que considerou determinada incompatibilidade do paciente com o medicamento recomendado pela administração.*

- Agravo de instrumento improvido.

(TRF-5ª Região - AGTR61874/SE - 3ª Turma - Relator: Desembargador Federal PAULO GADELHA. DJ 10/03/2006 - PÁGINA: 1009 - Nº: 48 - ANO: 2006).

RECURSO ESPECIAL. SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PACIENTE COM MIASTENIA GRAVIS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. ASTREINTES.

INCIDÊNCIA DO MEIO DE COERÇÃO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

1. Ação objetivando a condenação da entidade pública ao fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento de “miastenia gravis”.

2. O Sistema Único de Saúde-SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, *restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna.*

3. Configurada a necessidade do recorrente de ver atendida a sua pretensão posto legítima e constitucionalmente garantida, uma vez assegurado o direito à saúde e, em última instância, à vida. *A saúde, como de sãbença, é direito de todos e dever do Estado.*

4. A função das *astreintes* é vencer a obstinação do devedor ao cumprimento da obrigação e incide a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância.

5. In *casu*, consoante se infere dos autos, trata-se de obrigação de fazer, substanciada no fornecimento do medicamento Mestinow 60 mg – 180 comprimidos mensais, de forma contínua, durante o período necessário ao tratamento, a ser definido por atestado médico, cuja imposição das *astreintes* no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais) objetiva assegurar o cumprimento da decisão judicial e conseqüentemente resguardar o direito à saúde.

6. “Consoante entendimento consolidado neste Tribunal, em se tratando de obrigação de fazer, é permitido ao juízo da execução, de ofício ou a requerimento da parte, a imposição de multa cominatória ao devedor, mesmo que seja contra a Fazenda Pública.” (AGRGRESP 189.108/SP, DJ de 02.04.2001).

7. Precedentes: REsp 699495/RS, Relator Min. LUIZ FUX, DJ 05.09.2005; REsp 775567/RS, DJ 17.10.2005 RESP nº 212.346/RJ, DJ 04/02/2002; ROMS nº 11.129/PR, DJ 18/02/2002; RESP nº

212.346/RJ, DJ 04/02/2002; RESP n° 325.337/RJ, DJ 03/09/2001; RESP n° 127.604/RS, DJ 16/03/1998.

8. À luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, valor erigido com um dos fundamentos da República, impõe-se a concessão dos medicamentos como instrumento de efetividade da regra constitucional que consagra o direito à saúde.

9. Agravo Regimental desprovido.

(Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Classe: AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 950725 Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Relator: Min. LUIZ FUX. DJE DATA:18/06/2008)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MENOR CARENTE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO RECONHECIDA

1. *“Nos termos do art. 196 da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado. Tal premissa impõe ao Estado a obrigação de fornecer gratuitamente às pessoas desprovidas de recursos financeiros a medicação necessária para o efetivo tratamento de saúde”* (REsp 828.140/MT, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 23.04.2007).

2 Agravo Regimental não provido.

(Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Classe: AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - 893108 Processo: 200701086643 UF: PE Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA DJ DATA:22/10/2007 PG:00240 RMAN BENJAMIN)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 544 DO CPC. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DE SECRETÁRIO DE ESTADO DE SAÚDE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REQUISITOS LEGAIS. PREENCHIMENTO. REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/

STJ. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NECESSÁRIOS PARA O TRATAMENTO DE HEPATITE CRÔNICA POR VÍRUS C. ARTIGO 196 DA CF/88. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. LEGITIMIDADE PASSIVA.

1. Ação objetivando a condenação da entidade pública ao fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento de Hepatite Crônica por Vírus C.

2. Assentado o acórdão recorrido que: “*O medicamento ‘Interferon Peguilado Alfa 2a ou Alfa 2b’ e ‘Ribavirina’, foi receituado pelo médico [...], conforme documentos de fls. 23/32-TJ, que atestam ser o medicamento mais eficaz para o tratamento do impetrante. Registra, ainda, o conceituado especialista, que nos últimos meses a doença do Impetrante ‘vem evoluindo com lesão hepato celular intensa’, motivo esse da indicação da medicação sub judice, como melhor resposta o quadro clínico do paciente [...]* Por conseguinte, resta patente o direito líquido e certo do Impetrante e fundado receio de dano irreparável ao paciente pela não entrega dos medicamentos necessários ao combate da sua doença”, não cabe ao STJ conhecer do recurso. As questões que levam à nova incursão pelos elementos probatórios da causa são inapreciáveis em sede de recurso especial, consoante previsto na Súmula 7/STJ.

3. O exame do preenchimento dos pressupostos para a concessão da tutela antecipada previstos no artigo 273, deve ser aferido pelo juiz natural, sendo defeso ao STJ o reexame desse pressuposto de admissibilidade, em face do óbice contido na súmula 07/STJ.

4. Precedentes jurisprudenciais: (REsp 505729/RS, Ministro Relator Felix Fischer, 5ª Turma, DJU 23/06/2003; REsp 190686/PR, Ministro Relator Franciulli Netto, 2ª turma, DJU 23/06/2003; MC 2615/PE, Ministro Relator Francisco Falcão, 1ª Turma, DJU 19/08/2002; AGA 396736/MG, Ministro Relator Felix Fischer, 5ª Turma, DJU 25/02/2002; REsp 373775/RS, Ministro Relator Fernando Gonçalves, 6ª Turma, DJU 01/07/2002; REsp 165339/MS, Ministro Relator Jorge Scartezzini, 5ª Turma, DJU 05/03/2001; AGA 199217/SP, Ministro Relator Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, DJU 17/02/1999)

5. O Sistema Único de Saúde-SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna.

6. Configurada a necessidade de recorrido ver atendida a sua pretensão, posto legítima e constitucionalmente garantida, uma vez assegurado o direito à saúde e, em última instância, à vida, sendo certo que a saúde, como de sabença, é direito de todos e dever do Estado.

7. A União, o Estado, o Distrito Federal e o Município são partes legítimas para figurar no pólo passivo nas demandas cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos imprescindíveis à saúde de pessoa carente, podendo a ação ser proposta em face de quaisquer deles.

Precedentes: REsp 878080 / SC; Relatora Ministra ELIANA CALMON; SEGUNDA TURMA; DJ 20.11.2006 p. 296; REsp 772264 / RJ; Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA SEGUNDA TURMA; DJ 09.05.2006 p. 207; REsp 656979 / RS, Relator Ministro CASTRO MEIRA, DJ 07.03.2005.

8. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Classe: AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – 842866 Processo: 200602655477 UF: MT Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA Data da decisão: 12/06/2007 Documento: STJ000300668)

Note-se que, em todas as decisões supracitadas, a eventual existência de políticas públicas assecuratórias de outros medicamentos que não os pleiteados mostrou-se absolutamente irrelevante para o resultado do julgamento, sendo certo que tais políticas ora são parcialmente desconsideradas (quando preteridas em face da prescrição médica juntada pelo autor), ora integralmente rechaçadas (quando sequer são apreciadas como razão de decidir).

Assim, não obstante a Constituição Federal tenha reservado toda uma seção do capítulo destinado à Seguridade Social, para abordar o direito à saúde, apenas o artigo 196, mais precisamente a expressão “a saúde

é direito de todos e dever do Estado”, é utilizado como fundamento às decisões prolatadas, sem qualquer preocupação de enquadrá-lo em uma abordagem sistemática, que permita aferir qual o real alcance que lhe quis atribuir a Constituição Federal.

Do mesmo modo, a legislação respeitante à matéria e as normas infralegais que a regulamentam não são, via de regra, apreciadas pelos julgadores, que argumentam que qualquer restrição imposta pela Administração ao direito à saúde afigura-se inconstitucional.

Aqui reside um ponto chave do problema: a jurisprudência pátria, amparada no sentimento (ainda que não confesso) de que a integralidade significa “fornecer tudo a todos”, *tem associado a existência de políticas públicas (configuradas nas escolhas medicamentosas da Administração) à idéia de limitação do direito à saúde.* A decisão a seguir é bastante ilustrativa desse entendimento:

[...] 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. 4. *Não se pode limitar a escolha, por parte do médico eleito pela requerente, dos meios a serem postos em prática para a execução do tratamento a que se deve submeter o paciente.* (TRF 4ª R. – AC 2003.72.00.004666-4 – 1 T.Supl. – Rel. Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon – DJU 21.06.2006 – p. 376);

Tamanha a facilidade com que se obtém medicamentos pela via judicial que, em recente estudo publicado na Revista Saúde Pública intitulado “Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo”², em que se analisou os processos judiciais de fornecimentos de medicamentos pelo Estado de São Paulo, de 1997 a 2004, se constatou que *em 93,5% dos casos foi concedida medida liminar.*

É de se questionar: a expressão “a saúde é direito de todos e dever do Estado” realmente fundamenta tamanha concessão? Ou está-se diante de uma simplificação não autorizada pela Carta Constitucional?

3 ANÁLISE SISTEMÁTICA DO DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

² MARQUES, Sílvia Badim; Dallari, Sueli Gandolfi. *Revista Saúde Pública* 2007;41(1):101-7.

Uma análise mais acurada do texto constitucional leva à conclusão de que a própria Constituição Federal traçou os paradigmas a serem observados pelo Sistema Único de Saúde na concretização do direito que lhe compete assegurar.

Primeiramente, a saúde foi alçada à condição de direito social, pelo artigo 6º da Carta Magna, que assim dispõe:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Na definição de Alexandre de Moraes³,

direitos sociais são direitos fundamentais do homem, que se caracterizam como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art.1º, IV, da Constituição Federal.

Como direito social, portanto, a saúde exige uma atuação positiva do Estado, já que:

enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado – e, portanto, com o objetivo de limitar o poder –, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado.⁴

O ponto de partida, portanto, da apreciação do direito à saúde no texto constitucional é o fato de que ele exige medidas do Estado para sua implementação, que podem e devem ser exigidas do Poder Público quando não realizadas de modo efetivo.

Todavia, o mesmo dispositivo constitucional que atribui à saúde a condição de direito social, explícita que tal caracterização se dará “na forma desta Constituição”, de modo que a apreciação do alcance do direito à

3 MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. 6. ed. São Paulo: Atlas, p. 479.

4 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.72

saúde na Carta Magna há de ser feita a partir de uma análise sistemática entre os diversos dispositivos que abordam a questão.

O próprio artigo 6º, da CF, portanto, remete-nos, relativamente ao direito à saúde, ao estudo do Título VIII da CF (DA ORDEM SOCIAL), mais especificamente, da seção II, capítulo II.

Nesse contexto, merecem destaque os artigos 196 a 198, I, II e III, da Constituição Federal, que assim dispõem:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

Conjugando o teor dos dispositivos destacados (e dando ênfase ao tema sob análise), tem-se *que o direito à saúde será garantido pelo Estado mediante políticas sociais e econômicas, que visem, além da prevenção, ao acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde (art. 196), as quais serão regulamentadas pelo Poder Público (art. 197) e constituirão um sistema único, organizado de acordo com as diretrizes da descentralização, do atendimento integral e da participação da comunidade (art.198, I, II e III).*

Resta indubitável, portanto, que o direito à saúde foi posto na Constituição Federal dentro de um arcabouço bastante delineado, em que, de um lado, está a obrigação estatal de garantir tal direito (a saúde é dever do Estado) e, de outro, estão os meios de que disporá o ente estatal para fazê-lo (políticas públicas e ações e serviços de saúde).

Desse modo, não obstante seja muito comum que se atribua à expressão “a saúde é direito de todos e dever do Estado” a força cogente de impor ao Poder Público o fornecimento de qualquer medicamento ou tratamento que venha a ser pleiteado, a verdade é que *a própria Constituição reconheceu a necessidade do estabelecimento de políticas sociais e econômicas como meio de assegurar a efetivação do direito à saúde.*

Ressalve-se, contudo, que não se está, com isso, afirmando que o direito à saúde será tão-somente o que estiver estipulado nas políticas públicas estabelecidas. Isso seria uma verdadeira afronta ao claro intuito constitucional de tornar o direito à saúde oponível ao Estado, seja qual for o Governo que momentaneamente o presida. Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº271.286/RS, no voto do Relator (Ministro Celso de Mello), consagrou a seguinte idéia:

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (v.g. RE-AgR 393175/RS, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 12-12-2006, DJ 02-02-2007, p. 140)

Por outro lado, entretanto, o contrário sucede. Ou seja: *embora não se possa dizer que somente o que restar estipulado como política pública configura direito à saúde, é indiscutível que o direito à saúde só se efetiva, enquanto direito social, com o estabelecimento de políticas públicas.*

De fato, não é possível crer em garantias de acesso às ações e serviços de saúde sem que se vislumbre, primeiramente, a existência de um

planejamento, que contemple o estabelecimento de prioridades, a previsão dos custos que se terá com elas e as metas que se pretende atingir.

O estabelecimento de políticas públicas, portanto, não só é exigência jurídica, porque consagrado na CF como meio de garantir a implementação do direito à saúde, como também é imperativo lógico dessa implementação, já que, factualmente, não é possível assegurar acesso às ações e serviços de saúde sem que, previamente, seja traçado um rigoroso planejamento acerca de como isso ocorrerá.

Diante disso, pode-se dizer, com embasamento constitucional, que, *a priori*, a responsabilidade estatal na concretização do direito à saúde é estabelecer políticas públicas que efetivamente assegurem o acesso a ações e serviços de saúde eficazes.

Sendo assim, *obtem-se o primeiro pressuposto à intervenção do Judiciário na esfera do SUS: a inexistência de políticas públicas ou sua desconformidade com o que prescreve a Constituição.*

Mas como reconhecer que uma política pública não atende aos preceitos constitucionais? É preciso, primeiramente, entender como são instituídas.

4 A INSTITUIÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: A POLÍTICA NACIONAL DE MEDICAMENTOS.

A elaboração de políticas públicas pressupõe, *ab initio*, o estabelecimento de escolhas.

Sendo assim, e trazendo a discussão para o cerne do incidente de repercussão geral, *o fato de o Poder Público apontar os medicamentos que serão fornecidos à população não induz, por si só, à conclusão de que se está diante de uma intolerável e inconstitucional limitação ao direito à saúde. Antes, indica que se está por estabelecer garantias de acesso aos serviços de saúde disponíveis.*

Com efeito, seria inviável a aquisição, o fornecimento e a dispensação das mais de 25.000 especialidades farmacêuticas que, estima-se, estejam registradas na ANVISA, tanto do ponto de vista logístico e orçamentário, quanto sob o aspecto finalístico do SUS.

É certo que o Sistema Único de Saúde foi criado com a finalidade de atender amplamente às necessidades de saúde da população brasileira; porém, tal atendimento é voltado à prestação de cuidado integral, universal e igualitário aos que se utilizam do Sistema. Desse modo, sob o aspecto finalístico do SUS, ainda que houvesse verba para tanto, não se estaria por assegurar atendimento integral, com a concessão indiscriminada de medicamentos.

A integralidade pressupõe o amplo acompanhamento do paciente pela rede do SUS, com precisa avaliação, inclusive, da medicação que lhe será fornecida, máxime quando considerado que os medicamentos podem representar, se mal administrados ou mal indicados, sérios prejuízos à saúde dos que dele se utilizam.

Atentando-se a isso, foi estabelecida no âmbito do SUS a Política Nacional de Medicamentos, com base nos mesmos princípios que orientam o Sistema Único de Saúde, e que constitui estratégia essencial para consolidá-lo, uma vez que contribui para viabilizar um dos componentes fundamentais da assistência à saúde que é a cobertura farmacológica.

Com a edição da Portaria 3916, de 30 de outubro de 1998, restou então estabelecida a **POLÍTICA NACIONAL DE MEDICAMENTOS**, com propósito de garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade destes produtos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais.

Além da referida Portaria, a Resolução nº 338, de 06 de maio de 2004, aprovou a **POLÍTICA NACIONAL DE ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA**, contemplando também os três grandes eixos estratégicos já previstos na Política Nacional de Medicamentos, quais sejam, *a garantia da segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos; a promoção do seu uso racional; e o acesso da população aos medicamentos considerados essenciais*, previstos na RENAME.

Toda a estruturação da Assistência Farmacêutica estabelecida no âmbito do SUS segue as diretrizes estabelecidas pela Política Nacional de Medicamentos e pela Política Nacional da Assistência Farmacêutica, de modo que, para perfeita compreensão do que assegura o SUS em termos de assistência medicamentosa, faz-se necessária uma pequena abordagem sobre cada uma das diretrizes em comento.

5 USO RACIONAL DE MEDICAMENTOS E MEDICAMENTOS ESSENCIAIS

Pode-se dizer que a idéia de “uso racional de medicamentos” é a diretriz-norte de toda a Política Nacional da Assistência Farmacêutica, na medida em que engloba todas as demais.

De acordo com a Organização Mundial da Saúde - OMS (Nairobi, Quênia, 1985), “há uso racional quando pacientes recebem medicamentos apropriados para suas condições clínicas, em doses adequadas às suas necessidades individuais, por um período adequado e ao menor custo para si e para a comunidade”.

Trata-se, portanto, de definição bastante complexa que agrega, de um lado, o cuidado com o quadro de saúde do indivíduo e, de outro, a preocupação com o impacto do tratamento medicamentoso para toda a sociedade.

Essa dupla faceta do uso racional de medicamentos revela toda a sua importância para o estabelecimento de políticas públicas adequadas ao cuidado de saúde de uma população e não pode ser desconsiderada, sobretudo em um sistema de saúde público, sob pena de graves prejuízos à própria manutenção desse sistema.

Com efeito, o desperdício de medicamentos ou o seu uso inadequado é, em última instância, desperdício de vidas.

Atenta a isso, a Organização Mundial da Saúde vem recomendando e incentivando o uso do conceito de uso racional de medicamentos. Em maio de 2007,

*os Estados Membros da OMS, participando da Assembléia Mundial da Saúde, com o apoio do Brasil, adotaram a Resolução 60.16 sobre o Progresso no Uso Racional do Medicamento. Essa resolução solicita a todos os países do mundo a renovação de seu compromisso em favor do Uso Racional do Medicamento, inspirado nos princípios da medicina baseada em evidências, na ética profissional da atenção à saúde, e na objetividade e transparência nos processos institucionais orientadas na padronização do acesso e do Uso Racional de Medicamentos.*⁵ (grifamos)

⁵ CARTA DE FLORIANÓPOLIS: INCORPORANDO O USO RACIONAL DE MECIAMENTOS NA AGENDA DA SAÚDE DO BRASIL – 2º Congresso Brasileiro sobre o uso Racional de Medicamentos.

Assim, o URM implica na seleção de medicamentos baseada na eficácia e/ou efetividade, segurança e custo, com ênfase na lista de medicamentos essenciais e sob uma visão bastante crítica do arsenal terapêutico disponível, em práticas de boa prescrição e na apropriada assistência farmacêutica.

No contexto do uso racional de medicamentos, e como corolário da idéia, surge o conceito de medicamentos essenciais.

Segundo definição estabelecida pela OMS, “medicamentos essenciais são aqueles que satisfazem às necessidades prioritárias de cuidados da saúde da população”.

Acerca da importância da elaboração de uma lista de medicamentos essenciais, é bastante elucidativo o posicionamento da professora de farmacologia clínica Lenita Wannmacher, que ensina:

Trabalhar com conceito de medicamento essencial e lista de medicamentos essenciais selecionados por critérios fortemente embasados em evidências faz parte das dez recomendações que melhoram o uso de medicamentos em países em desenvolvimento. Seleção cuidadosa de número limitado de medicamentos essenciais permite melhorar qualidade de atenção à saúde, gestão dos medicamentos, capacitação dos prescritores e educação do público, inclusive em países ricos. O impacto da adoção de tal política, se efetivamente posta em prática, é de manejar medicamentos mais eficazes, mais seguros, de menor custo e, por conseqüência, garantindo maior acesso à população.⁶

Repise-se, portanto, pela sua importância: a adoção de listas não se configura em restrição ao direito à saúde, mas, antes, porque embasada no uso racional de medicamentos, é voltada à ampliação do acesso da população aos medicamentos essenciais.

Numa perspectiva nacional, a seleção leva em conta as doenças prevalentes e de relevância para a população, as condições organizacionais dos serviços de saúde, a capacitação e experiência dos profissionais, a qualidade dos medicamentos registrados e disponíveis no país e os recursos financeiros alocados para a saúde.

Disponível em: <<http://www.urm.ufsc.br/carta.php>>.

6 Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/med_essenciais.pdf>.

Assim é que se deu, no âmbito do SUS, o estabelecimento da RENAME, que norteia todas as políticas instituídas pelos gestores do Sistema que estejam voltadas à assistência farmacêutica.

A RENAME – Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – vem, portanto, atender às recomendações da própria OMS, acerca da necessidade de se utilizar medicamentos de forma racional, a partir da elaboração de uma lista de medicamentos tidos por essenciais à preservação e garantia do direito à saúde.

Com base na RENAME é que se dá toda a padronização de medicamentos fornecidos pelo SUS.

Observe-se, desse modo, que a estipulação de políticas públicas orientadas pela padronização de medicamentos decorre diretamente de recomendação da própria OMS, baseada na idéia do uso racional de medicamentos, não podendo, portanto, ser considerada como uma indevida restrição aos serviços de saúde imposta pelos gestores do SUS.

A não-padronização favoreceria o fornecimento de medicamentos não-essenciais, o que seria fato bastante grave, já que a Organização Mundial da Saúde (OMS) estima que, em todo o mundo, *mais da metade de todos os medicamentos são prescritos, dispensados ou vendidos inapropriadamente*.⁷ O Sistema Único de Saúde não poderia compactuar com tal situação.

6 A GARANTIA DA EFICÁCIA E SEGURANÇA

Seria, ainda, um verdadeiro contra-senso admitir que um Sistema criado com a finalidade precípua de assegurar saúde aos cidadãos, administrasse medicações destituídas da devida comprovação de eficácia e segurança.

Por essa razão, antes de incorporar um medicamento à listagem de fármacos que fornece, o SUS realiza, através de órgãos especialmente designados para isso, avaliações da eficácia, de efetividade e de segurança da medicação que pretende introduzir.

Trata-se de questão de suma relevância para a saúde pública, tendo em vista que o uso de medicamentos pode ser extremamente danoso à saúde dos que os utilizam.

⁷ World Health Organization. Rational use of medicines. Disponível em: <www.who.org/medicines>.

Em recente reportagem publicada na Revista VEJA, alertou-se:

É um susto atrás do outro para quem toma remédios – ou seja, quase todo mundo. Do dia para a noite, o comprimido que o médico lhe receitou, e que funcionava às mil maravilhas, é banido das farmácias porque se descobriu que pode causar danos à saúde não previstos na bula (ou, pelo menos, não previstos com a ênfase necessária). O que fazer? Não, não adiante interpelar o médico: ele também não sabia. O único jeito é passar a usar outro remédio – em geral mais antigo e menos eficiente – e esconjurando mentalmente o medo de engrossar a estatística das vítimas dos efeitos colaterais graves e até mesmo irreversíveis da medicação. E eles não são poucos. Vão de distúrbios cardiovasculares e cirrose hepática letal a depressão e suicídio. O primeiro grande susto veio com a saída do mercado do Vioxx, em 2004, quando um estudo o associou a um aumento nos riscos de infarto e derrame. O antiinflamatório era consumido por mais de 85 milhões de pessoas em mais de oitenta países. Nos últimos meses, saíram de cena mais dois antiinflamatórios: o Prexige e o Arcoxia (de 120 miligramas) foram associados a crises hepáticas. O tão aguardado comprimido antibarriga Acomplia também foi recentemente retirado das farmácias, apenas dois anos após o seu lançamento, por aumentar o risco de depressão entre seus usuários. Diante disso, até onde se pode confiar nos medicamentos que continuam em circulação?

Com efeito, é bastante sutil o limiar entre os bons resultados advindos com o uso de uma medicação e os efeitos danosos que esse mesmo medicamento pode trazer, de modo que não se poderia relegar a análise da segurança de um medicamento quando de sua incorporação aos fármacos fornecidos pelo SUS.

Do mesmo modo, a avaliação da eficácia e, sobretudo, da efetividade, dos medicamentos mostra-se imperiosa no âmbito do Sistema Único.

Medicamento eficaz é aquele que “minimamente, produzem os efeitos terapêuticos propostos nos estudos clínicos”, ao passo em que o efetivo é aquele “que, em situação real, produz os efeitos analisados em estudos clínicos”.⁸

8 Extraído do parecer técnico nº1040/2008/DAF/SCITIE/MS, constante das fls. 315 e seguintes dos presentes autos.

Essa distinção é importante e elucidada, inclusive, a razão da retirada de medicamentos do mercado após sua aprovação pela ANVISA. É que, quando em fase de estudo, um fármaco é administrado em um número reduzido de pessoas, em condições ideais (ou seja, em condições que favoreçam uma melhor obtenção de resultados acerca de sua eficácia), ao passo em que, após lançado no mercado, o fármaco será administrado nas mais diferentes pessoas, em situações reais, o que possibilita uma análise acerca de sua efetividade.

Para incorporação de um medicamento pelo SUS, é sempre feita uma análise comparativa de eficácia e efetividade entre os representantes de uma mesma classe terapêutica, de modo a se identificar quais apresentaram resultados satisfatórios, a fim de que o escolhido determine real e relevante benefício clínico para o paciente.

Aliás, a seleção de medicamentos se impõe, inclusive, quando considerado que grande parte dos medicamentos que se encontra no mercado não representa qualquer inovação tecnológica significativa sobre outros já disponíveis.

Nos EUA, a FDA informou, quando da introdução de 385 novos medicamentos no mercado - entre 1981 e 1988 - das 25 maiores indústrias farmacêuticas americanas, que:

- 3% (12 medicamentos) representam uma “contribuição importante sobre os tratamentos existentes”;
- 13% fizeram uma “contribuição modesta” e;
- 84% fizeram “pouca ou nenhuma contribuição”⁹

É fundamental, portanto, que haja uma seleção de quais fármacos serão fornecidos pelo Sistema, a fim de que não haja desperdício de verbas públicas, com o fornecimento de medicamentos não eficazes ou não efetivos, bem como para que não se tenha prejuízo à saúde dos usuários do SUS com a utilização desses mesmos medicamentos.

9 FRIEDMAN, M.A.; WOODCOCK, J.; LUMPKIN, M.M.; SHUREN, LE.; HASS, A.E.; THOMPSON, L.J. - The safety of newly approved medicines . Do recent market removals mean there is a problem?, -JAMA, The Journal Of The American Medical Association, 1999.

7 O CUSTO E O CUSTO-EFETIVIDADE

Após realizada a seleção dos medicamentos que possuem eficácia, efetividade e segurança, é que se passa para a avaliação do impacto financeiro que a escolha de cada um dos medicamentos traria ao Sistema, a fim de que se opte pelo que for mais custo-efetivo.

Ou seja: *a avaliação de custos somente é realizada sobre medicamentos que se mostraram efetivos no combate à moléstia que se quer tratar*, não sendo verídica, destarte, a afirmação de que o SUS fornece apenas medicamentos de baixo custo, ainda que eles não sejam tão eficazes quanto outros disponíveis no mercado.

Essa análise do custo que cada tratamento medicamentoso imporia ao Sistema é de extrema relevância: primeiro, porque o fato de um medicamento ser mais caro que outro não induz a que ele seja mais efetivo ou mais seguro; e, segundo, porque a escolha de quais medicamentos serão fornecidos pelo Sistema é uma escolha de ordem administrativa, submetida, portanto, aos princípios orçamentários que regem a administração das verbas públicas, inclusive a que proíbe o seu desperdício.

É de extrema importância destacar: muitos medicamentos apresentados como inovadores (e que surgem no mercado a preços exorbitantes) não passam de drogas de imitação, ou seja, de fármacos já presentes em outros medicamentos que, por estarem no mercado a mais tempo, são infinitamente mais baratos. Observe-se o que foi dito no livro “A verdade sobre os Laboratórios Farmacêuticos, de Márcia Angell (no capítulo intitulado “Medicamentos de imitação – o principal negócio da indústria farmacêutica), acerca dos artifícios usados pela indústria para justificar os altos preços de medicamentos recém-lançados no mercado, mas que não passam de mera imitação de outros já existentes:

De vez em quando, os laboratórios lançam no mercado um medicamento inovador, mas sua produção principal é um volume aparentemente inesgotável de sobras – medicamentos de imitação, que são versões de medicamentos de um passado remoto. [...]

[...] nos cinco anos entre 1998 e 2002, 415 novas drogas foram aprovadas pela Food and Drug Administration (FDA), das quais somente 14% eram realmente inovadoras. Outros 9% eram drogas

antigas que haviam sido modificadas de alguma forma que, sob a ótica da FDA, representavam aperfeiçoamentos significativos. E os 77% restantes? Por incrível que pareça, eram todos medicamentos de imitação – classificados pela agência no mesmo nível de outros medicamentos já disponíveis no mercado para tratar a mesma condição. Alguns deles apresentavam composições químicas diferenciadas da original; a maioria, não. Mas nenhum foi considerado um avanço. Portanto aí está. Setenta e sete por cento da produção da indústria farmacêutica foi de sobras.

Esse disfarce torna-se possível em razão de um ponto vulnerável de importância crucial na lei – os laboratórios farmacêuticos somente precisam demonstrar à FDA que os medicamentos novos são “eficazes”. Eles não precisam mostrar que esses medicamentos são mais eficazes que (nem mesmo tão eficazes quanto) o que já está sendo usado para aquela mesma condição. Só precisam mostrar que são melhores que nada. E é exatamente isso que os laboratórios estão fazendo. [...]

Se os laboratórios precisassem comprovar que suas drogas eram melhores do que tratamentos antigos, haveria muito menos medicamentos de imitação, porque poucos deles passariam no teste. As empresas não teriam alternativa a não ser pesquisar novas drogas importantes, em vez de tomar o caminho mais fácil e barato de retrabalhar drogas antigas. Mas o que elas fazem é retrabalhar drogas antigas. Vejamos alguns métodos de que elas se valem.

Vejam o caso do Nexium. O Nexium é um medicamento para azia do tipo inibidor de bomba de prótons fabricado pelo laboratório inglês AstraZeneca. Foi lançado no mercado em 2001, precisamente quando ia expirar a patente do Prilosec, o medicamento para combater a azia campeão de vendas do laboratório. Não foi coincidência. A menos que houvesse uma substituição, a perda da patente do Prilosec teria sido um golpe devastador para a AstraZeneca. Com seis bilhões de dólares em vendas anuais, o Prilosec era um dos medicamentos que mais vendiam no mundo. Quando a patente expirasse, o laboratório enfrentaria a concorrência de fabricantes de genéricos, e suas vendas cairiam vertiginosamente.

Portanto, como parte de uma estratégia multifacetada para evitar essa perda de receita (que incluiu, entre outros recursos, processos

judiciais contra potencias fabricantes de genéricos), a AstraZeneca desenvolveu um plano audacioso. O Prilosec é uma mistura de uma forma ativa da molécula do Prilosec, chamá-la de Nexium (não teria adiantado chamá-la de “meio Prilosec”, mas era disso mesmo que se tratava) e anunciá-la como um avanço em relação ao Prilosec no momento certo para converte os usuários antes que a patente do Prilosec expirasse. O plano funcionou.

Pouco antes de expirar a patente do Prilosec, o laboratório obteve a aprovação da FDA para o recém-patenteado Nexium. A seguir, fez uma enorme campanha para convencer usuários de Prilosec e seus médicos que o Nexium era de alguma forma melhor. Com grande rapidez, o Nexium tornou-se a droga mais anunciada nos EUA. A mídia foi inundada com anúncios do Nexium – “A pílula roxa de hoje é o Nexium, dos fabricantes de Prilosec” Para ajudar na transição, a AstraZeneca colocou o preço do Nexium ligeiramente abaixo do preço do Prilosec, deu descontos para administradoras de planos de tratamento e hospitais, abarrotou os médicos com amostras grátis e ate ofereceu cupons de desconto em jornais. Consta que a campanha custou ao laboratório meio bilhão de dólares em 2001. Praticamente da noite para o dia, Nexium – a nova pílula roxa – começou a substituir o Prilosec. Logo, a companhia cessou qualquer referencia ao medicamento anterior em sua propagando. Agora eles só se referem à “pílula roxa chamada Nexium”. É como se o Prilosec nunca tivesse existido. Na verdade, o Prilosec agora é vendido sem necessidade de prescrição por uma fração do custo do Nexium.

No capítulo seguinte, intitulado “Até que ponto os novos medicamentos são bons?”, a autora faz um alerta muito apropriado para a discussão sob análise, já que demonstra bem que o fato de um medicamento ser o mais caro não induz a que seja o mais efetivo:

Comecemos analisando um dos poucos ensaios clínicos recentes não patrocinados por um laboratórios farmacêutico. Denominado ALLHAT (sigla para Antihypertensive and Lipid Lowering Treatment to Prevent Heart Attack Trial – Ensaio de Tratamento Anti-Hipertensivo e Redutor de Lipídios para Evitar Ataques Cardíacos), esse foi um ensaio gigantesco do tratamento para pressão sangüínea elevada (hipertensão.) Embora tenha recebido apoio da Pfizer, ele foi patrocinado e organizado principalmente pelo National Heart, Lung and Blood Institute [Instituto Nacional

do Coração, Pulmão e Sangue] – que faz parte dos National Institutes of Health (NIH). A pesquisa do ALLHAT durou oito anos e envolveu 42.000 pessoas em mais de 600 clínicas, o maior ensaio clínico já realizado para o tratamento da pressão sanguínea elevada. Nele foram comparados quatro tipos de drogas : (1) um bloqueador dos canais de cálcio – chamado pela Pfizer de Norvasc, o quinto medicamento mais vendido mundialmente em 2002; (2) um bloqueador alfa-adrenérgico – vendido pela Pfizer sob o nome de Carduran também genericamente como doxazosina; (3) um inibidor de enzima conversora de angiotensina (ACE) – vendido pela AstraZeneca como Zestril, pela Merck como Prinivil, e também genericamente como isinopril; e (4) um diurético genérico (chamado em inglês de “pílula de água”) de um tipo disponível no mercado há mais de cinquenta anos.

Os resultados, relatados em 2002 no *Journal of the American Medical Association*, foram desconcertantes. Para surpresa de quase todo mundo, o antigo diurético mostrou-se igualmente eficaz para reduzir a pressão, e ate melhor para evitar algumas das devastadoras complicações da pressão alta – principalmente doenças cardíacas e derrame. Os participantes tratados com o diurético eram muito menos propensos a desenvolver insuficiência cardíaca do que aqueles tratados com Norvasc. E eram menos propensos a desenvolver insuficiência cardíaca, derrames e uma seria de outras complicações que aqueles tratados com inibidores ACE. Quanto ao Carduran, essa parte do teste precisou ser interrompida logo no inicio por causa do elevado numero de pessoas que receberam o medicamento e que desenvolveram insuficiência cardíaca. O diretor do National Heart, Lung and Blood Institute foi taxativo em sua conclusão: “ALLHAT demonstrou que os diuréticos são a melhor opção para tratar hipertensão, tanto do ponto de vista medico quanto do econômico.

Contudo, ao longo dos anos os medicamentos mais novos tinham suplantado em grande medida os diuréticos no tratamento de pressão alta. Não eram feitas campanhas publicitárias para os diuréticos porque os fabricantes de medicamentos genéricos normalmente não gastam dinheiro em marketing. Por outro lado, quando novos medicamentos são lançados no mercado, eles são incessantemente anunciados. Por exemplo, em 1996 o Norvasc era o medicamento mais anunciado em *New England Journal of Medicine*, mas não havia um único anuncio de diuréticos. Como se

poderia supor, o uso de diuréticos caiu vertiginosamente. Enquanto em 1982 eles constituíam 56% das prescrições para pressão alta, passados dez anos, após a introdução no mercado dos inibidores de ACE e bloqueadores dos canais de cálcio, eles representavam apenas 27%. De modo geral, quanto mais novo o medicamento, maior sua vendagem. Se observamos as 50 drogas mais vendidas para indivíduos da terceira idade em 2001, o Norvasc estava em segundo lugar. Três nomes comerciais de inibidores de ACE também estavam entre os cinquenta mais vendidos. Mas os diuréticos, como aquele que se mostrou superior no ensaio ALLHAT, não apareciam em nenhuma posição naquela lista.

E veja os custos. Os diuréticos custavam cerca de US\$ 37 por ano em 2002 (dentre os medicamentos mais baratos do mercado), em comparação com US\$ 715 do Norvasc e US\$ 230 para inibidores de ACE genéricos. Portanto, pessoas com pressão alta que usam Norvasc acabam pagando 19 vezes mais pelo privilégio de tomar um medicamento que não é em nada melhor, e talvez seja pior, que um diurético.

Considerando essa realidade que envolve a atuação dos laboratórios farmacêuticos, os gestores do SUS passam a ter ainda mais responsabilidade sobre a avaliação dos custos que envolvem um dado tratamento medicamentoso, já que medicamentos com a mesma eficácia podem ter preços bem díspares. Em tais casos, a opção pelo mais caro representaria claro e evidente desperdício de verbas públicas.

A análise do custo, portanto, é extremamente legítima e, sem ela restaria absolutamente inviabilizada a manutenção de um sistema de saúde público. Somente para exemplificar com números o que se está dizendo, observe-se a situação hipotética apresentada no artigo denominado “Ações Judiciais e Direito à Saúde: reflexão sobre a observância dos princípios do SUS” de autoria da farmacêutica Fabíola Sulpino Vieira:

A prevalência da hepatite viral crônica C no Brasil é estimada em 1% da população geral. A população brasileira, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), era de 186.770.562 de pessoas em julho de 2006. Portanto, cerca de 1.867.706 delas possuem o vírus da hepatite C por esta aproximação. Supondo-se que o SUS trate 25% (466.927) dessas pessoas com o medicamento interferon peguilado e como o tratamento deve ser feito com a

aplicação de 180 mcg, uma vez por semana durante 48 semanas e, o preço da seringa preenchida de 180 mcg é de R\$ 1.107,49, o custo estimado é de 24,8 bilhões de reais.

Se esta situação tivesse acontecido, este valor corresponderia a 64% do gasto total executado pelo Ministério da Saúde em 2006 (38,8 bilhões de reais). Ou seja, dois terços do orçamento federal da saúde seriam gastos para a oferta de um único produto farmacêutico com cobertura de 0,25% da população.

O exemplo citado (uso de Interferon Peguilado para tratamento da Hepatite C) é bastante ilustrativo da necessidade de se observar o impacto que as decisões judiciais podem ter sobre as verbas do SUS, na medida em que existem diversas ações judiciais propostas com o fim de obter o fornecimento do Interferon Peguilado, para tratamento da Hepatite C.

Cite-se, ainda, o caso das Mucopolissacaridoses. Recentemente, diversas ações judiciais passaram a ser propostas com o fim de compelir o Poder Público a realizar o fornecimento de medicamentos recém-lançados no mercado, de altíssimo custo, para tratamento das Mucopolissacaridoses tipo I (medicamento Larunidase), tipo IV (medicamento IDURSULFASE) e tipo VI (GALSULFASE).

As doenças citadas acima são consideradas raras e os medicamentos apontados, recém-lançados no mercado, são os únicos disponíveis para tratamento daquelas.

A um primeiro momento, portanto, poder-se-ia supor que, sendo o único tratamento disponível, seria obrigação do Estado fornecê-lo. Ocorre que os medicamentos acima citados, não possuem comprovação de efetividade e segurança que justifique o seu fornecimento pelo Sistema, sendo certo ainda que se trata de medicamentos pouco custo-efetivos, já que a pequena eficácia demonstrada não justifica o altíssimo custo que possuem. A esse respeito, cumpre destacar o que foi dito no parecer nº /2008-AGU/CONJUR-MS/CCM acerca do medicamento Naglasyme (Galsulfase) indicado para o tratamento da MPS VI:

[...]no resumo do Relatório, disponível em: <<http://www.emea.europa.eu/humandocs/PDFs/EPAR/naglazyme/391047pt1.pdf>>, consta de forma didática as seguintes informações sobre os estudos,

os benefícios e os motivos da aprovação do Naglazyme (documento anexo) (grifei):

Qual foi o benefício demonstrado pelo Naglazyme durante os estudos?

Após 24 semanas de tratamento, os doentes tratados com Naglazyme melhoraram a distância que conseguiam percorrer em 12 minutos, em comparação com os doentes que receberam o placebo. Os doentes tratados com Naglazyme melhoraram também a sua capacidade de subir escadas, em comparação com os doentes que receberam o placebo.

Por que foi aprovado o Naglazyme?

O Comitê dos Medicamentos para Uso Humano (CHMP) decidiu que, no caso dos doentes com o MPS VI, o tratamento com Naglazyme proporciona benefícios clínicos, tais como a melhoria da mobilidade, em comparação com os doentes a que foi administrado um placebo. O Naglazyme melhora apenas ligeiramente os sintomas da MPS VI, porém, esta doença é grave e não existe nenhum outro tratamento semelhante para a MPS. O CHMP decidiu que os benefícios do Naglazyme são superiores aos seus riscos, pelo que recomendou a concessão de uma Autorização de Introdução no Mercado para o Naglazyme.

Depreende-se das próprias conclusões do EMEA que não há evidência científica de que o Naglazyme irá debelar a doença, eis que ele somente melhora ligeiramente os sintomas.

Não obstante a pouca eficácia, o alto risco de administração dessas medicações e o altíssimo custo que possuem, todas as ações judiciais propostas com o fim de obter o fornecimento desses fármacos obteve, até o presente momento, êxito, tendo sido determinado ao Poder Público o seu fornecimento. Os seguintes gastos já foram realizados pelo Ministério da Saúde com a aquisição e o fornecimento desses medicamentos, consoante documento em anexo:

LARUNIDASE - R\$ 1.819.356,31;

IDURSURFASE - R\$ 9.284.478,06;

GALSULFASE - 10.708.822,14

TOTAL GERAL - R\$ 21.812.656,51

Esse valor de R\$21.812.656,51 (vinte e um milhões, oitocentos e doze mil, seiscentos e cinquenta e seis reais e cinquenta e um centavos) representa 32,79% dos gastos totais do Ministério da Saúde com o atendimento das ações judiciais e gera o fornecimento de medicamentos a apenas 101 pacientes (um total de 8,83% de todos os processos existentes no MS).

Deve-se destacar que o Ministério da Saúde não desconhece a gravidade dessas doenças, porém, cabe-lhe efetuar análise de custo-efetividade da medicação fornecida. E, no caso das Mucopolissacaridoses, a eficácia demonstrada pelo uso dos medicamentos ainda é pouco significativa, os riscos são ainda desconhecidos e, em face disso, o custo que representam não justifica as suas utilizações.

Observe-se que essa análise de custo-efetividade é realizada por todos os sistemas de saúde públicos do mundo, sendo importante destacar que em nenhum deles (nem mesmo nos países mais desenvolvidos) foi realizada a inclusão dos medicamentos destinados ao tratamento das Mucopolissacaridoses entre os fornecidos pelos sistemas.

A análise de custo-efetividade é feita a todo tempo pelos gestores dos sistemas de saúde públicos, como noticiou o Estadão-online, em 07 de agosto de 2008, acerca da retirada de medicamentos destinados ao tratamento de câncer pelo Reino Unido:

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.’

A análise de custos, portanto, é plenamente legítima e se justifica na medida em que sem ela gerar-se-iam, indubitavelmente, graves violações à isonomia e, por decorrência, fortes distorções à pretensão do constituinte com a instituição do Sistema Único de Saúde.

Destaque-se, entretanto, que a análise de custos é realizada sempre com consideração ao custo-efetividade, ou seja, não se trata de selecionar medicamentos simplesmente pelo seu preço. Aliás, o programa de medicamentos excepcionais comprova o contrário, na medida em que se caracteriza justamente por ser um fornecimento de alto custo, seja pelo valor unitário do medicamento, seja pelo seu fornecimento a longo prazo.

8 CONCLUSÃO

O estabelecimento de políticas públicas, já que feito com observância de diversos e indispensáveis critérios (que visam, antes de tudo, assegurar o acesso integral e universal à saúde, preconizado pela Constituição Federal), precisa ser respeitado e incentivado, a fim de que se tenha o fortalecimento da Política Nacional de Medicamentos e não a criação de uma Política Judicial de Medicamentos.

A regra deveria ser a valorização da política pública e o conseqüente respeito às escolhas medicamentosas realizadas pelos gestores do SUS. A preterição de tão criteriosa avaliação em face de simples prescrição médica é algo que, prima facie, não se coaduna com todo o arcabouço construído pela Constituição e regulamentado por Leis e Portarias.

Destaque-se que a preocupação não se resume ao fornecimento de medicamentos de alto custo (já que estes são regularmente fornecidos pelo Sistema, desde que se apresentem como a melhor escolha em termos de custo-efetividade). A preocupação dos gestores do SUS é com o fornecimento de medicamentos não contemplados pela Política Nacional da Assistência Farmacêutica e que tem gerado grave violação ao princípio da isonomia e levará, a um curto prazo, à completa inviabilidade do Sistema Único de Saúde.

Sendo estas as ponderações que pretendíamos fazer, proceda-se:

- a) ao envio imediato de cópia deste despacho, do documento em anexo e do parecer nº 1365/2008 à Secretaria-Geral de Contencioso da AGU, por e-mail e ofício;
- b) após, submetam-se os autos ao Sr. Consultor Jurídico, para providências que entender necessárias.

Brasília, 03 de dezembro de 2008.

Alessandra Vanessa Alves
Advogada da União
Coordenadora Geral de Assuntos Jurídicos

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA EXECUTAR AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS INCIDENTES SOBRE OS SALÁRIOS PAGOS DURANTE O PERÍODO DE VÍNCULO RECONHECIDO EM SUAS DECISÕES

*Fábio Victor da Fonte Monnerat, Procurador Federal
Mestrando e Especialista em Direito Processual Civil - PUC/SP,
Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Internacional e
Ciências Sociais – IICS/CEU-SP*

SUMÁRIO: 1 Breve Histórico da Competência da Justiça do Trabalho em Matéria Fiscal; 2 O Verdadeiro Alcance da Expressão “Contribuições Decorrentes das Sentenças que Proferir” Prevista no Art. 114, VIII da Constituição Federal; 3 Conteúdo da Decisão Trabalhista em Matéria Previdenciária; 4 O julgamento do Recurso Extraordinário nº 569.056-3; 5 Principais Questões Surgidas a partir do Julgamento do Recurso Extraordinário n. 569.056 pelo STF; 6 Conclusões sobre a Possibilidade de Eficácia Condenatória da Sentença Trabalhista; 7 Bibliografia.

RESUMO¹: O trabalho visa discorrer acerca do alcance da norma prevista no art. 114, inc. VIII da Constituição Federal, bem como das demais normas que evoluem a atribuição de competência da Justiça do Trabalho para executar as contribuições sociais decorrentes de suas decisões. O enfoque será dado à questão recentemente objeto de julgamento pelo plenário do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 569.056-3 que abordou o tema da extensão da competência da Justiça do Trabalho para executar as contribuições previdenciárias nos casos em que a decisão trabalhista reconhece a existência de vínculo empregatício.

PALAVRAS-CHAVE: Contribuições Previdenciárias. Execução. Justiça do Trabalho. Competência.

1 Esse texto talvez sequer existisse e, caso existisse certamente não possuiria este conteúdo se este autor não tivesse a honra e a oportunidade de participar do grupo de cobrança de créditos trabalhista da Procuradoria Regional Federal da 3ª Região, da cidade de São Paulo, que sempre está aberto ao debate das tormentosas questões que envolvem a execução das contribuições previdenciárias na Justiça do Trabalho. Rigorosamente, o trabalho não é uma obra coletiva, mas sem dúvidas é produto de debates e pensamentos de uma coletividade. Por esse motivo deixo aqui consignado meu agradecimento a todos os integrantes do "Pólo Trabalhista" de São Paulo.

1 BREVE HISTÓRICO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO EM MATÉRIA FISCAL

É patente a relação entre a hipótese de incidência das contribuições previdenciárias previstas nos art. 195, inc. I, 'a' e II da Constituição Federal (contribuições sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos a qualquer título ao trabalhador, ainda que sem vínculo empregatício) e a atividade desenvolvida pela Justiça do Trabalho que implica, em última análise, no reconhecimento e muitas vezes na condenação para que as empresas realizem, em juízo e sob pena de execução, o pagamento de salários entre outros rendimentos devidos por força do contrato de trabalho ao empregado, o que redundaria em uma determinação judicial para que as empresas materializem o fato gerador das contribuições previdenciárias.

Uma vez verificada a ocorrência do fato gerador e nascida a obrigação tributária o tributo era devido ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, pessoa jurídica de direito público federal integrante da administração indireta que, em caso de não cumprimento voluntário da obrigação, deveria inscrever tais créditos em dívida ativa, para uma vez formado o título executivo extrajudicial (a certidão de dívida ativa) fosse dado início perante a Justiça Federal, por força do que determina o art. 109, inc. I da Constituição Federal, o processo de execução fiscal do crédito.

Não tardou para o legislador atinar para a relação entre a hipótese de incidência das contribuições previdenciárias e o provável desfecho do processo trabalhista, ajuizado pelo empregado perante a Justiça do Trabalho e, em razão disso, estabelecer o dever do magistrado trabalhista de, verificada a ocorrência do fato gerador, determinar o pagamento das contribuições.

Logo após a promulgação da Constituição de 1988 a Lei 7.787/1989 estabeleceu que no caso de extinção de processos trabalhistas de qualquer natureza, inclusive a decorrente de acordo entre as partes, de que resultar pagamento de vencimentos, remuneração, salário e outros ganhos habituais do trabalhador, o recolhimento das contribuições devidas à Previdência Social deveria ser efetuado incontinenti, devendo o magistrado velar pelo fiel cumprimento da obrigação (art. 12, *caput* e p.u.).

Sérgio Pinto Martins afirma que a idéia que inspirou o dispositivo era que houvesse um fiscal em cada Vara do Trabalho (então Junta

de Conciliação e Julgamento), visando verificar o recolhimento das contribuições previdenciárias na própria fonte onde eram deferidas as verbas trabalhistas, o que nunca ocorreu².

O dispositivo não previa a possibilidade de execução perante a Justiça do Trabalho nos casos de inadimplemento, nem muito menos a participação do INSS, titular do crédito tributário, no processo trabalhista.

Na prática, verificado o inadimplemento a execução apenas era viabilizada perante a Justiça Federal após a inscrição do crédito em dívida ativa.

Com a instituição do Plano de Custeio da Seguridade Social pela Lei 8.212/1991 a matéria passou a ser regulamentada pelos arts. 43 e 44 da referida lei, que em sua redação originária dispunham de modo muito semelhante ao art. 12 da Lei 7.787/1989, determinando o dever de recolhimento *incontinenti* nos casos em que do processo resultar pagamento remuneração, ou seja, restar materializada a hipótese de incidência das contribuições (art. 43 da Lei 8.212/1991) devendo o juiz zelar pelo fiel cumprimento do dispositivo (art. 44 da mesma lei).

A Lei 8.620/1993 modificou os arts. 43 e 44 da Lei 8.212/1991, mas manteve o dever do juiz determinar o recolhimento dos valores devidos a Previdência Social sempre que as ações trabalhistas resultarem no pagamento de direitos sujeitos à incidência de contribuição previdenciária.

A principal novidade introduzida pela Lei 8.620/1993 foi o esclarecimento de que o dever do magistrado trabalhista se esgotava com a determinação para que o sujeito passivo realizasse o pagamento e com a expedição de notificação ao INSS dando ciência dos termos da sentença ou acordo celebrado, nos termos da nova redação do art. 44 da Lei 8.212/1991.

Portanto, a Justiça do Trabalho não era competente para a execução das contribuições sociais, sendo certo que a determinação para o pagamento que o magistrado deveria realizar, não implicava em condenação do contribuinte, e a notificação ao INSS não era para este intervir no processo trabalhista, mas sim a para, ciente da ocorrência do fato gerador naquele processo, formar um título executivo extrajudicial

² MARTINS, Sérgio Pinto. *Execução das Contribuições Previdenciárias na Justiça do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 14.

(a certidão de dívida) e executar a dívida perante a Justiça Federal Comum. Tudo isso assim ocorria na prática mesmo antes do advento da Lei 8.620/1991.

Toda a sistemática sucintamente descrita nos parágrafos anteriores foi sensivelmente modificada pela Emenda Constitucional n. 20/1998 que estabeleceu a competência da Justiça do Trabalho para executar as contribuições sociais decorrentes da sentença que proferir.

A partir de então o juiz do trabalho, ao verificar a ocorrência do fato gerador das contribuições previdenciárias não mais determinava o recolhimento, sob pena de expedição de ofício ao INSS, que com esta informação poderia formar um título executivo extrajudicial e executar o contribuinte perante a Justiça Federal. Passou a ser da competência do magistrado trabalhista a própria execução destas contribuições, ou seja, a atribuição de meramente determinar, passou a ser de condenar dado que conforme se deixará claro adiante não poderá haver a execução das contribuições sociais sem prévia condenação do contribuinte neste sentido.

A par disso, foi atribuída pela Lei 10.035/2000 a possibilidade do INSS, titular do crédito tributário, intervir no processo trabalhista, como terceiro interessado, legitimado inclusive a interpor recurso sempre no interesse de ver estabelecida na decisão que resultem no reconhecimento da ocorrência do fato gerador das contribuições previdenciárias a condenação da empresa em proceder ao pagamento.

Por fim é de se ressaltar que, com a entrada em vigor da Lei 11.457/2007 a titularidade dos créditos tributários relativos à contribuição sobre a folha de salários demais rendimentos pagos a qualquer título ao trabalhador, ainda que sem vínculo empregatício, passou a ser da União Federal e não mais do Instituto Nacional do Seguro Social.

1.1 ESPECIALMENTE SOBRE A COMPETÊNCIA PARA EXECUTAR AS CONTRIBUIÇÕES INCIDENTES SOBRE OS SALÁRIOS PAGOS AO LONGO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO RECONHECIDO – PERSPECTIVA HISTÓRICA

Logo com a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 20/1998 passou-se a questionar se a competência da Justiça do Trabalho para executar as contribuições sociais decorrentes de suas decisões

restringia-se aos casos em que a empresa fosse condenada na lide trabalhista, ou englobava também as hipóteses em que os fatos geradores fossem reconhecidos em decisões sem cunho condenatório notadamente quando houvesse reconhecimento de vínculo empregatício.

A tese restritiva sustentava que nos casos em que a sentença apenas determina a anotação na CTPS do reclamante, mas não prevê o pagamento de qualquer parcela remuneratória, a Justiça do Trabalho não é competente para executar a contribuição social relativa ao período reconhecido.

Em outras palavras, aqueles que propugnavam pela incompetência da Justiça do Trabalho nos casos em que houvesse mera declaração continuavam a considerar o *pagamento* de verbas passíveis de incidência de contribuições sociais como fator determinante para definição da competência sendo certo que a referência ao *pagamento* era traço característico nas leis anteriores (Lei 7.787/1989 e Lei 8.212/1991 tanto a redação originária, quanto a redação dada pela Lei 8.620/1993), mas não na redação dada pela Emenda Constitucional n. 20/1998 ao art. 114, § 3º da Constituição Federal.

Isso porque a Emenda Constitucional n. 20/1998 diferentemente dos diplomas normativos *supra* citados não conferiu ao ato de pagamento de verbas passíveis de incidência de contribuições previdenciárias o fator capaz de tornar o juízo trabalhista competente, mas sim tornou competente a Justiça do Trabalho para executar as contribuições decorrentes das decisões que proferir, fórmula muito mais abrangente do que a anteriormente consagrada na legislação infraconstitucional, fato que deve ser considerado pelo intérprete quando da análise do alcance do dispositivo introduzido na Constituição Federal.

Isso foi levado em consideração pelo Tribunal Superior do Trabalho que passou a decidir de forma favorável à competência da Justiça do Trabalho, inclusive quando a sentença reconhece-se o vínculo empregatício, conforme se depreende do seguinte acórdão:

EXECUÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
DECORRENTES DO RECONHECIMENTO DE VÍNCULO
DE EMPREGO, ENTRE RECLAMANTES E RECLAMADA,
E INCIDENTES SOBRE PARCELAS PAGAS NO CURSO DA
CONTRATUALIDADE.

Nos termos do § 3º do art. 114 da Constituição, que foi acrescido pela Emenda Constitucional nº 20/98, é competente a Justiça do Trabalho para a execução, de ofício, de contribuições previdenciárias decorrentes de sentença declaratória de reconhecimento de vínculo de emprego e que determinou a anotação da CTPS, embora não tenha havido condenação ao pagamento dos salários no período respectivo. Trata-se de atribuir à norma constitucional a máxima eficácia.

Recurso de Revista conhecido e provido (TST, dec. 01.10.2003, RR 490-2001-003-24-40, 3ª Turma, DJ 24.10.2003, Rel. Min. CARLOS ALBERTO REIS DE PAULA).

No inteiro teor da decisão mencionada, o Ex.mo Ministro Relator salientou:

A tese recorrida contraria de forma direta e literal o § 3º do art. 114 da Constituição da República que, por meio da Emenda Constitucional nº 20/98, ampliou a competência da Justiça do Trabalho para a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir. Observe-se que o texto constitucional não exclui as sentenças declaratórias, como é o caso daquelas que, após o reconhecimento do vínculo de emprego, determinam a anotação da CTPS.

Em se tratando de reconhecimento de vínculo de emprego, cabível a execução de ofício pela Justiça do Trabalho e não o procedimento administrativo previsto no art. 37 da Lei nº 8212/91, porquanto incompatível com a agilidade, praticidade e rapidez pretendida pela norma constitucional na quitação das contribuições previdenciárias. Urge atribuir à norma constitucional interpretação que viabilize a máxima eficácia.

À referida decisão, perfeita em todos os aspectos, como teremos oportunidade de demonstrar, seguiram-se outros acórdãos que concluem no mesmo sentido, como por exemplo:

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. EXECUÇÃO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. RELAÇÃO DE EMPREGO. DECISÃO DECLARATÓRIA.

1. Pontua o art. 114, § 3º, da CLT, que “compete ainda à Justiça do Trabalho executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, “a”, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir”. Já o art. 276, § 7º, do Decreto nº 3.048/99, regulamentando o art. 43 da Lei nº 8.212/91, dispõe que “se da decisão resultar reconhecimento de vínculo empregatício, deverão ser exigidas as contribuições, tanto do empregador como do reclamante, para todo o período reconhecido, ainda que o pagamento das remunerações a ele correspondentes não tenham sido reclamadas na ação”. Não cabe ao intérprete distinguir onde a lei não o faz. Tal postulado, sendo valioso no que diz respeito ao ordenamento infraconstitucional, torna-se impositivo, quando se leva em conta a necessidade de se emprestar efeito ao regramento inscrito na Carta Magna. É patente que o art. 114, § 3º, da Constituição Federal alude, genericamente, a “sentenças”, não excluindo, portanto, aquelas de cunho declaratório. Se há Justiça Especializada, não se justifica a bipartição de competência. O interesse público - e o bom senso - aconselharão que aquele que bate às portas do Judiciário, via Justiça do Trabalho, aí tenha solvidas todas as questões decorrentes de sua irresignação, quando acolhida. O pagamento das contribuições sociais e o consequente reconhecimento previdenciário do tempo de serviço são de fundamental importância para quem, contrastando o propósito irregular do mau empregador, vê reconhecida a existência de contrato individual de trabalho. Obrigá-lo (porque o interesse não pertencerá apenas à Autarquia) a reiniciar marcha processual, em outro ramo do Poder, seria desafio de discutível sobriedade. A interpretação sistemática leva à conclusão de que o art. 109, I, da Carta Magna, não persevera, perante a especificidade do art. 114, § 3º, do mesmo Texto. A edição de norma regulamentar, em tal sentido, enquanto chancela a interpretação, faz patente o interesse social que a deseja.

2. A condenação imposta pelo título executivo, ainda que consista, em tese, somente, em obrigação de fazer (registro de CTPS), decorre do prévio reconhecimento de relação de emprego, fato jurídico hábil ao surgimento do crédito da seguridade social.

3. Competência da Justiça do Trabalho reconhecida.

Recurso de revista conhecido e provido. (TST, dec. 26.11.2003, RR - 1119-1999-002-24-40, 3ª Turma, DJ 06-02-2004, Relator Juiz Convocado ALBERTO LUIZ BRESCIANI PEREIRA).

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA RELATIVA AO RECONHECIMENTO JUDICIAL DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. RECOLHIMENTO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. A limitação da competência da Justiça Obreira pronunciada na decisão regional somente encontra reflexo no texto infraconstitucional (Lei 8.212/91, art. 43), que determina a realização dos descontos previdenciários, nas ações trabalhistas, apenas quando resultar pagamento de remuneração ao segurado, ou seja, quando houver condenação pecuniária. Tal limitação, contudo, não foi mantida no texto constitucional superveniente (art. 114, § 3º, da CF/88), que considerou haver a referida competência executória em todas as sentenças proferidas pela Justiça do Trabalho. Assim, resta inegável concluir que o novo texto constitucional trouxe para o âmbito de sua competência a prerrogativa de análise de questões como a que ora se discute. Recurso de Revista conhecido e provido (TST, dec. 19.05.2004, RR 10424/2002-012-11-00, publ. DJ 18/06/2004, Rel. Ministro JOSÉ SIMPLICIANO FONTES DE F. FERNANDES).

Por fim o excelente acórdão, ao qual também se deu ampla divulgação eletrônica (Cf. “Notícias do Tribunal Superior do Trabalho”, 24.08.2004, “Decisão do TST beneficia trabalhador que tem vínculo reconhecido”, disponível em http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=4147&p_cod_area_noticia=ASCS):

RECURSO DE REVISTA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EXECUÇÃO DE OFÍCIO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO EM JUÍZO. SENTENÇA DECLARATÓRIA. INCIDÊNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES SOBRE OS SALÁRIOS PAGOS NO PERÍODO DO VÍNCULO RECONHECIDO. ART. 114, § 3º DA CF. Em princípio, é de se inferir que essa disposição consolidada, limitativa da execução de ofício, só em relação ao que resultar de sentenças condenatórias, ou de acordos homologados em juízo, veio no sentido de explicitar o disposto no artigo 114, § 3º da CF, no tangente à expressão nele presente: decorrentes das sentenças que proferir. Frise-se, em princípio. Todavia, em face dos princípios hermenêuticos não será a norma constitucional que haverá de regular-se pela norma infraconstitucional. Ao contrário, a supremacia das normas constitucionais impera no vértice do ordenamento jurídico pátrio. Além disso, a norma insculpida no art. 114, § 3º da Constituição Federal, norma de competência, tem

imediate aplicação não se consubstanciando em preceito de eficácia contida ou limitada. É de imediata incidência no ordenamento jurídico, sobrepondo-se às disposições em contrário e afastando as interpretações restritivas (art.876 da CLT). Neste diapasão, a oportuna e bem lançada doutrina do jovem magistrado mineiro, Dr. Paulo Gustavo de Amarante Merçon, extraída da obra Execução Previdenciária na Justiça do Trabalho aspectos jurisprudenciais e doutrinários, ed. Del Rey, MG, pp.96-98, *in verbis*: Em sua análise, há que se observar, inicialmente, que o § 3º do art. 114 da Carta Magna não faz qualquer distinção acerca do conteúdo (eficácia preponderante) das sentenças trabalhistas. É princípio de hermenêutica: onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo. Pairando acima daquela regra clássica, e dando-lhe ênfase ainda maior, está o princípio da máxima efetividade da norma constitucional, sobre o qual se discorreu acima. Nem se argumente com o Parágrafo Único do art. 876 da CLT: tal regra faz menção a créditos previdenciários resultantes de condenação, ao invés de créditos resultantes de sentença condenatória. Se adotasse a segunda expressão, a norma estaria em conflito com o preceito constitucional, distinguindo onde aquele não o fez. Foi feliz, portanto, o legislador ordinário, uma vez que a norma em questão abrange o efeito anexo condenatório (que tem força de condenação) atribuído pela EC nº 20/98, de forma genérica, às sentenças trabalhistas. Incabível, portanto, em nosso entendimento, qualquer interpretação restritiva ao texto constitucional em exame, inclusive aquela que exclui as sentenças meramente declaratórias. Conforme se infere da lição de Pontes de Miranda, a lei pode atribuir a determinadas sentenças declaratórias efeitos anexos condenatórios (é o que ocorre com a condenação em custas, que pode decorrer da sentença meramente declaratória, como a que julga improcedente o pedido). A sentença trabalhista que declara o vínculo empregatício (incluindo a sentença homologatória de conciliação Parágrafo Único do art. 831 da CLT), tem, na doutrina daquele i. processualista, eficácia mandamental imediata (relativa à determinação de anotação da CTPS do empregado) e eficácia condenatória mediata. Da exegese sistemática tirada dos artigos 114, § 3º, da CF e 876, Parágrafo Único, da CLT firma-se o convencimento de que a execução de ofício, pela Justiça do Trabalho, da contribuição previdenciária não se restringe às parcelas de feição salarial que resultarem de decisão condenatória ou de homologação de acordo, se estendendo àquelas devidas em face de parcelas pagas no curso da relação de emprego, ainda que esta venha a ser reconhecida, apenas, na decisão proferida, que, nesta parte, possui

natureza meramente declaratória. Tal conclusão fortalece o sistema previdenciário, confere-se densidade à norma trabalhista e reconhece a dignidade humana e valor do trabalho. Recurso de revista conhecido e provido. (TST, Recurso de Revista n.º 00035/2002.041.24.40-8, 4.ª Turma, rel. Juiz conv. Viera de Mello Filho, DJ de 26.06.2004).

Tínhamos, então, uma sólida linha de decisão estabelecendo-se no Tribunal Superior do Trabalho, fundada no princípio geral da supremacia das normas constitucionais, e no decorrente princípio interpretativo da máxima efetividade das normas constitucionais.

Dada a coerência dos argumentos e correta interpretação da norma constitucional, foi editada a **Súmula n. 368 do TST** (DJ 20.04.2005 – Republicada com correção no DJ 05.05.2005), que dispõe:

Nº 368 - DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS. COMPETÊNCIA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO. FORMA DE CÁLCULO. (conversão das Orientações Jurisprudenciais n.ºs 32, 141 e 228 da SBDI-1) - Res. 129/2005 - DJ 20.04.2005 - Republicada com correção no DJ 05.05.2005.

A Justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais provenientes das sentenças que proferir. *A competência da Justiça do Trabalho para execução das contribuições previdenciárias alcança as parcelas integrantes do salário de contribuição, pagas em virtude de contrato de emprego reconhecido em juízo, ou decorrentes de anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, objeto de acordo homologado em juízo.* (ex-OJ nº 141 - Inserida em 27.11.1998).

[...].

Quando tudo caminhava para pacificação do tema com a edição da Súmula n. 368 do TST autorizando a execução das contribuições previdenciárias inclusive quando apenas declarado o vínculo empregatício estabeleceu-se divergência em função de decisões orientadas pelo seguinte precedente:

COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO
- CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - EXECUÇÃO EX
OFFICIO - LIDE PREVIDENCIÁRIA E LIDE TRABALHISTA -

FATO GERADOR E BASE DE CÁLCULO ACORDO JUDICIAL - DECISÃO HOMOLOGATÓRIA RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO

1 - A competência da Justiça do Trabalho para executar as contribuições sociais sobre as sentenças que proferir limita-se às hipóteses em que for configurada a exequibilidade do tributo, ou seja, quando delineados todos os elementos para o cálculo do crédito previdenciário, a saber: sujeito ativo, sujeito passivo, fato gerador e base de cálculo.

2 - O sujeito ativo do crédito previdenciário será sempre o INSS, que exerce a atribuição constitucional de arrecadar a contribuição social, e o passivo, os integrantes da relação trabalhista. Sob essa perspectiva, ganha especial interesse para a fixação da competência da Justiça do Trabalho o exame do fato gerador e da base de cálculo das contribuições previdenciárias.

3 - O fato gerador da obrigação de contribuir para a Previdência Social origina-se quando é (i) paga, (ii) creditada ou (iii) devida a remuneração destinada a retribuir o trabalho (art. 22, I, da Lei nº 8.212/91). Na hipótese da remuneração devida, o fato gerador da obrigação de contribuir para a Previdência Social nasce simultaneamente com o direito objetivo à percepção da remuneração.

4 - Com a celebração de acordo judicial ou extrajudicial, a obrigação decorrente do ajuste faz as vezes da obrigação trabalhista originária. Assim, o dever de o empregador adimplir o crédito trabalhista não mais deriva, de forma direta, da relação de trabalho originalmente vigente, mas, sim, do acordo celebrado com o empregado. Assim, a contribuição social deve ser calculada sobre o montante das parcelas remuneratórias acordadas, e, não, sobre a remuneração a que originalmente tinha jus o empregado.

5 - Quando proferida sentença declaratória que homologa acordo judicial, o fato gerador da contribuição previdenciária decorre do acordo celebrado entre as partes, e, não, propriamente, da sentença. Isso porque, nesse caso, a decisão judicial apenas ratifica os termos do ajuste, atestando sua legalidade e conferindo-lhe os efeitos da coisa julgada material, sem influir na substância das prestações acertadas.

Essas prestações, assim como a contribuição social, passam a ser devidas a partir da celebração do acordo.

6 - Nessa situação, apenas com relação às parcelas remuneratórias da sentença condenatória ou do acordo homologado, torna-se possível a esta Justiça Especializada efetivar a execução das contribuições sociais.

7 - No que concerne à hipótese em que a sentença apenas determina a anotação na CTPS do reclamante, mas não prevê o pagamento de qualquer parcela remuneratória, a Justiça do Trabalho não é competente para executar a contribuição social relativa ao período reconhecido. Isso porque, por um lado, não está delimitada a base de cálculo para a definição do crédito previdenciário em relação a cada mês de competência e, por outro, o fato gerador não está comprovado, mas apenas presumido, visto que não há como confirmar o real pagamento ou crédito da remuneração. Assim, deve o INSS, sobre esse período, efetuar o lançamento do tributo e, se pertinente, mover a ação para execução do crédito, na Justiça Federal.

8 - No presente caso, não merece reparos o acórdão regional, visto que a sentença limitou-se a determinar a anotação na Carteira de Trabalho do Reclamante, sem deferir-lhe qualquer verba salarial.

Recurso de Revista não conhecido (TST, dec. 02.02.2005, RR 00476-2001-002-24-01-4, publ. DJ 04.03.2005, 3ª Turma, rel. Ministra MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI).

A reiteração dos julgados neste sentido restritivo da competência da Justiça Trabalhista em matéria previdenciária levou a surpreendente situação de não só cassação da súmula que reconhecia a competência daquela justiça especializada em relação à matéria como também a reedição da súmula n. 368 em sentido diretamente oposto passando a dispor:

Nº 368 DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS. COMPETÊNCIA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO. FORMA DE CÁLCULO. (conversão das Orientações Jurisprudenciais nos 32, 141 e 228 da SDI-1) Alterada pela Res. 138/2005, DJ 23.11.2005

I. A Justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento das contribuições fiscais. A competência da Justiça do Trabalho, quanto à execução das contribuições previdenciárias, limita-se às sentenças condenatórias em pecúnia que proferir e aos valores, objeto de acordo homologado, que integrem o salário-de-contribuição. (ex-OJ nº 141 - Inserida em 27.11.1998).

É de se ressaltar o breve espaço de tempo entre a primeira e a segunda redação da Súmula n. 368 o que demonstra a forte divergência no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho acerca do tema.

A questão mudou completamente de figura com o advento da Lei 11.457/2007, que deu nova redação ao parágrafo único do art. 876 da Consolidação das Leis do Trabalho que passou a dispor que:

Serão executadas *ex-officio* as contribuições sociais devidas em decorrência de decisão proferida pelos Juízes e Tribunais do Trabalho, resultantes de condenação ou homologação de acordo, *inclusive sobre os salários pagos durante o período contratual reconhecido*.(grifo nosso)

Portanto a partir do novel legislativo o entendimento sumulado pelo TST não mais possui respaldo jurídico não podendo prevalecer contra texto expresso de lei em vigor, compatível com a Constituição Federal e portanto, válida e eficaz³.

Apesar disto o Tribunal Superior do Trabalho continuou aplicando o entendimento sumulado o que acabou por levar a questão ao Supremo Tribunal Federal.

O STF quando do julgamento do Recurso Extraordinário n. 569.056⁴ decidiu pela incompetência da Justiça do Trabalho nos casos em que a sentença reconhece o vínculo empregatício numa direção clara e frontalmente oposta ao disposto no art. 876, p.u. da CLT com a redação dada pela Lei 11.457/2007, bem como com ofensa à própria norma constitucional constante do art. 114, inc. VIII da Constituição Federal.

O julgamento do referido RE pode levar o Supremo Tribunal Federal a edição de súmula vinculante conforme se depreende da ata de

3 MATOS JUNIOR, José Evaldo Bento. A nova redação do art. 876, p.u. da CLT e sua aplicação imediata. *Revista da AGU*, Brasília, ano VII, n. 15, p. 95-102, mar. 2008.

4 Relator Ministro Menezes Direito.

juízo n. 33 publicada no Diário de Justiça n. 183 de 26/09/2008, *verbis*: “o Tribunal, por maioria, aprovou proposta do Relator para edição de súmula vinculante sobre o tema, e cujo teor será deliberado nas próximas sessões, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que reconhecia a necessidade de encaminhamento da proposta à Comissão de Jurisprudência”⁵

Por se tratar de controle difuso de constitucionalidade, os efeitos do julgamento do RE 569.056 até o momento é válido apenas *intra partes* e para aquela demanda.

Entretanto, a notícia de possibilidade de edição de súmula vinculante pode tornar tais efeitos muito superiores aos até então produzidos. Além disso, no âmbito das turmas do STF, já foram proferidos recentemente julgamentos monocráticos no mesmo sentido do referido julgado⁶.

Tais fatos impõem a necessidade de uma ampla análise do julgado a começar pelo seu fundamento, a meu ver principal, qual seja, o de que a decisão trabalhista que não dispõe sobre pagamento de salário, mas apenas se restringe a reconhecer a existência do vínculo empregatício não constitui título executivo no que se refere ao crédito de contribuições previdenciárias, o que levou a conclusão de que tratar-se-ia de uma, inadmissível execução sem título executivo⁷.

O argumento, *data maxima venia*, não merece prosperar haja vista que, nos termos a seguir demonstrados, nada impede que à decisão declaratória que põe fim a lide trabalhista, objeto principal do processo, seja acrescido um capítulo condenatório impondo o dever de pagamento ao sujeito passivo da obrigação tributária, viabilizando assim a execução das contribuições, tema que será retomado nos itens 3 e 6 deste trabalho.

5 Vale ressaltar que a edição de súmula vinculante nesse momento tal como anunciado na ata de julgamento do Recurso Extraordinário n. 569.056-3 ofende o art. 103-A da Constituição Federal que impõe como um dos requisitos para edição de súmula vinculante a existência de *decisões reiteradas* no mesmo sentido proferidas pelo Supremo Tribunal Federal fato que não ocorreu na hipótese.

6 Entre outras: AI 657248, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, julgado em 22/10/2008, publicado em DJE-209 divulg 04/11/2008 public 05/11/2008); RE 548359, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, julgado em 30/09/2008, publicado em DJE-192 divulg 09/10/2008 public 10/10/2008.

7 Informativo STF n. 519 publicado no sítio do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo519.htm>>.

Além disso, cumpre investigar se a alarmada súmula vinculante vai declarar a inconstitucionalidade do disposto no art. 876, p.u. da CLT dado que caso contrário vamos estar diante de uma súmula vinculante contrária a lei não declarada pelo STF como inconstitucional.

Neste trabalho, após um breve resumo acerca do tema e análise dos dispositivos normativos pertinentes, procuraremos fazer uma análise crítica do julgado paradigma que pode levar a edição de súmula vinculante sobre a matéria, bem como das decisões monocráticas que o seguiram, para ao final demonstrarmos a absoluta possibilidade e constitucionalidade de se executar as contribuições sociais incidentes sobre os salários pagos durante o período de vínculo reconhecido perante a Justiça do Trabalho.

2 O VERDADEIRO ALCANCE DA EXPRESSÃO “CONTRIBUIÇÕES DECORRENTES DAS SENTENÇAS QUE PROFERIR” PREVISTA NO ART. 114, VIII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O art. 114, VIII da Constituição Federal delimita a competência da Justiça do Trabalho a execução das contribuições sociais que decorrem de sua sentença. É imprescindível saber, portanto que contribuições podem *decorrer* de uma decisão trabalhista.

Isto acontecerá quando o juiz *condenar* a reclamada ao pagamento de títulos de natureza remuneratória, base de cálculo das contribuições sociais nos termos dos art. 195, I, ‘a’ e II da Constituição Federal e art. 28 da Lei 8.212/91 e, quando o juiz *declarar* o vínculo empregatício em relação a serviços prestados em período pretérito, sem o regular registro em CTPS, ou sob remuneração diversa daquela constante desse registro (reconhecimento de salário pago “por fora”).

O mesmo se dá quando o juiz homologar acordo celebrado entre as partes, antes do julgamento da reclamação trabalhista, caso em que a sentença homologatória tem o mesmo efeito, quanto ao reconhecimento voluntário do vínculo empregatício, ou à estipulação de crédito a ser pago ao reclamante.

Isso porque a Justiça do Trabalho, para atrair a competência para execução das contribuições previdenciárias, basta reconhecer a ocorrência do fato gerador das contribuições sociais, independentemente da carga

de eficácia da sentença, condenatória, declaratória ou constitutiva, que reconheça este fato gerador.

Nesse sentido Sérgio Pinto Martins⁸ que assevera:

A Constituição não dispõe que a execução da contribuição previdenciária será apenas em decorrência das sentenças condenatórias que proferir, mas em decorrência das ‘sentenças que proferir’. A sentença de natureza declaratória é uma das sentenças proferidas no dissídio individual. Assim, se a Justiça do Trabalho proferir uma sentença meramente declaratória, em que se reconhece apenas o vínculo de emprego entre as partes, sem a condenação do empregador em pagamento de verbas ao empregado, serão devidas contribuições previdenciárias. Nesse caso, elas são devidas pelo fato de que o vínculo de emprego foi reconhecido e deveria a empresa ter recolhido as contribuições previdenciárias de todo o período trabalhado pelo empregado. Logo, elas serão executadas na Justiça do Trabalho, pois decorrem da sentença proferida por essa Justiça Especializada.

Essa afirmação baseia-se no incontestável postulado interpretativo que impede e o intérprete distinguir onde a lei não fez qualquer distinção⁹.

8 MARTINS, op. cit., p. 33.

9 Nesse sentido a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho: COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. EXECUÇÃO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. RELAÇÃO DE EMPREGO. DECISÃO DECLARATÓRIA. 1. Pontua o art. 114, § 3º, da CLT, que “compete ainda à Justiça do Trabalho executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, “a”, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir”. Já o art. 276, § 7º, do Decreto nº 3.048/99, regulamentando o art. 43 da Lei nº 8.212/91, dispõe que “se da decisão resultar reconhecimento de vínculo empregatício, deverão ser exigidas as contribuições, tanto do empregador como do reclamante, para todo o período reconhecido, ainda que o pagamento das remunerações a ele correspondentes não tenham sido reclamadas na ação”. Não cabe ao intérprete distinguir onde a lei não o faz. Tal postulado, sendo valioso no que diz respeito ao ordenamento infraconstitucional, torna-se impositivo, quando se leva em conta a necessidade de se emprestar efeito ao regramento inscrito na Carta Magna. É patente que o art. 114, § 3º, da Constituição Federal alude, genericamente, a “sentenças”, não excluindo, portanto, aquelas de cunho declaratório. Se há Justiça Especializada, não se justifica a bipartição de competência. O interesse público - e o bom senso - aconselharão que aquele que bate às portas do Judiciário, via Justiça do Trabalho, aí tenha solvidas todas as questões decorrentes de sua irrisignação, quando acolhida. O pagamento das contribuições sociais e o conseqüente reconhecimento previdenciário do tempo de serviço são de fundamental importância para quem, contrastando o propósito irregular do mau empregador, vê reconhecida a existência de contrato individual de trabalho. Obrigá-lo (porque o interesse não pertencerá apenas à Autarquia) a reiniciar marcha processual, em outro ramo do Poder, seria desafio de discutível sobriedade. A interpretação sistemática leva à conclusão de que o art. 109, I, da Carta Magna, não persevera, perante a especificidade do art. 114, § 3º, do mesmo Texto. A edição de norma regulamentar, em tal sentido, enquanto chancela a

Entender que contribuições decorrentes de vínculo reconhecido em uma sentença trabalhista tenha de ser objeto de inscrição em dívida ativa para então ser executada perante a Justiça Federal, pelo rito da execução fiscal é ir expressamente contra o texto constitucional por admitir a execução de contribuições decorrentes de uma sentença trabalhista em órgão distinto da Justiça do Trabalho.

Isso porque o simples fato de serem inscritas em dívida não infirma a conclusão de que as contribuições incidentes sobre os salários pagos durante o vínculo empregatício reconhecido em uma sentença trabalhista sejam devidas *em decorrência* de tal decisão.

A inscrição em dívida, além de deslocar a competência para a Justiça Federal comum, é desnecessária e incabível dado que, conforme se verá no item subsequente, a atribuição de competência para o magistrado trabalhista executar as contribuições decorrentes de sua sentença pressupõe a competência para verificar a o surgimento desta obrigação tributária, identificar seus elementos e condenar o responsável tributário a realizar o pagamento do débito sob pena de execução.

A par argumentos dos trazidos é importante destacar que tratando-se de norma constitucional deve-se observar, para fins de interpretação o postulado interpretativo da máxima eficácia possível, que na lição de

interpretação, faz patente o interesse social que a deseja. 2. A condenação imposta pelo título executivo, ainda que consista, em tese, somente, em obrigação de fazer (registro de CTPS), decorre do prévio reconhecimento de relação de emprego, fato jurídico hábil ao surgimento do crédito da seguridade social. 3. Competência da Justiça do Trabalho reconhecida. Recurso de revista conhecido e provido". (TST, dec. 26.11.2003, RR - 1119-1999-002-24-40, 3ª Turma, DJ 06-02-2004, Relator Juiz Convocado Alberto Luiz Bresciani Pereira).

JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ACORDO JUDICIAL. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. PARCELAS ADIMPLIDAS PELO EMPREGADOR DURANTE A VIGÊNCIA DE RELAÇÃO DE EMPREGO RECONHECIDA EM JUÍZO. O artigo 114, § 3º, da Constituição Federal atribui competência à Justiça do Trabalho para a execução das contribuições sociais devidas ao INSS, "decorrentes das sentenças que proferir", não fazendo distinção entre sentenças declaratórias e condenatórias. No caso concreto, tem-se que da sentença proferida resultou o reconhecimento da relação de emprego, dando azo ao fato gerador da contribuição referida, na forma do artigo 195, I, a, e II, da Constituição da República. Infere-se, daí, que, havendo o reconhecimento do vínculo de emprego, é cabível a execução das contribuições sociais devidas, de ofício, pela Justiça do Trabalho, relativas a todo o período laborado. Recurso de revista conhecido e provido (TST, dec. 09.03.2005, RR 10115-2002-900-24-00-5, DJ 06.05.2005, 1ª Turma, rel. Ministro LÉLIO BENTES CORRÊA).

J.J. Gomes Canotilho impõe que “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê¹⁰”.

Determinar que quando o juiz reconhecer o vínculo empregatício a União deve inscrever este débito em dívida ativa e executar perante a Justiça Federal através da ação de execução fiscal além de ser contraditório, ofende a Constituição Federal dado que reconhece que da sentença trabalhista decorrem contribuições previdenciárias cuja execução, contudo não deverá se fazer perante a Justiça do Trabalho, e ofende o consagrado postulado interpretativo por ir em sentido diretamente oposto ao que reza o art. 114, VIII da Carta Magna.

De rigor, com a interpretação restritiva não se alcança o intuito da norma de competência em debate, que é justamente a eliminação da necessidade de inscrição em dívida e processo de execução ajuizado pela União, que continuaria necessário.

Com essa interpretação restritiva contribuições decorrentes da mesma sentença seriam executadas de forma e em processos distintos com inegável e indesejável desperdício de atividade jurisdicional.

3 CONTEÚDO DA DECISÃO TRABALHISTA EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA

Uma norma de atribuição de competência, enquanto norma de organização se caracteriza, na lição de Canotilho, como “o poder de acção e actuação atribuído aos vários órgãos e agentes constitucionais com o fim de prosseguirem as tarefas de que são constitucional ou legalmente incumbidos¹¹”.

Ainda segundo o constitucionalista português¹² a norma de competência envolve, além da atribuição da *tarefa* a atribuição, dos *meios* da acção (poderes) necessários a sua realização.

10 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1224.

11 CANOTILHO, op. cit., p. 543.

12 Ibid.

Portanto vazia é uma norma de atribuição de competência se interpretada de forma a não se vislumbrar nesta norma a atribuição de meios para o exercício desta competência.

No caso objeto deste trabalho, é inadmissível concebermos a norma de competência *para executar* sem concebermos a competência para condenar contribuinte no pagamento das contribuições.

Este raciocínio apenas poderia ser infirmado caso se concebesse a absurda hipótese de que a norma constitucional inserta no art. 114, VIII atribui competência para execução de título extrajudicial das contribuições previdenciárias decorrentes da sentença que proferir, o que não pode ser admitido sequer por hipótese.

Portanto a par da competência constitucional expressamente prevista no art. 114, VIII da Constituição Federal para a Justiça do Trabalho *executar* de ofício as contribuições sociais decorrentes de suas decisões (a finalidade ou *tarefa* atribuída pela norma na já citada lição de Canotilho) está também constitucionalmente estabelecido, de forma implícita, a atribuição do poder (*meio para a consecução do fim*), do magistrado trabalhista de, em verificando a incidência das contribuições sociais, *condenar* o sujeito passivo da obrigação tributária no pagamento sob pena de execução, que deve se dar também de ofício.

Desta feita, resta claro que o legislador constituinte derivado autor da Emenda Constitucional n. 20/1998 disse menos do que queria quando da redação do art. 114, 3º da Constituição Federal (atual inc. VIII).

Isso porque apesar de não estar dito expressamente na norma, resta óbvio pelas razões acima suscitadas que o magistrado deve, em um momento lógica e cronologicamente anterior a execução constitucionalmente atribuída à Justiça do Trabalho, estabelecer se de sua decisão decorrem contribuições sociais identificando-as, quantificando-as e revelando quem possui o dever de recolher.

Em outras palavras a sentença trabalhista deve identificar todos os elementos da obrigação tributária e condenar o sujeito passivo desta obrigação de pagamento sob pena de execução a qual deve ser dada início de ofício pelo magistrado, isto é, independentemente de pedido da União.

Não se pode, conforme se esclarecerá adiante restringir a amplitude desta atribuição de competência vinculando-se a eficácia do comando que resolve a lide trabalhista com a eficácia do comando que prepara a execução das contribuições previdenciárias decorrentes deste decisório.

Isso porque, se nos valermos da já clássica lição de Candido Rangel Dinamarco¹³, com fulcro na majoritária doutrina italiana, da divisão das sentenças em capítulos¹⁴ temos que a norma constitucional em comento impõe a existência de um capítulo próprio que deverá ser a) declaratório de inexistência de relação jurídico tributária, quando da sentença o juiz entender que não decorrem contribuições ou b) condenatório, sempre que o juiz entender que da sua sentença decorrem contribuições previdenciárias.

A eficácia do comando decisório trabalhista, ou seja, a eficácia do comando do qual decorrem as contribuições sociais não vincula a eficácia do capítulo relativo às contribuições sociais haja vista que, também na lição de Dinamarco¹⁵, no tocante aos diversos capítulos, cada um deles terá sua eficácia e interpretações próprias nem sempre coincidentes com os demais capítulos.

Por interpretações e eficácias próprias, no contexto das normas comentadas, deve-se entender a possibilidade de se estar diante de uma sentença declaratória que reconheceu o vínculo empregatício e, independentemente disso, o capítulo referente às contribuições possuir eficácia condenatória, autorizando assim a execução.

Aliás, valer lembrar que, qualquer sentença de cunho declaratório possui, ou deve possuir, um capítulo condenatório em custas e despesas processuais contra a parte sucumbente não havendo, exatamente por força da independência dos capítulos da sentença qualquer contradição ou inviabilidade da execução das referidas verbas.

13 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos da Sentença**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 33 e seguintes.

14 Por capítulos da sentença aqui nos valemos do seu conceito clássico, qual seja, o de "unidades autônomas do decisório da sentença" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos da Sentença*, pág. 35)

15 DINAMARCO. *op. cit.*, p. 83.

3.1 CONSEQÜÊNCIA DA OMISSÃO JUDICIAL: OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Embargos de declaração, ou declaratórios, são o recurso que visam sanar a obscuridade, contradição ou omissão que vicia a decisão judicial.

A obscuridade está presente quando, da leitura da decisão, não é possível compreender, total ou parcialmente, o que quis afirmar ou decidir o julgador. Ou seja, a idéia expressa não ficou totalmente clara, impedindo a compreensão de seu conteúdo.¹⁶

A contradição, na lição de Barbosa Moreira, verifica-se quando no acórdão ou na sentença incluem-se proposições inconciliáveis entre si¹⁷. Vale ressaltar que a contradição deve estar presente na decisão, não se caracterizando contradição para fins de cabimento de embargos de declaração, preceitos inconciliáveis contidos em decisões diferentes dentro do mesmo processo¹⁸. Tampouco há contradição solucionável via embargos declaratórios entre a decisão proferida e peças dos autos¹⁹.

Dos vícios da decisão, passíveis de correção via embargos declaratórios a omissão é o mais debatido na doutrina e jurisprudência.

Omissão judicial, para fins de cabimento de embargos de declaração se caracteriza, nos termos do art. 535, inc. II do CPC quando, o magistrado deixar de se manifestar sobre ponto que *deveria se pronunciar*.

Além do pedido, objeto (mérito) do processo, dentre os pontos que o juiz deve sempre se pronunciar, em qualquer tempo e grau de jurisdição encontram-se as matérias cognoscíveis de ofício. Nesse sentido é a lição de Luis Eduardo Simardi Fernandes *verbis*:

16 FERNANDES, Luis Eduardo Simardi . **Embargos de Declaração**. São Paulo: RT, 2003. p. 73-74.

17 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 538.

18 Nesse sentido, com apoio na doutrina de Barbosa Moreira, e em julgado do STF da lavra do Emiente Mín. Sepúlveda Pertence, Luis Eduardo Simardi Fernandes. Embargos de Declaração. p. 78.

19 FERNANDES, Luis Eduardo Simardi . **Embargos de Declaração**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 79, citando Pontes de Miranda.

[...] *Sabe-se que algumas questões devem ser apreciadas de ofício pelo julgador, ou seja, independentemente de pedido da parte*, como se dá na hipótese de ausência de uma das condições da ação, ou de ocorrência de decadência, entre vários outros casos. *Deixando de se manifestar sobre essas situações, caberão também embargos de declaração, mesmo que a matéria não tenha sido suscitada pelas partes*. É que, como se disse, o juiz tinha obrigação de se manifestar sobre elas, ainda que não houvesse pedido da parte para que assim o fizesse.²⁰ (grifo nosso)

Esta espécie de omissão judicial tem relevo especial no trato da matéria em comento dado que, assim como a execução, a condenação do contribuinte também deve se dar de ofício pelo juízo trabalhista *sempre* que de suas decisões decorram contribuições previdenciárias.

Caso, portanto o magistrado não cumpra, por completo com seu ofício jurisdicional, omitindo-se no que tange a resolução da questão fiscal que emerge de sua decisão, a União, enquanto titular do crédito exequível naquele processo onde ocorreu a verificação do fato gerador, possui interesse e legitimidade para interpor os embargos de declaração e através deste suprir a referida omissão.

É de se ressaltar que os embargos são cabíveis para fazer com que o magistrado identifique todos os elementos, ou até mesmo para se obter o comando condenatório a respeito das contribuições devidas, decorrentes da resolução da lide trabalhista, viabilizando com isso a execução das contribuições.

Caso da decisão conste expressamente que não há contribuições sociais dela decorrentes a União Federal, uma vez entendendo ser o caso de incidência de contribuições, deve interpor recurso com a finalidade de obter, junto ao tribunal regional do trabalho ao qual o juiz estiver vinculado, o reconhecimento de tal incidência e na mesma decisão a condenação do sujeito passivo da execução no pagamento do débito.

4 O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 569.056-3

4.1 BREVE HISTÓRICO DO PROCESSO

Segundo o informativo n. 519 do Supremo Tribunal Federal o plenário daquela corte no julgamento do RE nº 569.056-3 entendeu que a competência

²⁰ FERNANDES. op. cit., p. 82.

da Justiça do Trabalho, nos termos do disposto no art. 114, VIII, da CF, limita-se à execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças condenatórias em pecúnia que proferir e aos valores objeto de acordo homologado que integrem o salário de contribuição, não abrangendo, portanto, a execução de contribuições atinentes ao vínculo de trabalho reconhecido na decisão, mas sem condenação ou acordo quanto ao pagamento das verbas salariais que lhe possam servir como base de cálculo, em consonância com a Súmula n. 368 do Tribunal Superior do Trabalho, mas em total afronta ao art. 876, p.u. da CLT com a redação dada pela Lei 11.457/2007.

O recurso extraordinário fora interposto contra acórdão proferido pela 2ª Turma do Colendo TST²¹ julgado em 11/04/2007 e publicado no DJ em 11/05/2007, que julgou improcedente o recurso de revista interposto pelo INSS contra acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região que entendeu que a Justiça do Trabalho não seria competente para executar as contribuições decorrentes do vínculo empregatício reconhecido em suas decisões.

O julgamento da AIRR 504/2000-004-08-40 fez expressa referência à Súmula n. 368 do TST, com redação publicada no DJ de 23/11/2005 notadamente seu item 7, que reza “no que concerne à hipótese em que a sentença apenas determina a anotação na CTPS do reclamante, mas não prevê o pagamento de qualquer parcela remuneratória, a Justiça do Trabalho não é competente para executar a contribuição social relativa ao período reconhecido” em mas desconsiderou a redação dada pela Lei 11.457/2007 ao art. 876, p.u. da CLT que assevera “Serão executadas *ex-officio* as contribuições sociais devidas em decorrência de decisão proferida pelos Juízes e Tribunais do Trabalho, resultantes de condenação ou homologação de acordo, *inclusive sobre os salários pagos durante o período contratual reconhecido*” que entrou em vigor em momento posterior ao entendimento sumulado e dispõe em sentido contrário ao da súmula.

O acórdão que julgou o RE 569.056 interposto pela União, ainda não foi publicado restando a dúvida sobre a declaração de inconstitucionalidade do art. 876, p.u. da CLT, mas segundo o informativo n. 519 do STF a decisão se baseou na inexistência de título executivo pelo fato de que “a decisão trabalhista que não dispõe sobre pagamento de salário, mas apenas se restringe a reconhecer a existência

21 TST-AIRR-504/2000-004-08040.4, Rel. Juiz Convocado Luiz Carlos Gomes Godoi.

do vínculo empregatício não constitui título executivo no que se refere ao crédito de contribuições previdenciárias”. Sendo inadmissível uma execução sem título executivo.

Asseverou-se, ainda segundo a notícia publicada no informativo n. 519 que:

em relação à contribuição social referente ao salário cujo pagamento foi determinado em decisão trabalhista é fácil identificar o crédito exequendo e, por conseguinte, admitir a substituição das etapas tradicionais de sua constituição por ato típico, próprio, do magistrado. Ou seja, o lançamento, a notificação, a apuração são todos englobados pela intimação do devedor para o seu pagamento, porque a base de cálculo para essa contribuição é o valor mesmo do salário que foi objeto da condenação. Já a contribuição social referente ao salário cujo pagamento não foi objeto da sentença condenatória e, portanto, não está no título exequendo, ou não foi objeto de algum acordo, dependeria, para ser executada, da constituição do crédito pelo magistrado sem que este tivesse determinado o pagamento do salário, que é exatamente a causa e a base da sua justificação.

4.2 CONSEQÜÊNCIAS DO RECONHECIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA E ALCANCE DOS EFEITOS DO JULGAMENTO

Quando da análise da presença de repercussão geral da questão constitucional suscitada²², o Plenário do STF, vencidos os Min. Celso de Mello e Cezar Peluso, reconheceu sua presença o que levou, a par dos demais requisitos de admissibilidade do RE interposto, ao juízo positivo de admissibilidade do recurso.

É desnecessário ressaltar que a repercussão geral é requisito atinente apenas ao juízo de admissibilidade do recurso extraordinário

Em outras palavras quando o STF reconhece a repercussão geral está admitindo o processamento do RE interposto e declarando que a matéria objeto do mesmo possui repercussão geral. Este reconhecimento não vincula o Tribunal ou qualquer outro órgão jurisdicional ou administrativo com aquilo que foi decido no mérito do recurso.

22

RE RG 569.056-3. Rel. Min. Menezes Direito, j. 15/02/2008, DJe de 05/06/2008.

Em suma o decidido no mérito do recurso não possui qualquer efeito sobre outros casos de que venham a ser julgados pelo STF sobre o mesmo tema.

Tal efeito *erga omnes*, apenas poderia ser alcançado com a edição da súmula vinculante a que faz referência a ata de julgamento n. 33 publicada no Diário de Justiça n. 183 de 26/09/2008, “cujo teor será deliberado nas próximas sessões”.

Desta feita, no presente momento e a luz do ordenamento jurídico positivo vigente é correto afirmar que devem ser “executadas *ex-officio* as contribuições sociais devidas em decorrência de decisão proferida pelos Juízes e Tribunais do Trabalho, resultantes de condenação ou homologação de acordo, *inclusive sobre os salários pagos durante o período contratual reconhecido*” a teor do que dispõe o art. 876, p.u., da Consolidação das Leis do Trabalho, cuja constitucionalidade ainda não foi declarada com efeito *erga omnes*, quer pela via do controle concentrado de constitucionalidade, quer pela via da edição de súmula vinculante²³.

O fato é que o posicionamento do STF no julgamento do RE n. 569.056-3, somados a alusão de edição de súmula vinculante por aquele órgão e a súmula n. 368 do Tribunal Superior do Trabalho editada antes da vigência da nova redação dada pela Lei 11.57/2007 e, considerando os fundamentos do julgado noticiados pelo informativo n. 519 do STF duas dúvidas cruciais surgem acerca da matéria: a) é constitucional o art.876, p.u. da CLT?; b) pode (deve) o juiz executar as contribuições decorrentes do vínculo empregatício reconhecido em suas decisões, quando além de declarar a existência do vínculo, *condenar* o sujeito passivo da obrigação tributária no pagamento das contribuições sob pena de execução de ofício nos termos do art.114, inc. VIII da Constituição Federal?

Sobre estas questões será dedicada a parte final deste estudo.

5 PRINCIPAIS QUESTÕES SURGIDAS A PARTIR DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 569.056 PELO STF

²³ Vale ressaltar que a edição de súmula vinculante nesse momento tal como anunciado na ata de julgamento do Recurso Extraordinário n. 569.056-3 ofende o art. 103-A da Constituição Federal que impõe como um dos requisitos para edição de súmula vinculante a existência de decisões reiteradas n o mesmo sentido proferidas pelo Supremo Tribunal Federal fato que não ocorreu na hipótese.

5.1 A QUESTÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 876, P.U. DA CLT INTRODUZIDO PELA LEI 11.457/2007

O atual art. 114, VIII da Constituição Federal é regra de determinação de competência inserida pela EC 20/1998.

Ocorre que, em que pese, a vasta gama de exemplo de normas de atribuição de competência dispostas diretamente na Constituição Federal é indubitável que pode a lei infraconstitucional dispor acerca da distribuição do exercício da jurisdição. Aliás, via de regra é na legislação infraconstitucional que encontram-se a maioria das regras de determinação de competência.

Sobre a determinação de competência em exame existe no ordenamento jurídico atual lei expressa no sentido de que compete à Justiça do Trabalho executar que as contribuições previdenciárias incidentes sobre os salários pagos durante o período de vínculo reconhecido em suas decisões (art. 876, p.u. da CLT)

Portanto, se em um primeiro momento, logo após a edição da Emenda Constitucional n. 20/1998 questionava-se se a norma constitucional dava margem a interpretação no sentido a competência da Justiça do Trabalho também se impunha nos casos em que a sentença apenas reconheceu a existência de vínculo empregatício, encerrando, portanto uma questão de interpretação de uma norma constitucional, no quadro atual ante o novel legislativo o foco da questão muda, devendo o operador do direito questionar se o norma infraconstitucional de determinação de competência é válida, o que outras palavras, impõe ao operador a averiguar a constitucionalidade do dispositivo.

Para tanto faz-se necessária a fixação de algumas premissas.

No ordenamento jurídico pátrio a distribuição de competência é estabelecida em diversos níveis jurídico positivos, notadamente na Constituição Federal e nas leis federais infraconstitucionais²⁴.

A doutrina estrangeira, igualmente é unânime no sentido de que a competência é matéria constitucional e também de lei infraconstitucional.

²⁴ Por todos, DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 417.

No ordenamento português a lição de Canotilho²⁵ é categórica, *verbis*:

Por competência entender-se-á o poder de acção e de actuação atribuído aos vários órgãos e agentes constitucionais com o fim de prosseguirem as tarefas de que são constitucional *ou legalmente* incumbidos. (grifo nosso).

Nesse ponto faz-se necessário trazer colação a lição, perfeitamente aplicável ao ordenamento jurídico pátrio, do constitucionalista alemão Robert Alexy que diferencia em sua clássica Teoria dos Direitos Fundamentais as normas de permissão das normas de competência. Para o professor da Universidade de Kiel, o conceito de competência deve ser claramente distinguido do conceito de permissão, pois “ainda que o exercício de uma competência seja, em geral, também permitida, uma acção que seja meramente a realização de algo permitido não é, por si só, o exercício de uma competência²⁶”. Além disso, ainda segundo o jurista citado, a diferença entre as permissões e as competências manifesta-se também em suas negações dado que “a negação de uma permissão é uma proibição; a negação de uma competência, uma não competência²⁷”.

Em outras palavras, em termos deônticos, a não previsão expressa de norma determinação de competência não implica em sua proibição pela Carta Constitucional.

Dessa feita, ainda que se admitida, por hipótese, que art. 114, inc. VIII da Constituição Federal não prevê, por si só, a competência da Justiça do Trabalho para a execução das contribuições sociais incidentes sobre os salários pagos ao longo do período de vínculo empregatício reconhecido em suas decisões é certo que, desta interpretação conclui-se, apenas, que a Carta Magna não atribui diretamente a competência à Justiça Especializada o que encerraria uma hipótese de ausência de norma de competência (*não competência*), mas não de *proibição* que consiste na negação de uma norma permissiva.

Portanto, mesmo que se considere a hipótese de que a Constituição Federal não atribui a competência para Justiça do Trabalho para a

25 CANOTILHO. *op.cit.* p. 543.

26 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 236-237.

27 *Ibid.*

execução em debate (*não competência*), não é correta a conclusão imediata de que, por esse motivo, a Lei maior proíbe a atribuição de competência por lei ordinária, o que ocorreu na hipótese.

Uma vez estabelecida esta distinção e considerando a já anteriormente mencionada pacífica a possibilidade de norma de determinação de competência por lei infraconstitucional, temos que o art. 876, p.u. da CLT, por não afrontar nenhuma norma *proibitiva* da Constituição Federal e, por ser compatível e coerente com seu sistema de repartição de competências, é forçoso concluir, repita-se independentemente de concordar-se ou não que a competência da Justiça do Trabalho para a execução das contribuições sociais incidentes sobre os salários pagos ao longo do período de vínculo empregatício reconhecido em suas decisões decorre diretamente da interpretação do art. 114, inc. VIII, que aquela Justiça Especializada é competente para tanto por força do art. 876, p.u. da CLT que estabelece competência não proibida pela Carta Magna e com ela coerente e compatível, tanto que para muitos, entre os quais a própria jurisprudência dominante no Tribunal Superior do Trabalho, consagrada na primeira redação da Súmula n. 368, já abordada, entendia-se que tal competência já decorria diretamente da norma constitucional.

5.2 SENTENÇA DECLARATÓRIA E CONSEQÜENTE AUSÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO OU EXISTÊNCIA DE CAPÍTULO CONDENATÓRIO EM MATÉRIA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS?

Recentemente por força a da alteração trazida pela Lei 11.232/2005 no Código de Processo Civil que passou a caracterizar como título executivo judicial a sentença que *reconhece* a obrigação de pagar quantia surgiu a questão acerca da eficácia executiva da sentença condenatória,

Sobre o tema tivemos a oportunidade de nos manifestarmos no sentido da impossibilidade de execução das sentenças meramente declaratórias por entendermos que tal espécie de sentença visa única e exclusivamente a declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, prestação jurisdicional que esgota-se ao ser proferida a sentença, e que prescinde da atividade jurisdicional executiva para que venham a produzir efeitos no plano fático²⁸.

28 MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Conceito Classificação e Eficácia Executiva da Sentença no Novo de Execução de Títulos Executivos Judiciais, in **Execução Civil e Cumprimento de Sentença**. Coord. BRUSCHI, Gilberto Gomes; SHIMURA, Sérgio. São Paulo: Método, 2007. p. 147.

Quando muito pode-se falar em execução imprópria²⁹, atividade desenvolvidas por órgãos não integrantes do Poder Judiciário, consistente na transcrição do ato judicial em registro público.

Em outras palavras é inconcebível a execução de uma sentença declaratória sendo, faticamente e juridicamente impossível, a pretensão à execução de declaração. A função de preparar e viabilizar a execução é traço afeto à sentença condenatória.

Alias, é correto entender-se que o traço distintivo entre a sentença declaratória e a condenatória está no fato de apenas esta última autorizar a execução.

Desta feita, de fato, não há, possibilidade jurídica de se executar uma sentença que apenas declare o vínculo empregatício entre as partes, sem que haja um pronunciamento acerca das contribuições sociais. Tal pronunciamento, tal como melhor analisado no item 3 deste trabalho é dever de ofício do magistrado trabalhista *sempre* que de suas sentenças decorrerem contribuições por força do art. 114, inc. VIII da Constituição Federal.

Portanto, quando a Justiça do Trabalho executa as contribuições decorrentes do vínculo empregatício reconhecido (declarado) em sua sentença não se está executando o referido comando declaratório que por definição não é passível de execução, mas sim executando-se o comando condenatório do juiz que ao reconhecer a ocorrência de fato gerador de contribuições previdenciárias na sua decisão (declaratória ou condenatória, pouco importa) determina (*condena*) seu pagamento sob pena de execução.

Nos termos já tratados no item 3 também é perfeitamente concebível o entendimento de que a matéria previdenciária é um dos efeitos anexos da sentença trabalhista, possuindo cunho condenatório e desta feita constituindo título executivo judicial apto a autorizar a execução das contribuições³⁰.

29 SHIMURA, Sérgio. **Título Executivo**. 2. ed. São Paulo: Método. p. 27.

30 Nesse sentido, Paulo Gustavo de Amarante Merçon ("A Sentença Trabalhista e o Efeito Anexo Condenatório das Contribuições Previdenciárias", in "Execução Previdenciária na Justiça do Trabalho", de Émerson José Alves Laje e Mônica Sette Lopes, coordenadores, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, págs. 97-98), que assevera: "conforme se infere da lição de Pontes de Miranda, a lei pode atribuir a determinadas

Desta feita, *data maxima venia*, admitir a execução das contribuições previdenciárias decorrentes do reconhecimento de vínculo empregatício não é admitir a execução sem título executivo conforme afirmado pelo eminente Ministro relator, mas sim aceitar a execução da *condenação decorrente*, para usarmos a expressão consagrada pela Constituição, da sentença declaratória que reconheceu o vínculo laboral.

5.3 DO CONTRADITÓRIO NA CONDENAÇÃO EM VERBAS PREVIDENCIÁRIAS

O argumento trazido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, em acréscimo aos fundamentos do relator, no sentido de que “a execução de ofício de contribuição social antes da constituição do crédito, apenas com base em sentença trabalhista que reconhece o vínculo empregatício sem fixar quaisquer valores, viola também o direito ao contraditório

sentenças declaratórias efeitos anexos condenatórios (é o que ocorre com a condenação em custas, que pode decorrer de sentença meramente declaratória, como a que julga improcedente o pedido).

A sentença trabalhista que declara vínculo empregatício (incluindo a sentença homologatória de conciliação – parágrafo único do art. 831 da CLT) tem, na doutrina daquele i. processualista, eficácia mandamental imediata (relativa à determinação de anotação da CTPS do empregado) e eficácia condenatória mediata.

Os créditos previdenciários, portanto, normalmente demandariam a inscrição em dívida ativa por parte do INSS (inciso II do art. 229 do Decreto n. 3.048/99), para posterior execução fiscal na Justiça Federal.

Ocorre que a EC n. 20/98, atribuindo efeito anexo condenatório às sentenças trabalhistas, conferiu eficácia condenatória imediata às sentenças declaratórias de vínculo, especificamente no tocante às contribuições previdenciárias relativas a todo período laboral reconhecido.

Aquele efeito anexo é consectário lógico da declaração, em sentença, da existência de contrato sinalagmático e oneroso entre as partes, o que implica na presunção de pagamento dos salários ao longo do período laboral, sendo irrelevante que o fato gerador daquelas contribuições tenha precedido o momento de prolação da sentença.

Se o efeito principal da sentença é meramente declaratório, o efeito anexo é declaratório/condenatório das contribuições previdenciárias.

O efeito principal da tutela jurisdicional declara a preexistência da relação de emprego e do fato gerador dos créditos previdenciários (pagamento presumido dos salários, ao longo do contrato, nas épocas próprias respectivas). O efeito anexo condena o empregado ao recolhimento das contribuições. A partir daí, legitima-se a execução de que trata o § 3º do art. 114 da Lei Maior.

O efeito principal da sentença declaratória de vínculo tem eficácia preponderante declaratória da relação de emprego, mas, após a EC n. 20/98, tem também eficácia declaratória dos fatos geradores das contribuições previdenciárias incidentes sobre os salários pagos no curso do contrato.

Aquela sentença produz, também, após a vigência do § 3º do art. 114 da Lei Maior, efeito anexo condenatório das contribuições previdenciárias incidentes sobre os salários pagos ao longo do contrato.”

e à ampla defesa³¹, também deve ser combatido na medida em que o anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social do empregado, é objeto de pedido expresso integrante da petição inicial do Reclamante, e contestado pela Reclamada, sendo estabelecido, nesse momento, o contraditório acerca da questão.

Também é objeto do processo trabalhista, e por via de consequência de debate pelas partes ao longo do processo, a discussão acerca dos efeitos previdenciários do reconhecimento deste vínculo, tal como a responsabilidade pelo recolhimento e direito de retenção pela empresa da cota parte empregado, o que leva a matéria a ser objeto de decisão na sentença, restando por esse motivo satisfeita a exigência constitucional do prévio contraditório³².

O contraditório atualmente é entendido como algo muito mais amplo do que a realização do binômio informação-reação (ou ciência-resistência) dado que, na esteira da doutrina italiana de Comoglio, Ferri e Tarufo³³ fazem parte do conteúdo mínimo da garantia do contraditório, a par destes dois elementos nucleares, *também a cooperação e a participação* dos interessados, no que são acompanhados pela mais autorizada doutrina pátria³⁴.

Aliás, a participação e cooperação de *todos* os interessados no deslinde da questão objeto do processo, conforme com a costumeira propriedade lembra Cassio Scarpinella Bueno³⁵, é o “mote de uma das mais célebres obras de filosofia e sociologia jurídica da atualidade, a *Legitimação pelo Procedimento* de Niklas Luhmann”.

31 Novamente, segundo o informativo n. 519 do STF.

32 Caso as partes, por inércia, não realizem este debate a garantia do contraditório, igualmente, encontra-se satisfeita dado que, na lição de Barbosa Moreira (Temas de Direito Processual Civil. Quinta série, pág. 42), as partes podem fazer o que reputam oportuno e também podem não fazer uso de suas faculdades, neste caso todavia, conclui o mestre “se as partes não aproveitam suas faculdades e preferem o silêncio, tal atitude não implica em violação do contraditório”, pois a inércia da parte não deve obstaculizar o curso da justiça.

O importante, em resumo, é que a questão previdenciária está aberta a discussão perante a Justiça do Trabalho e tal possibilidade satisfaz a garantia constitucional do contraditório.

33 COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFO, Michele. **Lezione sul Processo Civile**. Bologna: I Mulino, 1995. p. 70.

34 Por todos: BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Processo Civil**. v. 1, São Paulo: Saraiva, 1994 p. 108.

35 BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus Curie no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 54.

O contraditório acerca do débito tributário decorrente do contrato de trabalho, nesta perspectiva de *informação, reação, cooperação e participação* é real e verdadeiramente alcançada no processo trabalhista, que envolve o juízo do trabalho, a União, o empregador e o empregado, este último, principal interessado no fiel e correto recolhimento das contribuições e detentor de informações relevantes que podem ser, muitas vezes, apenas por ele serem trazidas aos autos, como o pagamento de salários “por fora” e período de vínculo empregatício não anotado em CTPS.

Já a ação de execução fiscal ajuizada perante a Justiça Federal envolve apenas a Fazenda e a empresa-contribuinte, sem a participação do empregado-segurado que possui interesse direto no correto recolhimento das contribuições dada a influência deste fator em sua aposentadoria no futuro, ao passo que no processo trabalhista o mesmo, enquanto parte na demanda, tem *a oportunidade de informar, cooperar e participar no correto deslinde da questão*.

Portanto, o contraditório acerca das contribuições é exercido pelas partes contribuintes perante o juízo ao longo do processo de conhecimento e se completa com o ingresso da União, titular do crédito tributário, no feito que, em sendo autora de qualquer requerimento este apenas será objeto de decisão após ouvida as partes interessadas.

6 CONCLUSÕES SOBRE A POSSIBILIDADE DE EFICÁCIA CONDENATÓRIA DA SENTENÇA TRABALHISTA

O art. 114, inc. VIII da CF ao determinara a execução de ofício das sentenças que o juízo trabalhista proferir impõe implicitamente, por razões de ordem lógica, que o magistrado trabalhista faça um juízo prévio de verificação acerca do fato de que, de sua decisão *decorrem* contribuições sociais.

Tal juízo nada mais é do que a verificação da ocorrência do fato gerador das contribuições sociais previstas na decisão.

Uma vez verificada a ocorrência do fato gerador, para que se cumpra o comando constitucional e se *execute* as contribuições decorrentes da sentença, o juízo trabalhista deve, na mesma decisão acrescentar, um capítulo condenatório, determinando o pagamento pelo sujeito passivo das contribuições sociais, sob pena de execução de ofício.

Tal capítulo deve, a par de identificar a ocorrência do fato gerador, identificar todos os elementos da obrigação tributária, base de cálculo, sujeito ativo sujeito passivo, alíquotas, prazo de pagamento e eventuais acréscimos moratórios³⁶.

O julgamento do RE 569.056 vincula os efeitos do capítulo “*principal*” da decisão, qual seja aquele que encerra a lide trabalhista, que pode ser condenatório em relação às verbas devidas ou declaratório da existência de vínculo empregatício, com os efeitos tributários decorrentes desta decisão que caso verifique a ocorrência de um fato gerador, quer através de uma condenação quer através de uma declaração, deve condenar o sujeito passivo e desta feita viabilizar a execução.

Esse entendimento, *data maxima venia*, não merece prosperar dada a já aludida independência dos capítulos da sentença que julga a lide trabalhista que, enquanto unidades autônomas do decisório da sentença, podem possuir diferentes cargas de eficácia³⁷.

A viabilidade desta independência de cargas de eficácia resta cristalina após o exame de um simples exemplo: imaginemos uma sentença de improcedência cuja eficácia meramente declaratória não se discute. Tal sentença, se proferida no processo civil deve, nos termos do art. 20 do CPC, condenar o autor em honorários advocatícios, em capítulo próprio.

Esta condenação não resta inviabilizada, pelo simples fato do capítulo principal (improcedência) haver sido declaratório.

O mesmo se passa no caso da sentença trabalhista e seus efeitos previdenciários, ou seja, é indiferente que o vínculo empregatício tenha sido apenas declarado, dado que aquilo que realmente importa é o fato de uma vez declarado o vínculo é dever de ofício do magistrado averiguar os efeitos previdenciários decorrentes da declaração e proferir, em capítulo próprio, a respectiva condenação do sujeito passivo nas contribuições dali decorrentes.

A Constituição Federal portanto, impõe o dever do juízo trabalhista, de ofício, julgar , em um capítulo autônomo a questão

36 Sobre a omissão da sentença trabalhista em relação a estes aspectos ver item 3.1.

37 Por todos: DINAMARCO, Candido Rangel. **Capítulos da Sentença**. p. 35.

relativa às contribuições incidentes sobre aquilo que fora objeto do capítulo trabalhista da sentença.

Este “*capítulo previdenciário*” sempre que verificada a ocorrência do fato gerador terá natureza condenatória viabilizando a execução, desejada e determinada pela Constituição Federal.

Em outras palavras, é indiferente que o fato gerador do qual decorrem as contribuições sejam objeto de condenação ou declaração, dado que, uma vez identificada a incidência de contribuições, estas devem ser objeto de condenação.

Não se busca, portanto a execução de um comando declaratório, mas a execução de *um comando condenatório decorrente da declaração que pôs fim à lide trabalhista*, objeto principal, mas não único do processo que, por força do art. 114, inc. VIII da Constituição Federal, também deve se preocupar com o desfecho tributário inerente a lide principal, condenando o sujeito passivo ao pagamento das contribuições sociais decorrentes da sentença, sempre que verificado o fato gerador e executando-as de ofício, em caso de não ocorrência de recolhimento espontâneo.

7 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual Civil**. Quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus Curie no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Curso Sistematizado de Processo Civil**. v. 1, São Paulo: Saraiva, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFO, Michele. **Lezione sul Processo Civile**. Bologna: Il Mulino, 1995.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. I 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Capítulos da Sentença**. 2. ed. 2006.

FERNANDES, Luis Eduardo Simardi . **Embargos de Declaração**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MATOS JUNIOR, José Evaldo Bento. A nova redação do art. 876, p.u. da CLT e sua aplicação imediata. **Revista da AGU**, Brasília, ano VII, n. 15, p. 95-102, mar. 2008.

MARTINS. Sérgio Pinto. **Execução das Contribuições Previdenciárias na Justiça do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001.

MERÇON, Paulo Gustavo de Amarante. A Sentença Trabalhista e o Efeito Anexo Condenatório das Contribuições Previdenciárias, in **Execução Previdenciária na Justiça do Trabalho**, de Émerson José Alves Laje e Mônica Sette Lopes, (coord.), Belo Horizonte: Del Rey, 2003

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Conceito Classificação e Eficácia Executiva da Sentença no Novo de Execução de Títulos Executivos Judiciais, in Execução Civil e Cumprimento de Sentença**. Coord. BRUSCHI, Gilberto Gomes; SHIMURA, Sérgio. São Paulo: Método, 2007.

SHIMURA, Sérgio. **Título Executivo**. 2. ed. São Paulo: Método, 2005.