

REVISTA DA  
**AGU**

ANO XII nº 36 - Brasília-DF, abr./jun. 2013

# Revista da AGU

## Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 6, lote 800 – Térreo -  
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370  
e-mail: escoladaagu@agu.gov.br

## ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO Ministro Luís Inácio Lucena Adams

### DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque Faria	Substituto do Advogado-Geral da União
Marcelo de Siqueira Freitas	Procurador-Geral Federal
Paulo Henrique Kuhn	Procurador-Geral da União
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretaria-Geral de Contencioso

### ESCOLA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva	Diretora
Filipo Bruno Silva Amorim	Vice-Diretor
Nélida Maria de Brito Araújo	Coordenadora-Geral

### EDITOR RESPONSÁVEL

Juliana Sahione Mayrink Neiva

### COORDENADOR DA REVISTA DA AGU

Filipo Bruno Silva Amorim

### CONSELHO EDITORIAL

**Membros Executivos:** Antônio de Moura Borges; Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy; Claudia Aparecida de Souza Trindade; Clóvia Juarez Kemmerich; Cristina Campos Esteves, Denise Lucena Cavalcante; Eugênio Battesini; Fabiano André de Souza Mendonça; Flávio Roberto Batista; Francisco Humberto Cunha Filho; Jefferson Carús Guedes; José Tadeu Neves Xavier; Luís Carlos Martins Alves Jr.; Natalia Camba Martins; Omar Bradley Oliveira de Sousa; Otávio Luiz Rodrigues Junior; Regina Linden Ruaro; Robson Renaut Godinho.

**Membros Eletivos:** Adriana de Oliveira Rocha; Adriana Pereira Franco; Alexandre Bernardino Costa; Aluísio de Sousa Martins; Anésio Fernandes Lopes; André Lopes de Sousa; Andree Dantas Echeverria; Carlos José de Souza Guimarães; Cássio Andrade Cavalcante; Dalton Santos Morais; Daniela Ferreira Marques; Eliana Gonçalves Silveira; Eliana Pires Rocha; Ewerton Marcus de Oliveira Gois; Fábio Victor da Fonte Monnerat; Gregore Moreira de Moura; Gustavo Augusto Freitas Lima; Humberto Cunha Santos; Ivana Roberta Couto Reis de Souza; Karla Margarida Martins Santos; Luís Claudio Martins de Araújo; Maria de Fátima Knaiinne Dibe; Mariana Filchtiner Figueiredo; Nilma de Castro Abe; Rosa Maria Pelegrini Baptista Dias; Rui Magalhães Piscitelli; Valdirene Ribeiro de Souza Falcão; Valério Rodrigues Dias; Vânia Maria Bastos Faller.

**ABNT (ADAPTAÇÃO)/Diagramação** Niuza Lima /Gláucia Pereira  
**Capa** Fabiana Marangoni Costa do Amaral

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

Revista da AGU – Advocacia-Geral da União  
Ano XII – Número 36 - Brasília-DF, abr./jun. 2013  
Periodicidade: Trimestral - ISSN 1981-2035  
1 – Direito Público – Brasil – periódico. Advocacia-Geral da União

CDD 341.05  
CDU 342(05)

# SUMÁRIO

Editorial .....	05
Apuração Disciplinar de Atos Praticados por Servidores Celetistas em Atividade Perante Entes Federais de Direito Público <i>Administrative investigation of the irregularities committed by employees of the entities of public law</i> André Magalhães Pessoa .....	07
O Conceito Indeterminado de Prognose e a Lei 12.401/2011 Flávia Martins Affonso.....	43
A Mudança Organizacional na Reestruturação de um Órgão Público: o caso da Procuradoria Seccional Federal de Santa Maria <i>The Organizational Change in Public Agency Restructure: The Procuradoria Seccional Federal de Santa Maria Case</i> Giovana Bortoluzzi Fleig Rolando Juan Soliz Estrada Márcia Zampieri Grohmann.....	67
Arbitragem, Regulação e Normas de Ordem Pública:limites da autonomia das vontades <i>Arbitration, Regulation And Public Rules: limitation of autonomous will</i> Irapuã Gonçalves de Lima Beltrão .....	89
O Poder de Requisição dos Advogados Públicos Federais: uma revisão desde a Consultoria Geral da República até a Advocacia-Geral da União <i>The Power of Lawyers Request Public Federal: a review from the General Counsel of the Republic to the Attorney General's Office</i> Jefferson Carús Guedes Geza Carús Guedes.....	107
Direito intertemporal previdenciário – As alterações do prazo da decadência previdenciária e os limites do direito adquirido <i>Intertemporal Pension Law –changes in prescription periodand the limitations of vested right</i> João Marcelo Torres Chinelato.....	133
Atuação do Brasil na OMC e os Novos Influxos do Estado Democrático de Direito <i>Performance of Brazil in the WTO and the new influences of democracy and the role of Law</i> Júlio César Melo Borges.....	149

Os Limites à Privacidade do Cidadão Perante a Administração Pública no Complexo Estado Brasileiro na Atualidade <i>The Limits to Privacy of Citizens Before the Public Administration Today in the Complex Brazilian State</i> Leandro Ferreira Bernardo.....	165
A Anistia Política e suas Repercussões no Ordenamento Jurídico Brasileiro <i>The Amnesty and its Effects on Brazilian Legal Order</i> Lívia Maria Vasconcelos de Miranda .....	199
Notas sobre a Evolução da Tutela Jurisdicional Relativa aos Deveres de Fazer e de não Fazer <i>Notes on the Evolution of Procedural Protection Concerning Duties to Perform and not to Perform en Action</i> Lívio Goellner Goron .....	227
A PEC Nº 341/09: por que é tão importante manter na Constituição Federal brasileira todas as suas garantias? <i>The Brazilian Constitutional Proposal Amendment nº 341/09: why is so important keep all the guarantees in the Brazilian Federal Constitution?</i> Mariana Barbosa Cirne .....	249
A Utilização da Regra da Proporcionalidade como Forma de Concretização do Princípio da Supremacia do Interesse Público quandoem Conflito com o Interesse Privado <i>Using the Rule of Proportionality for the Implementation of the Principle of Supremacy of Public Interest when in Conflict with Private Interest</i> Natália Hallit Moyses.....	277
Incapacidade Biopsicossocial no Direito Previdenciário <i>Disability biopsychosocial in social welfare law</i> Rafael Machado de Oliveira .....	309
Direitos Fundamentais e Processo Disciplinar Interno: A Supremacia Especial e os seus Limites Normativos <i>Fundamental Rights and Disciplinary Process Internal: Supremacy Special and its Regulatory Limits</i> Raimundo Márcio Ribeiro Lima .....	347
<b>PARECER</b> Parecer ASMG/CGU/AGU/04/2013 Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy .....	373
<b>JURISPRUDÊNCIA</b> Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 Alisson da Cunha Almeida.....	411
Normas Editoriais .....	421

## **EDITORIAL**

A Advocacia-Geral da União tem a satisfação de lançar a 36<sup>a</sup> edição da sua Revista. É a segunda edição do ano de 2013, referente ao triênio abril/maio/junho.

Nesta edição da Revista da AGU há quatorze artigos abordando os mais variados temas da área do Direito, tais como: Apuração disciplinar de atos praticados por servidores celetistas em atividade perante entes Federais de Direito Público; O conceito indeterminado de prognose e a Lei 12.401/2011; A Mudança organizacional na reestruturação de um órgão público: ocaso da procuradoria seccional federal de Santa Maria; Arbitragem, regulação e normas de ordem pública: limites da autonomia das vontades; O poder de requisição dos Advogados Públicos Federais: uma revisão desde a Consultoria Geral da República até a Advocacia-Geral da União; Direito intertemporal previdenciário – As alterações do prazo da decadência previdenciária e os limites do direito adquirido; Atuação do Brasil na OMC e os novos influxos do Estado Democrático de Direito; Os Limites à privacidade do cidadão perante a Administração Pública no complexo Estado Brasileiro na atualidade; A anistia política suas repercussões no ordenamento jurídico brasileiro; Notas sobre a evolução da tutela jurisdicional relativa aos deveres de fazer e de não fazer; A PEC nº 341/09: por que é tão importante manter na Constituição Federal brasileira todas as suas garantias?; A Utilização da regra da proporcionalidade como forma de concretização do princípio da supremacia do interesse público quando em conflito com o interesse privado; Incapacidade biopsicossocial no Direito Previdenciário e, por último, Direitos Fundamentais e Processo Disciplinar Interno.

Além dos artigos citados, a 36<sup>a</sup> edição divulga o Parecer ASMG/CGU/AGU/04/2013 do Consultor-Geral da União, Pós-Doutor Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, que trata da acumulação de chefia de pasta ministerial com a titularidade de diploma de Vice-Governador.

Por fim, a Jurisprudência comentada, a respeito da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, que buscou pacificar a intensa controvérsia relativa à constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, que afasta a responsabilização subsidiária da Administração Pública pelos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais resultantes da inadimplência de empresa de terceirização de mão-de-obra.

A Direção da Escola da AGU se congratula com os autores da 36<sup>a</sup> edição da Revista pelos notáveis trabalhos aqui apresentados e convida, com muito prazer, a todos os interessados pela boa leitura jurídica, a apreciarem o material de estudo e pesquisa que ora é disponibilizado.

Juliana Sahione Mayrink Neiva  
Diretora da Escola da AGU

# **APURAÇÃO DISCIPLINAR DE ATOS PRATICADOS POR SERVIDORES CELETISTAS EM ATIVIDADE PERANTE ENTES FEDERAIS DE DIREITO PÚBLICO**

***ADMINISTRATIVE INVESTIGATION OF THE  
IRREGULARITIES COMMITTED BY EMPLOYEES OF THE  
ENTITIES OF PUBLIC LAW***

*André Magalhães Pessoa*

*Procurador da Fazenda Nacional em exercício na Coordenação Jurídica de Ética e Disciplina da PGFN. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Federal da Bahia e em Direito Administrativo Disciplinar pela Universidade de Fortaleza.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 O Regime Celetista na Administração Pública; 2 Regime Estatutário *versus* Regime Celetista; 2.1 Estabilidade; 2.2 Regime Jurídico Único; 3 Sanções Disciplinares Aplicáveis; 4 Apuração Disciplinar de Irregularidades Praticadas por Servidores Celetistas no Âmbito dos Entes Federais de Direito Público; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O propósito deste artigo é identificar os instrumentos apropriados para apuração das irregularidades praticadas por servidores celetistas no âmbito da União e de suas autarquias e fundações de direito público. Para alcançar esse fim, foi analisado o regime celetista na Administração Pública e sua disciplina normativa, cotejando-o com o regime estatutário na Administração. Foi necessário abordar a estabilidade no serviço público (em relação a servidores estatutários e celetistas) e apontar as sanções disciplinares aplicáveis, para, enfim, identificar os instrumentos para apuração de irregularidades praticadas pelos agentes celetistas nos entes federais de direito público. Considerando a escassez de literatura específica acerca do objeto de estudo, a pesquisa foi direcionada à doutrina que tangencia o tema e a fontes documentais, especialmente à legislação correlata e às jurisprudências dos tribunais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Artigo Científico. Irregularidade no Serviço Público. Apuração. Servidor Celetista.

**ABSTRACT:** The purpose of this paper is to identify appropriate instruments to investigate the irregularities committed by civil servants subject to the Consolidation of Labor Laws (employees) active in the Federal Union and its agencies and public foundations. To achieve this end, we analyzed the system of public employment and discipline rules, comparing it with the statutory regime in the government. It was necessary to address the stability in the public service (for civil servants statutory and employees) and point to the disciplinary penalties applicable and finally identify the instruments to investigate the irregularities committed by employees in the entities of public law. Given the scarcity of literature about the specific object of study, research was directed to the doctrine that touches the subject and documentary sources, especially related laws and jurisprudence of the courts.

**KEYWORDS:** Scientific Article. Irregularity in Public Service. Inquiry. Employee.

## INTRODUÇÃO

A apuração disciplinar de atos praticados por servidores públicos celetistas, denominados empregados públicos, em atividade em entes federais de direito público é tema que, não raro, suscita dúvidas e questionamentos.

Em linhas iniciais, cabe assinalar que o ilícito administrativo disciplinar consiste na perturbação do bom funcionamento da Administração Pública, em virtude do descumprimento de normas previstas no elenco de deveres, proibições e demais regras que integram o Regime Jurídico do Servidor Público<sup>1</sup>.

No caso dos servidores públicos civis da União e de suas autarquias e fundações de direito público, o regime estatutário consta da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, no bojo do qual está inserto o regime disciplinar (arts. 116 a 142), que impõe deveres e proibições ao servidor. A inobservância dessas imposições implica, após o devido processo legal, a aplicação das sanções que enumera: advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão.

Com efeito, a sanção administrativa disciplinar é a resposta da Administração Pública ao responsável por infração funcional, e tem por finalidade assegurar o correto funcionamento do serviço público, com observância de sua principiologia constitucional (legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência). Essa penalidade deve ser precedida de processo administrativo no qual sejam apurados adequadamente os fatos supostamente irregulares, bem como assegurados o contraditório e a ampla defesa ao investigado<sup>2</sup>. Para os servidores vinculados ao regime da Lei nº 8.112, de 1990, doravante denominados estatutários, os meios adequados para a apuração de irregularidades e aplicação de penalidades pela Administração Pública são a sindicância e o processo administrativo disciplinar<sup>3</sup>.

---

1 GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. *Regime disciplinar do servidor público civil da união*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 43-44.

2 Estatui o art. 5º, inciso LV, da Constituição da República, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Especificamente em relação aos agentes estatutários, os termos do art. 22 da Lei nº 8.112, de 1990: “Art. 22. O servidor estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar no qual lhe seja assegurada ampla defesa.”

3 O Título V da Lei nº 8.112, de 1990 (arts. 143 a 182) prevê expressamente os contornos da sindicância e do processo administrativo disciplinar. A respeito, é oportuno sublinhar os termos iniciais do Título em

Se não resta dúvida de que a apuração de supostas irregularidades praticadas por servidores estatutários vinculados aos entes federais de direito público deve ser realizada mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, idêntica afirmação não se pode fazer em relação aos agentes públicos celetistas em atividade nesses mesmos órgãos ou entes.

Nesse ponto, cabe sublinhar, com esteio nos ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho<sup>4</sup>, que há três categorias de servidores públicos: (1) os estatutários; (2) os temporários; e (3) os trabalhistas ou celetistas.

Os servidores estatutários são aqueles vinculados a entidades de direito público (União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas autarquias e fundações de direito público) que sejam regidos por leis específicas, conhecidas como “estatutos”. Nesses diplomas devem constar “todas as regras que incidem sobre a relação jurídica, razão porque nelas se enumeram direitos e deveres dos servidores e do Estado”<sup>5</sup>. No âmbito da União e de suas autarquias e fundações, esse diploma é a precitada Lei nº 8.112, de 1990.

Os servidores públicos temporários são aqueles previstos no art. 37, inciso IX, da Constituição da República, contratados “para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”. Não se trata de vínculo celetista, sendo regido por lei própria, que no âmbito da União e suas autarquias e fundações públicas é a Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993<sup>6</sup>. O instrumento apuratório de irregularidades praticadas por

---

questão, contidos no art. 143 da Lei nº 8.112, de 1990: “A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa. [...] § 3º A apuração de que trata o caput, por solicitação da autoridade a que se refere, poderá ser promovida por autoridade de órgão ou entidade diverso daquele em que tenha ocorrido a irregularidade, mediante competência específica para tal finalidade, delegada em caráter permanente ou temporário pelo Presidente da República, pelos presidentes das Casas do Poder Legislativo e dos Tribunais Federais e pelo Procurador-Geral da República, no âmbito do respectivo Poder, órgão ou entidade, preservadas as competências para o julgamento que se seguir à apuração.”

<sup>4</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 15.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 493-494.

<sup>5</sup> Ibidem, p. 493.

<sup>6</sup> Destaque-se que a Lei nº 8.745, de 1993, estabelece a aplicação de diversos dispositivos da Lei nº 8.112, de 1990, aos servidores temporários, inclusive vários deveres e proibições aplicáveis ao servidor estatutário, bem como as penalidades compatíveis (advertência, suspensão e demissão). A respeito, dispõe o art. 11 da Lei nº 8.745, de 1993: “Aplica-se ao pessoal contratado nos termos desta Lei o disposto nos arts. 53 e

esses agentes é a sindicância, conforme dispõe o art. 10 dessa mesma lei: “As infrações disciplinares atribuídas ao pessoal contratado nos termos desta Lei serão apuradas mediante sindicância, concluída no prazo de trinta dias e assegurada ampla defesa”.

Como se percebe, a existência de empregados públicos em atividade perante entes federais de direito público é uma realidade que impõe a identificação de mecanismos adequados de apuração, quando detectadas irregularidades por eles supostamente praticadas em prejuízo das entidades em que atuam.

Não resta dúvida de que em relação aos servidores federais estatutários tais instrumentos são a sindicância e o processo administrativo disciplinar, nos termos dos arts. 142 e seguintes da Lei nº 8.112, de 1990. O mesmo se pode afirmar no tocante aos servidores temporários, tendo em vista que Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, é enfático ao estatuir que a apuração de irregularidades ocorrerá mediante sindicância, nos moldes do seu art. 10.

Por outro lado, idêntica afirmação não se pode fazer, sem maiores ponderações, em relação aos agentes públicos celetistas em atividade nesses mesmos órgãos. A legislação não é clara acerca dos instrumentos disponíveis para a apuração das ilícitudes praticadas por esses agentes no âmbito dos órgãos ou entes federais de direito público e da competência para manuseá-los. De igual modo, é extremamente escassa a literatura específica sobre a matéria em foco.

Nesse ponto, exsurge a importância do presente trabalho, cujo objetivo geral é identificar os instrumentos apropriados para apuração das irregularidades praticadas por empregados públicos no âmbito da União e de suas autarquias e fundações de direito público, para o fim de possibilitar a adequada apuração dos fatos supostamente irregulares envolvendo esses agentes celetistas e, sendo verificada a ilicitude funcional, a correta aplicação da sanção trabalhista ao infrator.

Considerando a escassez de obras jurídicas acerca do objeto de estudo aqui apresentado, a pesquisa foi direcionada à doutrina que tangencia o tema e às fontes documentais, notadamente à legislação

---

54; 57 a 59; 63 a 80; 97; 104 a 109; 110, incisos, I, in fine, e II, parágrafo único, a 115; 116, incisos I a V, alíneas a e c, VI a XII e parágrafo único; 117, incisos I a VI e IX a XVIII; 118 a 126; 127, incisos I, II e III, a 132, incisos I a VII, e IX a XIII; 136 a 142, incisos I, primeira parte, a III, e §§ 1º a 4º; 236; 238 a 242, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.”

correlata e às jurisprudências dos tribunais, em especial à dos tribunais trabalhistas, porquanto, segundo o art. 114, inciso I, da Constituição da República, é a essa Justiça especializada a quem compete julgar “as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Para alcançar o escopo deste trabalho, foi necessário discorrer sobre o regime celetista na Administração Pública e sua disciplina normativa, cotejar o regime celetista com o estatutário na Administração, analisar a estabilidade no serviço público (em relação a servidores estatutários e celetistas) e identificar as sanções disciplinares aplicáveis e os instrumentos para apuração de irregularidades funcionais nos entes federais de direito público ante conduta de empregados públicos. Como nos entes de direito público é comum a atuação de empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista, em alguns momentos foi preciso adentrar na análise de tais procedimentos no plano dessas entidades.

Feitas tais considerações introdutórias, entende-se que todo estudo feito nessa seara tão pouco explorada é de grande valia para a solução dos casos postos cotidianamente à apreciação das unidades correcionais.

## 1 O REGIME CELETISTA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os empregados públicos, como dito alhures, são os servidores vinculados à Administração Pública submetidos ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). A natureza da relação entre o ente da Administração e seus empregados é contratual, ou seja, “os direitos e obrigações recíprocos, constituídos nos termos e na ocasião da avença, são unilateralmente imutáveis e passam a integrar de imediato o patrimônio jurídico das partes, gerando, desde logo, direitos adquiridos em relação a eles”<sup>7</sup>.

A quantidade de agentes contratados sob o regime do emprego público na Administração federal é bastante significativa, dentre os quais destacam-se:

- a) os empregados de empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de direito privado instituídas pela União;

---

<sup>7</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 244.

- b) os contratados pela União e por suas autarquias e fundações de direito público, sob a égide da Constituição anterior que não foram contemplados pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias<sup>8</sup> e pelo disposto no art. 243 da Lei nº 8.112, de 1990<sup>9</sup>;
- c) os contratados pela União e suas autarquias e fundações de direito público sob o regime de emprego público após a alteração perpetrada no art. 39 da Constituição pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho 1998 (que será exposta com mais pormenores no item 2.2 deste trabalho);
- d) os empregados públicos anistiados de que trata a Lei nº 8.878, de 11 de maio de 1994<sup>10</sup>; e

<sup>8</sup> Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

§ 1º - O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.

§ 2º - O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do “caput” deste artigo, exceto se se tratar de servidor.

§ 3º - O disposto neste artigo não se aplica aos professores de nível superior, nos termos da lei.

<sup>9</sup> Art. 243. Ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta Lei, na qualidade de servidores públicos, os servidores dos Poderes da União, dos ex-Territórios, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas, regidos pela Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 - Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 10 de maio de 1943, exceto os contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento do prazo de prorrogação.

§ 1º Os empregos ocupados pelos servidores incluídos no regime instituído por esta Lei ficam transformados em cargos, na data de sua publicação.

[...]

§ 7º Os servidores públicos de que trata o *caput* deste artigo, não amparados pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, poderão, no interesse da Administração e conforme critérios estabelecidos em regulamento, ser exonerados mediante indenização de um mês de remuneração por ano de efetivo exercício no serviço público federal.

§ 8º Para fins de incidência do imposto de renda na fonte e na declaração de rendimentos, serão considerados como indenizações isentas os pagamentos efetuados a título de indenização prevista no parágrafo anterior.

<sup>10</sup> A Lei nº 8.878, de 11 de maio de 1994, concedeu anistia ao servidores estatutários e empregados da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista sob controle da União que, no período compreendido entre 16 de março de 1990 e 30 de setembro de 1992, exonerados, demitidos ou dispensados na forma que específica. Em relação aos empregados mencionados, a anistia abrangeu os despedidos ou dispensados dos seus empregos com violação de dispositivo constitucional, legal, regulamentar ou de cláusula constante de

- e) os agentes comunitários de saúde e de combate às endemias previstos no art. 198, §4º, da Constituição da República (redação dada pela Emenda Constitucional nº 51, de 2006), que, nos termos do art. 8º da Lei nº 11.350, de 5 de outubro de 2006, no plano federal também são regidos pela CLT.

As empresas públicas e sociedades de economia mista que exercem atividade econômica obrigatoriamente adotam o regime celetista, em face do art. 173, §1º, inciso II, da Constituição da República<sup>11</sup>.

Já em relação às empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, esse referido dispositivo constitucional é silente, permitindo inferir que não estão submetidas a essa imposição. Embora não seja obrigatório para tais entidades o regime celetista, é esse o modelo que se adota por meio das leis ordinárias, por ser o mais compatível com o regime de direito privado a que se submetem<sup>12</sup>.

Para os entes federais de direito público há previsão normativa acerca do exercício de servidores submetidos a esse regime. O regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional é disciplinado pela Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000<sup>13</sup>. Esse diploma, logo em seu artigo inaugural, estabelece que

---

acordo, convenção ou sentença normativa, bem como por motivação política ou interrupção de atividade profissional em decorrência de movimentação grevista.

O art. 2º da Lei nº 8.878, de 1994, assegurou a esses ex-empregados o retorno ao emprego anteriormente ocupado ou, se fosse o caso, àquele resultante da respectiva transformação, após formulação de requerimento fundamentado e acompanhado da documentação pertinente, no prazo fixado, à Comissão especialmente constituída para esse fim.

<sup>11</sup> Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [...]

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; [...]

<sup>12</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 436.

<sup>13</sup> Os empregados públicos dos Estados, Distrito Federal e Municípios devem ser regidos exclusivamente pelas CLT e leis trabalhistas correlatas, considerando que a Lei nº 9.962 de 2002 não abrange tais entidades, e tendo em vista que a competência para legislar sobre Direito do Trabalho é privativa da União, conforme art. 22, inciso I, da Constituição da República. Observa, porém, José dos Santos Carvalho Filho (op. cit., p. 498), não haver óbices para que esses entes políticos "editem lei na qual se imponham à própria Administração autolimitações quanto aos poderes atribuídos pela CLT ao empregador em geral, como, por exemplo, fixando os casos em que a Administração rescindirá o

esses agentes estão submetidos a relação de trabalho regida pela CLT e legislação trabalhista correlata, naquilo que lei específica não dispuser em contrário.

No âmbito da União e de suas autarquias e fundações de direito público, ainda há possibilidade de relação específica regida pela CLT, com previsão expressa na Lei nº 8.112, de 1990. Trata-se dos servidores aludidos no art. 93, §6º, do citado diploma legal (requisição de empregados de empresa pública ou de sociedade de economia mista que receba recursos de Tesouro Nacional para o custeio total ou parcial da sua folha de pagamento de pessoal).

É também possível que empregados públicos sejam nomeados para exercício de cargo em comissão nos entes federais de direito público, consoante o disposto no art. 93, inciso I c/c §5º da Lei nº 8.112, de 1990. Todavia, caracterizada essa situação, enquanto no exercício desse cargo comissionado, a lei de regência será a Lei nº 8.112, de 1990, e não a CLT.

Marcos Salles Teixeira<sup>14</sup> ainda aponta outra hipótese de empregado público que mantém vínculo com entes de direito público. É o empregado de entidade da Administração indireta que presta regularmente serviços à Administração direta, autarquias ou fundações de direito público e que exerce atividade nas dependências do órgão contratante, em razão de contrato de prestação de serviços celebrado pelas duas pessoas jurídicas, sem ter sido requisitado por força de lei ou de medida provisória específica.

Insta salientar que, em tais casos, o simples fato de apenas haver prestação de serviços por empregados de ente de direito privado da Administração indireta nas dependências da entidade de direito público, por si só, não caracteriza irregularidade, desde que esses agentes não exerçam atividades típicas de servidores do quadro do ente contratante<sup>15</sup>.

contrato. Aqui não haverá criação de norma de direito do trabalho, mas mera diretriz funcional, em que as regras mais se assemelham àquelas pactuadas diretamente no instrumento contratual, em plena conformidade com os preceitos da legislação trabalhista".

Impende assinalar que, como exceção, tem-se a contratatação de Agentes Comunitários de Saúde e Agentes de Combate às Endemias é regulado por lei própria, qual seja, a Lei nº 11.350, de 2006, que remete à disciplina normativa da CLT.

<sup>14</sup> TEIXEIRA, Marcos Salles. Anotações sobre processo administrativo disciplinar. Disponível em: <[http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ApostilaTextoCGU.htm#\\_Toc269738986](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ApostilaTextoCGU.htm#_Toc269738986)>. Acesso em: 7 set. 2010.

<sup>15</sup> Sobre o tema, observa Marcos Salles Teixeira (op. cit., acesso em 7 set. 2010): "Diante das carências de pessoal e de outras limitações de natureza prática e operacional, o prolongamento desta situação no tempo propicia a ocorrência de um desvio - que, embora não incomum, deva ser evitado, pois é ilegal -

Como se percebe, a existência de empregados públicos em atividade perante entes federais de direito público é uma realidade que impõe a identificação de mecanismos adequados de apuração, quando detectadas irregularidades por eles supostamente praticadas em prejuízo das entidades nas quais atuam.

## 2 REGIME ESTATUTÁRIO VERSUS REGIME CELETISTA

A relação jurídica entre o ente da Administração e os servidores ocupantes de cargo público é de natureza estatutária, regida por lei própria (estatuto), podendo o Estado modificar unilateralmente, mediante alteração legislativa, o regime aplicável, observadas apenas as vedações constitucionais.

Por sua vez, diferente é o liame existente entre o poder público e seus empregados, que é de índole contratual, com disciplina básica na CLT, e, como toda relação contratual, é imutável por ato unilateral de qualquer das partes, passando os direitos e obrigações recíprocos a constituir o patrimônio jurídico dos contraentes<sup>16</sup>, aplicando-se os princípios da norma mais favorável<sup>17</sup> e da condição mais benéfica<sup>18</sup> que regem as relações de Trabalho<sup>19</sup>.

A título exemplificativo, embora seja possível, mediante alteração legislativa, a cessação de contagem de tempo de serviço para fins de anuênio e licença-prêmio em relação aos servidores estatutários, em face de empregados públicos tal modificação só surtirá efeitos para os empregados que forem contratados após sua implementação. Esse

---

em que o empregado público, apesar de jamais se confundir com o quadro funcional do órgão contratante, passa a realizar as atividades próprias dos servidores daquele quadro”.

16 MELLO, op. cit, p. 244.

17 Segundo Luiz de Pinho Pedreira da Silva, o princípio da norma mais favorável, “havendo pluralidade de normas, com vigência simultânea, aplicáveis à mesma situação jurídica, deve-se optar pela mais favorável ao empregador (SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 65).

18 Nas palavras de Américo Plá Rodrigues, “a regra da condição mais benéfica pressupõe a existência de uma situação concreta, anteriormente reconhecida, e determina que ela deve ser respeitada, na medida em que seja mais favorável ao trabalhador que a norma aplicável” (1993, p. 63).

19 Permite-se apenas que o empregador, no exercício de uma das facetas do poder de comando, denominada *jus variandi*, promova alterações em aspectos da organização da empresa e no modo pelo qual o empregado deve prestar os serviços contratados, a fim de adaptá-los às exigências da moderna técnica, visando à maior produtividade (SÜSSEKIND, 2004), como nos casos de modificação do horário da prestação de serviço sem aumento da duração e mudança do local de trabalho sem alteração de domicílio.

entendimento foi consolidado em súmula pelo Supremo Tribunal Federal<sup>20</sup>.

Embora seja amplamente divulgada essa distinção básica entre o regime estatutário e o celetista, consistente na possibilidade de sua alteração unilateral (mediante lei) no primeiro e na sua impossibilidade no segundo, calha colacionar o que obtempera Luísa Cristina Pinto e Netto<sup>21</sup> a respeito do tema. Ressalta a citada autora que as alterações legislativas têm efeitos semelhantes na relação estatutária e na relação contratual trabalhista, pois quando há alterações em normas cogentes no Direito do Trabalho, são estas imediatamente aplicáveis aos contratos trabalhistas em curso.

O regime de previdência também é um ponto de diferenciação, pois enquanto o agente celetista está submetido ao Regime Geral da Previdência Social, operacionalizado pelo INSS e regido pelas Leis 8.212 e 8.213, ambas de 1991, os estatutários contribuem para os regimes próprios de previdência social, cujas regras gerais são fixadas na Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998.

Insta ainda frisar que os litígios entre entes estatais e seus servidores estatutários são dirimidos pela Justiça Comum, as lides envolvendo os empregados públicos e entes públicos são solucionados pela Justiça do Trabalho, pois, consoante o disposto no art. 114, inciso I, da Constituição da República, compete a essa Justiça especializada julgar “as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

## 2.1 ESTABILIDADE

A estabilidade do servidor público tem assento constitucional, mais especificamente no art. 41 da Lei Fundamental, no qual consta que “São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público”. Adquirida a estabilidade, consoante o disposto no §1º do mesmo artigo, o servidor só perderá o cargo em três hipóteses:

- (i) em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

<sup>20</sup> Súmula 678. São inconstitucionais os incisos I e III do art. 7º da lei 8162/1991, que afastam, para efeito de anuênio e de licença-prêmio, a contagem do tempo de serviço regido pela Consolidação das Leis do Trabalho dos servidores que passaram a submeter-se ao regime jurídico único.

<sup>21</sup> PINTO E NETTO, Luísa Cristina. *A contratualização da função pública*. Del Rey, 2005. p. 200-201.

- (ii) mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; e
- (iii) mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

O preceptivo constitucional em causa é expresso ao estatuir que o instituto da estabilidade é aplicável aos servidores ocupantes de cargo efetivo, ou seja, aos estatutários. Nesse sentido, dispõe o *caput* do precitado art. 41 que é prerrogativa dos “servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público [g.n.]”.

Dúvida surge quanto à extensão da estabilidade aos empregados públicos. Se, de um lado, esses agentes são contratados nos moldes da CLT e não se enquadram na categoria de “servidores nomeados para cargo de provimento efetivo”, por outro lado essa contratação é precedida de aprovação em concurso público e tal contrato deve ser regido pela principiologia aplicável à Administração Pública, que não coaduna com dispensas imotivadas ou fundadas em critérios dissonantes dos princípios da moralidade, da impessoalidade e da publicidade.

Calha acrescentar que, no plano dos entes federais de direito público, a Lei nº 9.962, de 2000, em seu art. 3º, elenca as hipóteses autorizadoras da rescisão do contrato de trabalho, não constando dentre elas a dispensa imotivada. Preceitua o dispositivo em questão:

Art. 3º O contrato de trabalho por prazo indeterminado somente será rescindido por ato unilateral da Administração pública nas seguintes hipóteses:

I – prática de falta grave, dentre as enumeradas no art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT;

II – acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;

III – necessidade de redução de quadro de pessoal, por excesso de despesa, nos termos da lei complementar a que se refere o art. 169 da Constituição Federal;

IV – insuficiência de desempenho, apurada em procedimento no qual se assegurem pelo menos um recurso hierárquico dotado

de efeito suspensivo, que será apreciado em trinta dias, e o prévio conhecimento dos padrões mínimos exigidos para continuidade da relação de emprego, obrigatoriamente estabelecidos de acordo com as peculiaridades das atividades exercidas.

Parágrafo único. Excluem-se da obrigatoriedade dos procedimentos previstos no *caput* as contratações de pessoal decorrentes da autonomia de gestão de que trata o § 8º do art. 37 da Constituição Federal.

Diante das restrições à terminação unilateral do contrato de trabalho pela Administração, impostas no precitado art. 3º, conclui Ana Luísa Celino Coutinho<sup>22</sup> que os empregados públicos em questão também possuem estabilidade, especialmente em face da clara identidade entre as causas de perda do cargo do servidor estatutário listadas na Lei nº 8.112, de 1990, e aquelas previstas como ensejadoras da rescisão do contrato do empregado público unilateralmente pela empregador<sup>23</sup>. Diante dessa constatação, assevera que a adoção desse novo regime a partir da Emenda Constitucional nº 19/98 e da Lei nº 9.962, de 2000, teve como objetivo a diminuição das despesas do Estado<sup>24</sup>, no futuro, com as aposentadorias

---

<sup>22</sup> COUTINHO, Ana Luísa Celino. Há estabilidade do empregado público? *Revista da ESMSE*, Sergipe, n. 2, 2002. p. 105-111.

<sup>23</sup> A propósito, assevera a citada autora:

“O inciso I do art. 3º da referida lei dispõe sobre a prática de falta grave, dentre as enumeradas no art. 482 da CLT. Muitas das faltas graves previstas como ensejadoras de rescisão do contrato de trabalho do empregado público por força da Lei nº 9.962/00 são coincidentes com as possibilidades de demissão do servidor público previstas nos arts.132 e 117 da Lei no 8112/90. São elas:  
a) ato de improbidade – improbidade administrativa (art.132, IV da Lei no 8112/90);  
b) incontinência de conduta ou mau procedimento – incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição ( art. 132, V da Lei nº 8112/90);  
c) desídia – proceder de forma desidiosa ( art.117, XV da Lei nº8112/90);  
d) violação de segredo da empresa – revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo ( art. 132, IX da Lei nº 8112/90);  
e) ato de indisciplina ou de insubordinação – insubordinação grave em serviço ( art. 132, VI da Lei no 8112/90);  
f) abandono de emprego – abandono de cargo ( art. 132, II da Lei no 8112/90);  
g) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra empregador, superiores hierárquicos ou contra qualquer pessoa, salvo em caso de legítima defesa própria ou de outrem (art. 482, alíneas j e k da CLT) – ofensa física em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem (art. 132,VII da Lei no 8112/90);  
h) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena – em virtude de sentença judicial transitada em julgado ( art. 41 da CF).

Baseado neste paralelo, percebe-se que grande parte das causas ensejadoras de rescisão do contrato de trabalho do empregado público coincide com os motivos que levam à demissão do servidor público”.

<sup>24</sup> Acerca da Lei nº 9.962, de 2000, aduz Antônio Carlos Alencar Carvalho (2008, p. 25): “Esta lei não pegou e, apesar de ainda em vigor, só tenho notícia de um caso em que houve contratação de funcionários pela

dos agentes públicos, pois o custo da aposentadoria no âmbito do Regime Geral de Previdência Social é menor do que no Regime Próprio a que estão vinculados os agentes submetidos ao regime estatutário<sup>25</sup>.

O Tribunal Superior do Trabalho (TST), nessa esteira, sedimentou entendimento, por meio de súmula, estabelecendo parâmetros para identificação da estabilidade de servidores celetistas na Administração Pública. Trata-se da Súmula nº 390, cuja redação é a seguinte:

ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 229 e 265 da SBDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 22 da SBDI-2) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005.

I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJs nºs 265 da SBDI-1 - inserida em 27.09.2002 - e 22 da SBDI-2 - inserida em 20.09.00)

II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ nº 229 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

No tangente às empresas públicas e sociedades de economia mista, além do posicionamento exposto na aludida súmula, o TST, por meio da Orientação Jurisprudencial nº 247 da SBDI-1/TST, firmou o entendimento de que não é necessária a motivação do ato de dispensa de empregado integrante do quadro dessas entidades, forte no que dispõe o art. 173, §1º, da Constituição da República, podendo tais entidades exercer o direito potestativo de extinguir unilateralmente o contrato de trabalho, sem necessidade de submissão às exigências impostas para os atos administrativos. Aponta, porém, como hipótese excetiva o ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios

---

CLT segundo esse regime de emprego público, que é o caso dos funcionários do Hospital das Forças Armadas. Não obstante a constatação do ilustre autor, sendo celetista o agente público federal e não estando sujeito à Lei nº 11.350, de 2006 (Agentes Comunitários de Saúde e Agentes de Combate às Endemias), sua relação com o ente estatal estará submetida à Lei nº 9.962, de 2000.

25 COUTINHO, op. cit., p. 105-111.

e Telégrafos, cuja motivação é imprescindível, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária, à execução por precatório e às prerrogativas de foro, prazos e custas processuais<sup>26</sup>.

## 2.2 REGIME JURÍDICO ÚNICO

O art. 39, *caput*, da Constituição da República, em sua disposição originária, preceituava que União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deveriam instituir, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

Com a fixação do regime jurídico único, grande controvérsia foi gerada no tangente à adequada interpretação desse mandamento, em virtude de sua falta de clareza, surgindo, então, posicionamentos diversos acerca do tema, merecendo destaque os seguintes: a) o ente federativo poderia optar pelo regime estatutário ou celetista, mas feita essa opção o regime deverá ser o mesmo para todos as entidades integrantes da Administração direta, autárquica e fundacional desse ente federativo<sup>27</sup>; e b) admite-se a opção por um regime jurídico único para a Administração direta e outro para autarquias e fundações públicas<sup>28</sup>.

O regime jurídico único, todavia, foi expurgado pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho 1998, mediante nova redação dada ao art. 39, *caput*, da Constituição, que, em substituição a sua redação originária, passou a assim dispor: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.”

---

<sup>26</sup> Nessa linha é a redação da Orientação Jurisprudencial nº 247 da SBDI-1/TST:  
SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. Inserida em 20.06.2001 (Alterada – Res. nº 143/2007 - DJ 13.11.2007) I - A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade; II - A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais.

<sup>27</sup> DI PIETRO, op. cit, p. 440-441.

<sup>28</sup> MUKAI, *apud* CARVALHO FILHO, op. cit., p. 503.

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135-4 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2008), por maioria, em virtude de indícios de vício de inconstitucionalidade formal, referente a erro no procedimento de tramitação da indigitada emenda, deferiu medida cautelar para suspender a eficácia do art. 39, *caput*, da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, com efeitos *ex nunc*, subsistindo, até o julgamento definitivo da ação, a validade dos atos anteriormente praticados com base em legislações eventualmente editadas durante a vigência do dispositivo ora suspenso. Foi, assim, restabelecida a redação originária do dispositivo em questão, com retorno ao regime jurídico único, conquanto em caráter provisório, até entendimento definitivo a ser firmado no julgamento da demanda. No entanto, como os efeitos da suspensão da vigência do preceptivo em causa não foram retroativos (foram *ex nunc*), todas as contratações e demais atos praticados com base na legislação editada até a decisão cautelar permanecem válidos.

### **3 SANÇÕES DISCIPLINARES APLICÁVEIS**

Aos agentes públicos regidos pela Lei nº 8.112, de 1990, a depender da natureza e da gravidade da infração cometida (conforme graduação expressamente prevista na mesma lei), são aplicáveis as seguintes sanções disciplinares: advertência; suspensão; demissão; cassação de aposentadoria ou disponibilidade; destituição de cargo em comissão; e destituição de função comissionada.

O elenco de infrações funcionais e as balizas para a aplicação das respectivas sanções disciplinares aos agentes estatutários estão fixados na própria Lei nº 8.112, de 1990. Em seus arts. 116 e 117, consta o rol de deveres e proibições. Por sua vez, nos arts. 128 a 130 e 132 são estabelecidos os parâmetros para a aplicação das sanções.

No tocante às relações celetistas, em matéria disciplinar, o rol de sanções aplicáveis é mais reduzido. Além da dispensa por justa causa prevista em seu art. 482, a CLT somente faz referência expressa a outra sanção: a suspensão. Sobre ela, apenas dispõe em seu art. 474 que se for superior a trinta dias “importa na rescisão injusta do contrato de trabalho”. Com efeito, ressalvada a dispensa por justa causa prevista em dispositivo próprio, o preceptivo em causa impõe como limite a ser observado na aplicação de sanções

pelo empregador a suspensão de 30 (trinta) dias, do que se infere que podem ser aplicadas suspensões por lapso inferior ou advertência<sup>29</sup>.

Quanto ao elenco de infrações e às balizas para aplicação das sanções trabalhistas, a CLT pouco disciplina, listando apenas os comportamentos do empregado que autorizam a sua dispensa por justa causa (art. 482). Noutro falar, a CLT nada menciona acerca das condutas que autorizam a aplicação de sanções trabalhistas mais brandas, cabendo, nessa seara, aos regulamentos das empresas estabelecer o conjunto de deveres e proibições a ser observado pelos empregados, nos limites juridicamente permitidos. A respeito, esclarece Luiz José de Mesquita<sup>30</sup>, valendo-se dos ensinamentos de Paolo Greco e Giorgio Ardau:

Tendo em vista a variedade e particularidade que assumem as faltas disciplinares, a liberdade própria do direito disciplinar na aplicação da pena segundo as circunstâncias de que se revestem as faltas, e considerando-se ainda que muito amplo é o conceito de obrigações disciplinares, pois vão até o ponto de atingir todos os deveres sociais de colaboração do empregado para com os fins da emprêsa, não poderíamos discriminá-las todas as faltas disciplinares possíveis, pelo que devemos fixar, apenas, um conceito geral, que as abranja todas, como fizemos acima, não deixando, naturalmente, de especificar, no regulamento interno da emprêsa, as transgressões mais comuns.

Em relação às condutas puníveis com dispensa por justa causa na esfera trabalhista, se cotejadas com as hipóteses de demissão do servidor estatutário, observa-se que os comportamentos que autorizam a dispensa por justa causa na seara trabalhista são bastante assemelhados às condutas que caracterizam infração funcional do servidor estatutário punível com penalidade administrativa máxima (demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão ou função comissionada).

Cumpre sublinhar que, na seara trabalhista, o poder disciplinar do empregador é uma faculdade jurídica, é um direito potestativo que, segundo Maria Antônia Castro Argüelles<sup>31</sup>, tem conteúdo discricionário,

<sup>29</sup> Acentua Délia Maranhão (MARANHÃO, Délia; SÜSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA, Lima; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho* – v. I. 22.ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 248) que “a multa contratual e a transferência punitiva não são admitidas [...]. Excepcionalmente, o atleta profissional pode ser apenado com multa”.

<sup>30</sup> MESQUITA, José Luiz de. *Direito disciplinar do trabalho*. São Paulo: LTR, 1991. p. 142.

<sup>31</sup> Apud COUTINHO, Aldacy Rachid. *O poder punitivo trabalhista*. São Paulo: Ltr, 1999. p. 93.

à medida que revela uma prerrogativa assegurada, unilateralmente, a um dos sujeitos para influir na relação jurídica, como manifestação livre de vontade, sujeitando à outra parte da relação os seus efeitos.

Nas entidades de direito privado integrantes da Administração Pública, essa discricionariedade não é tão ampla, tendo em vista o princípio da impessoalidade que rege a Administração Pública e a indisponibilidade do interesse público que deve nortear a conduta do gestor público.

Por fim, no tocante aos servidores celetistas da Administração federal direta, autárquica e fundacional, a Lei nº 9.962, de 2000, estatui que as hipóteses de justa causa da CLT implicam na terminação do contrato de trabalho por ato unilateral da Administração. Idêntica previsão há na Lei nº 11.350, de 2006, aplicável especificamente aos agentes comunitários de saúde e de combate às endemias<sup>32</sup>. Assim, como se observa, a vinculação da autoridade pública subordinante à lei não autoriza, de igual maneira do já citado no parágrafo anterior, a mesma discricionariedade existente no âmbito das empresas do setor privado, sendo imposição legal a apuração das irregularidades ocorridas e das sanções trabalhistas eventualmente cabíveis e admitidas na legislação de regência.

De igual modo, por força das disposições celetistas, também são as mesmas hipóteses de dispensa por justa causa nas empresas públicas e sociedades de economia mista, cujos empregados, como já visto, também podem ter exercício na Administração Direta da União e em suas autarquias e fundações de direito público, na condição de cedidos, normalmente por meio de convênio celebrado entre o órgão ou ente cessionário e a entidade cedente.

Não obstante, vale ressaltar que algumas observações adicionais são importantes em relação à justa causa celetista.

No âmbito trabalhista, a justa causa que autoriza a rescisão unilateral do contrato sem ônus para o denunciante fica configurada nas situações previstas nos arts. 482 e 483 da CLT. Nas palavras de Wagner Giglio, a justa causa “se constitui essencialmente, portanto, pela prática de uma infração. Nem toda infração ou ato faltoso, entretanto, configura

---

<sup>32</sup> À vista da normatização própria, observa-se que as infrações disciplinares previstas na Lei nº 8.112, de 1990, não são extensíveis aos empregados públicos.

justa causa para a rescisão, pois é necessário que esse ato se revista de gravidade [...]”<sup>33</sup>.

Como se percebe, a falta grave que autoriza o rompimento contratual pode advir tanto do empregado como do empregador. É que, no regime da CLT, é possível a justa causa inversa, ou seja, o rompimento motivado pelo empregado, de forma unilateral, com direito às mesmas parcelas a que faria jus se houvesse sido imotivadamente dispensado. Se ao contrato de trabalho, por sua natureza contratual, é aplicável o princípio *pacta sunt servanda*, a inobservância das normas contratuais é motivo para a invocação do descumprimento contratual para motivar a terminação do contrato por ato unilateral de qualquer das partes, e não só do empregador.

Se há situações que ensejam a dispensa sem justa causa do empregado pelo empregador (art. 482 da CLT<sup>34</sup>), há, por outro lado, outras situações legalmente previstas que autorizam a rescisão do

<sup>33</sup> GIGLIO, Wagner. *Justa causa*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 12. Ressalta, ainda, o ilustre juslaborista que, na prática forense, justa causa e falta grave são utilizadas indiscriminadamente como expressões sinônimas, sendo que alguns autores chegam a negar qualquer distinção válida entre elas. Salienta, porém, que há distinção legal que impõe a diferenciação entre elas: a falta grave é a justa causa que, por sua natureza ou repetição, autoriza a dispensa do empregado estável, conforme art. 493 da CLT” (GIGLIO, op. cit., p. 12-13). Não obstante a exposição do renomado autor, neste trabalho serão utilizadas indiscriminadamente as expressões “justa causa” e “falta grave” para indicar as hipóteses que permitem a dispensa unilateral do empregado por ato faltoso, pois só é possível admitir que medida que justifique tal consequência gravosa ao trabalhador só pode ser em razão de ato dotado de gravidade relevante. Ademais, trata-se de expressões já consagradas na prática forense e no cotidiano das relações laborais.

<sup>34</sup> Art. 482 – Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
  - b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
  - c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
  - d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
  - e) desídia no desempenho das respectivas funções;
  - f) embriaguez habitual ou em serviço;
  - g) violação de segredo da empresa;
  - h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
  - i) abandono de emprego;
  - j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
  - k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
  - l) prática constante de jogos de azar.
- Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional.

contrato pelo empregado, listadas no art. 483 da CLT, como nas situações de agressão física ou ofensa moral pelo empregador, exposição do empregado a perigo de mal considerável, atribuição de trabalho superior às forças do trabalhador ou descumprimento das obrigações contratuais pelo empregador.

Nessas situações que caracterizam a justa causa do empregador, como assinala Wagner Giglio<sup>35</sup>, o empregado pode optar, diante do descumprimento contratual ou legal pelo empregador, por exigir o cumprimento da obrigação, para manter o emprego, renunciando à faculdade de denunciar o contrato. É o que se acompanha com frequência nas ações judiciais promovidas por empregados públicos em face das entidades empregadoras.

Por fim, impende destacar a terminação contratual por culpa recíproca, aplicável nas relações celetistas, mas sem correspondente na relação funcional estatutária. Dispõe o art. 484 da CLT que, “havendo culpa recíproca no ato que determinou a rescisão do contrato de trabalho, o tribunal de trabalho reduzirá a indenização à que seria devida em caso de culpa exclusiva do empregador, por metade”.

#### **4 APURAÇÃO DE IRREGULARIDADES PRATICADAS POR SERVIDORES CELETISTAS NO ÂMBITO DOS ENTES FEDERAIS DE DIREITO PÚBLICO**

À luz do entendimento consolidado no âmbito do TST e adotado, de um modo geral, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, o servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional, como visto alhures, é portador da estabilidade prevista no art. 41 da Constituição da República. E nesse sentido também é a já mencionada redação do art. 3º da Lei nº 9.962, de 2000, que elenca dentre as hipóteses que acarretam a perda do emprego público as faltas graves previstas no art. 482 da CLT e nos casos previstos na Constituição da República (e repetidos no art. 3º da Lei nº 9.962, de 2000), quais sejam, acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas, necessidade de redução de quadro de pessoal, por excesso de despesa, e insuficiência de desempenho apurada em avaliação periódica.

À luz do art. 41, incisos I a III, da Constituição da República, e em vista da Lei nº 9.962, de 2000, apenas pode ser dispensado pelas

---

<sup>35</sup> GIGLIO, op. cit., p. 369.

formas a seguir elencadas: (i) mediante sentença judicial transitada em julgado (art. 41, inciso I); (ii) por meio de processo administrativo em que lhe seja assegurado ampla defesa (art. 41, inciso II)<sup>36</sup>; (iii) mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa (art. 41, inciso III); (iv) em virtude de necessidade de redução de quadro de pessoal, por excesso de despesa, nos termos da lei complementar a que se refere o art. 169 da Constituição da República.

Na instância administrativa, para a dispensa de empregado público em virtude de falta grave prevista no art. 482 da CLT e por acumulação ilegal de cargos, é necessário processo administrativo, no qual as supostas irregularidades atribuídas ao empregado serão apuradas e, por imperativo constitucional, a ele serão assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Nessa linha, é oportuno trazer à liça, a título ilustrativo, os seguintes julgados:

**ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA, AUTÁRQUICA E FUNDACIONAL.EMPREGADO CELETISTA.ESTABILIDADE - NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA MESMO DURANTE O PERÍODO DE ESTÁGIO PROBATÓRIO - OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.**

1. A fundação pública, como entidade integrante da administração pública indireta, deve contratar trabalhadores mediante concurso público, submetendo-se aos ditames constitucionais estampados no art. 37, II, da vigente *Carta Política*, e só pode dispensá-los nas hipóteses elencadas no *texto constitucional*, ainda que o regime jurídico adotado seja o celetista.

2. O trabalhador da administração direta, autárquica ou fundacional, contratado mediante regular certame público, adquire estabilidade no emprego após decorrido o prazo previsto na *Constituição Federal* (art. 41), porém, mesmo durante o período de estágio probatório, sua dispensa deve ser motivada, sendo imprescindível a observância de prévio processo administrativo, no qual seja assegurado ao obreiro

---

<sup>36</sup> Mediante processo administrativo, o empregado público pode ser dispensado em virtude de falta grave prevista no art. 482 da CLT.

o constitucional direito ao contraditório e à ampla defesa. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 24<sup>a</sup> Região, 2004).

**DEMISSÃO IMOTIVADA NA VIGÊNCIA DO ESTÁGIO PROBATÓRIO. SERVIDOR CONCURSADO DE AUTARQUIA MUNICIPAL. REGIME CELETISTA. IMPOSSIBILIDADE.** A Reclamada é autarquia municipal, conforme atestam os autos. E o entendimento que se extraí da decisão recorrida é o de que a estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição Federal alcança os empregados celetistas, admitidos mediante concurso público e, mesmo em estágio probatório, necessária a motivação no ato da dispensa. Efetivamente, esta Corte tem entendimento sumulado de que a estabilidade prevista no artigo 41 da CF alcança os empregados celetistas da administração direta, autárquica ou fundacional (Súmula 390, I). A peculiaridade dos autos está no fato de que os Reclamantes, embora admitidos mediante concurso público e contratados sob o regime da CLT, foram dispensados no curso do estágio probatório. Essa circunstância, entretanto, não induz à conclusão de que é desnecessária a motivação para o ato de dispensa, conforme alega a Reclamada, dentre outros fundamentos, *porque a observância do devido processo administrativo para a apuração de faltas ou insuficiências pode assegurar a impensoalidade do ato de dispensa.* Recurso de Revista conhecido e não provido.” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, 2008).

**RECURSO DE REVISTA. FUNDAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL. SERVIDOR CELETISTA. ESTABILIDADE. REINTEGRAÇÃO. DISPENSA IMOTIVADA.** Dispõe à Súmula 390, I, do TST que: “o servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988”. Ademais, a dispensa do servidor celetista da administração pública direta, autárquica e fundacional, no transcurso do estágio probatório, deve ser realizada por meio da análise de critérios objetivos integrantes da avaliação de desempenho, *ou por meio de regular procedimento administrativo que vise apurar a ocorrência faltas,* não se admitindo a dispensa imotivada. Recurso de Revista conhecido e provido. [g.n.] (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, 2010).

**AGRADO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO PÚBLICO CELETISTA. MUNICÍPIO. CONCURSO PÚBLICO. ESTABILIDADE. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO.**

## APURAÇÃO JUDICIAL DAS FALTAS COMETIDAS. DEFEITO FORMAL SANÁVEL EM JUÍZO.

*Em se tratando de empregado público celetista da Administração Pública Direta, favorecido por estabilidade, é necessária, regra geral, para sua dispensa por justa causa, a apuração por meio de procedimento administrativo próprio* (Súmula 390, I/TST e art. 41, II/CF), ou alternativamente, mediante processo judicial específico (art. 41, § 1º, I, CF). Porém, tendo o Município demonstrado em Juízo, mediante a juntada de provas documentais e testemunhal, as faltas cometidas (art. 482, e, da CLT), não há como se invalidar o ato administrativo da dispensa por estrito defeito procedural, uma vez que sanada a falha em Juízo, por ser o processo judicial mais amplo, no sentido de assegurar plenamente o direito ao contraditório e à ampla defesa (CF, art. 5º, LV). Agravo de instrumento desprovido [g.n.]. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, 2009).

Em face dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da motivação, que regem a Administração Pública, e das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o processo administrativo não é apenas o meio idôneo para a despedida por justa causa de empregados da União, suas autarquias e fundações de direito público, mas também instrumento adequado para apurar e, eventualmente, aplicar outras sanções disciplinares menos graves aos empregados públicos (suspensão e advertência).

Não se trata, porém, do processo administrativo disciplinar previsto na Lei nº 8.112, de 1990, aplicável aos agentes estatutários, mas de processo administrativo que, à míngua de legislação específica, siga os ditames gerais da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Pouco importa o nome que se dê a esse processo (sindicância, procedimento, apuração ou outro similar), o que é necessário é assegurar a participação do investigado nos atos nele praticados, exercendo o contraditório e a ampla defesa, com atenção aos contornos legais fixados.

Não obstante, na ausência de norma específica de regência do processo (tem-se apenas as regras gerais da Lei nº 9.784, de 1999), por analogia, é possível a utilização, no que for cabível, de regras processuais da Lei nº 8.112, de 1990, desde que não cause prejuízo à defesa. A adoção dessas regras (repete-se, caso não haja rito próprio fixado em legislação

específica) não tem o condão de gerar nulidade do processo apuratório, por se tratar de rito, em geral, mais garantista que o previsto de modo geral na Lei nº 9.784, de 1990, sendo, portanto, mais benéfico ao investigado. Nesse ponto, cabe invocar o princípio *pas de nullité sans grief*, segundo o qual não deve ser pronunciada a nulidade de um ato por vício de forma, desde que dela não resulte prejuízo para aquele que a alega<sup>37</sup>.

Quanto aos agentes envolvidos em irregularidades que não têm vínculo direto com a Administração direta, autárquica ou fundacional, mas são empregados de empresas públicas ou sociedades de economia mista cedidos à União e suas autarquias e fundações de direito público, nos termos do art. 193, § 6º<sup>38</sup>, da Lei nº 8.112, de 1990, sem exercício de cargo em comissão ou função comissionada (pois nestes casos aplicam-se as disposições da Lei nº 8.112, de 1990, inclusive as sanções nelas previstas<sup>39</sup>), algumas ponderações devem ser acrescidas.

O Tribunal Superior do Trabalho, por intermédio da Súmula 77, consolidou o seu posicionamento de que “nula é a punição de empregado se não precedida de inquérito ou sindicância internos a que se obrigou a empresa por norma regulamentar”. Assim, para aplicação de penalidade ao empregado das entidades de direito privado da Administração Indireta, é indispensável a instauração do processo fixado em norma de regência desses entes ou mesmo em acordos coletivos de trabalho<sup>40</sup>.

---

37 Nessa esteira, de que a comprovação do prejuízo é requisito para a prolação da nulidade do processo administrativo disciplinar tem sido a linha adotada, de forma pacífica, pelo Superior Tribunal de Justiça, citando-se, a título exemplificativo, os seguintes julgados: STJ, MS 11221 / DF, Rel. Min. Felix Fischer, Terceira Seção, DJ 28.08.2006 p. 213; STJ, MS 10825 / DF, TERCEIRA SEÇÃO, Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ 12.06.2006 p. 434; e STJ, ROMS 7685/PR, Sexta Turma, Ministro Hamilton Carvalho, DJ de 04/08/2003, p. 421. Destaque-se que o processo penal, que é indubitavelmente mais garantista que o processo administrativo, admite expressamente a aplicação do princípio em comento, quando vaticina o CPP, em seu art. 563, que “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”.

38 Art. 93. O servidor poderá ser cedido para ter exercício em outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, ou do Distrito Federal e dos Municípios, nas seguintes hipóteses [..] § 6º As cessões de empregados de empresa pública ou de sociedade de economia mista, que receba recursos de Tesouro Nacional para o custeio total ou parcial da sua folha de pagamento de pessoal, independem das disposições contidas nos incisos I e II e §§ 1º e 2º deste artigo, ficando o exercício do empregado cedido condicionado a autorização específica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, exceto nos casos de ocupação de cargo em comissão ou função gratificada.

39 Vale lembrar que a Lei nº 8.112, de 1990, prevê as penalidades administrativas de destituição de cargo em comissão e destituição de função comissionada.

40 ALVES, Léo da Silva. *Sindicância e processo disciplinar no regime celetista: a forma correta de apurar a responsabilidade de funcionários com vínculo celetista nas empresas públicas e sociedade de economia mista*. *Revista do direito trabalhista*, Brasília, v. 11 , n. 3, mar. 2005. p. 30-32.

A título exemplificativo, calha fazer remissão a dois acordos coletivos firmados por duas empresas públicas e as entidades sindicais representativa dos respectivos empregados que estabelecem garantia de procedimento específico para aplicação de sanções disciplinares. Trata-se dos acordos coletivos de trabalho 2009/2011, firmados pela Federação Nacional dos Trabalhadores de Empresas de processamento de Dados, Serviços de Informática e similares – Fenadados e diversos sindicatos representantes da categoria profissional, com a Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social - Dataprev<sup>41</sup> e o com o Serviço Federal de Processamento de Dados – Serpro<sup>42</sup>.

Mesmo à míngua de previsão em norma interna ou acordo coletivo, o processo apuratório deve ser observado pelos entes de direito privado da Administração Pública antes da aplicação de sanções trabalhistas, pois, além de garantir o exercício do direito de defesa ao empregado, evitam-se conclusões e dispensas equivocadas, com possibilidade de reversão judicial da dispensa, além de melhor esclarecer a real extensão da irregularidade praticada, assegurando o resguardo do interesse público, da impessoalidade e da transparência que devem nortear a atuação estatal, ainda que em suas projeções de direito privado. Assim, trata-se de processo de tramitação necessária na empresa pública ou sociedade de economia mista a que está vinculado o empregado.

---

41 Acordo Coletivo de Trabalho – 2009/2011 firmado entre a Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social - Dataprev, Empresa pública de direito privado, e a Federação Nacional dos Trabalhadores de Empresas de processamento de Dados, Serviços de Informática e similares – Fenadados e diversos sindicatos representantes da categoria profissional (SINDICATO dos Trabalhadores em Processamento de Dados e Empregados de Empresas de Processamento de Dados do Estado de São Paulo). *Acordo Coletivo de Trabalho 2009/2011:* celebrado entre a Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social - Dataprev, Empresa pública de direito privado, e a Federação Nacional dos Trabalhadores de Empresas de processamento de Dados, Serviços de Informática e similares – Fenadados e diversos sindicatos representantes da categoria profissional. Disponível em: <[http://www.sindpd.org.br/conteudo/convcoes/acordo\\_DATAPREV.pdf](http://www.sindpd.org.br/conteudo/convcoes/acordo_DATAPREV.pdf)>, acesso em 15 jul. 2011).

42 Acordo Coletivo de Trabalho 2009/2011, celebrado entre o Serviço Federal de Processamento de Dados – Serpro e a Federação Nacional dos Trabalhadores de Empresas de processamento de Dados, Serviços de Informática e similares – Fenadados e diversos sindicatos representantes da categoria profissional, relativo à data-base de 01.05.2009 e ao período revisado havido entre 01.05.2008 e 30.04.2009, e à data-base de 01.05.2010 e ao período revisado havido entre 01.05.2009 e 30.04.2010, de âmbito nacional (SINDICATO dos Empregados em Empresas de Processamento de Dados, Serviços de Informática e Similares do Estado de Minas Gerais. *Acordo Coletivo de Trabalho 2009/2011:* celebrado entre o Serviço Federal de Processamento de Dados – Serpro e a Federação Nacional dos Trabalhadores de Empresas de processamento de Dados, Serviços de Informática e similares – Fenadados e diversos sindicatos representantes da categoria profissional. Disponível em: <[www.sindados-mg.org.br/file/ACT\\_2009\\_2011\\_serpro.pdf](http://www.sindados-mg.org.br/file/ACT_2009_2011_serpro.pdf)>. Acesso em: 15 jul. 1979).

No âmbito da União, suas autarquias e fundações de direito público, havendo notícias de possíveis irregularidades no âmbito da Administração Pública, nos termos do art. 143 da Lei nº 8.112, de 1990, é necessária a instauração de sindicância ou processo administrativo disciplinar para a devida apuração.

O processo administrativo disciplinar, consoante o art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990, “é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido”. É o meio que o Estado deve seguir para exercer o seu direito de punir, observando um rito e princípios jurídicos, assegurando as garantias do contraditório e da ampla defesa e de que os servidores não poderão ser punidos senão mediante o devido processo legal<sup>43</sup>.

Considerando a consequência dele advinda em caso de confirmação da irregularidade investigada (aplicação de uma das sanções previstas na Lei nº 8.112, de 1990), como regra não é um instrumento adequado para apurar ilícito administrativo praticado por empregado público, pois as sanções trabalhistas não se confundem com as previstas na Lei nº 8.112, de 1990. Noutro falar, se as penalidades administrativas previstas no Estatuto dos Servidores não podem ser aplicadas ao empregado público, diminui-se de modo significativo a utilidade da instauração de processo administrativo disciplinar.

Se o agente envolvido for empregado da União ou suas autarquias ou fundações de direito público, para aplicação de sanção trabalhista será necessário prévio processo, em que seja assegurado o contraditório e a ampla defesa, seguindo-se os parâmetros da Lei nº 9.784, de 1999, aplicável aos processos em trâmite na Administração Pública Federal.

Tratando-se de irregularidade praticada por empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista cedido ou que preste serviço a órgão ou entidade de direito público, como já visto, o processo disciplinar deverá tramitar no âmbito da respectiva entidade empregadora, na forma prevista em lei específica, norma interna ou acordo coletivo de trabalho.

<sup>43</sup> CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. *Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: À luz da jurisprudência dos tribunais e da Casuística da Administração Pública*. Brasília: Fortium, 2008. p. 104.

Não obstante, justifica-se a apuração em processo disciplinar nos moldes da Lei nº 8.112, de 1990, de ilícito administrativo praticado por empregado público quando realizado em coautoria com servidor estatutário ou se tiver conexão com irregularidade cometida por servidor estatutário. É que em tais situações a apuração poderá ser prejudicada caso a esfera de atuação do empregado envolvido não seja investigada no mesmo processo. Nessas hipóteses, deve-se assegurar a participação do empregado na instrução probatória, exercendo as garantias concernentes ao direito de defesa.

À vista dessa peculiar realidade, impende enfatizar o Código de Processo Penal, que não raro tem servido de fonte subsidiária do legalmente pouco desenvolvido processo administrativo disciplinar, que vaticina, em seu art. 79, *caput*, que “a Conexão e a continência importarão unidade de processo e julgamento [...]”.

Cumpre esclarecer, nesse ponto, que, embora as conclusões da Comissão de Processo Administrativo Disciplinar, após apreciação e confirmação pela autoridade julgadora, possam ter como efeito a aplicação de sanção disciplinar em face de servidores estatutários (art. 168 da Lei nº 8.112, de 1990), o mesmo não pode acontecer em relação aos celetistas cedidos à Administração, pois demandaria processo próprio posterior, com utilização de eventuais provas coletadas no processo administrativo disciplinar antecedente, a título de prova emprestada.

Insta, porém, frisar que no tangente a fatos envolvendo empregados públicos, especialmente os cedidos a órgãos ou a entidades de direito público, mais simples e menos suscetível de questionamentos de ordem legal é a apuração por meio de sindicância investigativa, dotada de formalismo mais moderado e rito mais simplificado. Ademais, trata-se de procedimento que não é conclusivo quanto à aplicação de penalidade, deixando, portanto, a atuação na seara punitiva a cargo da entidade a que o empregado cedido está vinculado (quando concernente a empregado de ente de direito privado da Administração Pública) ou a cargo da própria entidade de direito público, em processo disciplinar próprio, a ulterior aplicação de sanção trabalhista (quando envolvendo empregado da Administração direta, autárquica ou fundacional).

Em relação à sindicância, é importante fazer algumas considerações mais detalhadas. Inicialmente, é preciso sublinhar que, conforme art. 143 da Lei nº 8.112, de 1990, a sindicância é um instrumento de apuração de

“irregularidade no serviço público”, que não significa necessariamente infração praticada por servidor estatutário<sup>44</sup>. A identidade do responsável pode só ser descoberta com a apuração, e pode justamente apontar para agente celetista.

Na Lei nº 8.112, de 1990, o termo “sindicância” é comumente utilizado para designar o procedimento precedente à instauração do processo disciplinar. É a denominada “sindicância investigativa”, de cunho inquisitorial, com previsão no art. 145, inciso III, da norma estatutária<sup>45</sup>.

Há também outra modalidade de sindicância prevista na Lei nº 8.112, de 1990, que é a sindicância autônoma (ou contraditória)<sup>46</sup>, na qual a ampla defesa e o contraditório devem ser assegurados, tendo em vista que dela pode resultar a aplicação das penalidades de advertência ou suspensão até trinta dias, consoante o disposto no art. 145, II, do precitado diploma legal.

A propósito, é oportuno destacar as palavras de José Armando da Costa<sup>47</sup>:

A sindicância autônoma é aquela que, sendo instaurada à vista de uma acusação formal contra determinado servidor, ou determinados servidores, é regida pelo contraditório desde o seu nascêdouro, assegura, em todos os seus momentos, ampla defesa aos imputados e, por fim, serve de lastro à edição do correspondente ato punitivo, conquanto que a punição seja de advertência ou de suspensão até 30 (trinta) dias.

---

<sup>44</sup> A irregularidade pode sequer ter indício de autoria ou mesmo ser uma falha institucional, não atribuível a determinado(s) agente(s). Nem por isso a Administração pode se escusar de apurar.

<sup>45</sup> “Art. 145. Da sindicância poderá resultar:

I - arquivamento do processo;

II - aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias;

III - instauração de processo disciplinar.

Parágrafo único. O prazo para conclusão da sindicância não excederá 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por igual período, a critério da autoridade superior”.

<sup>46</sup> Não obstante sua denominação, trata-se de um processo disciplinar (porque assegurado o contraditório e a ampla defesa) com um rito mais simplificado, em vista da natureza mais branda das penalidades que por meio dela podem ser aplicadas.

<sup>47</sup> COSTA, José Armando da. *Teoria e prática do processo administrativo disciplinar*. 5.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 332.

Conquanto a Lei nº 8.112, de 1990, tenha instituído esses dois mencionados instrumentos apuratórios sob a denominação de “sindicância”, a sindicância autônoma é uma espécie de processo administrativo disciplinar, de rito mais simplificado, mas que igualmente deve assegurar ao servidor investigado o contraditório e a ampla defesa. Assim, vale para esse instrumento apuratório o que já foi dito em relação ao processo administrativo disciplinar.

Por sua vez, no tocante à sindicância investigativa, impõe-se observar que, ultrapassando os lindes da esfera disciplinar *stricto sensu*, esse termo tem uma significação mais ampla, ou seja, é meio de apuração de fato anômalo ocorrido na Administração Pública, ainda que dela não resulte penalidade prevista na norma estatutária nem instauração de processo disciplinar.

Em outras palavras, diversamente do que uma leitura açodada do art. 145 da Lei nº 8.112, de 1990, poderia levar a crer, o resultado de uma sindicância investigativa nem sempre será o arquivamento ou a instauração de processo disciplinar. A título ilustrativo, da sindicância podem resultar sugestões de melhorias no serviço público (comuns nos casos de falha institucional, de responsabilidade difusa, não atribuível a um servidor em especial), encaminhamento dos autos a outros órgãos (Polícia, Ministério Público, Tribunal de Contas etc.) para providências incluídas em sua esfera de competência, instauração de procedimento de reposição ao Erário, dentre outras medidas cabíveis.

Essa modalidade de sindicância, de natureza meramente investigativa, pode ser de grande valia para apuração de irregularidades envolvendo empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista que estejam cedidos ou prestando serviços a órgão ou entidade de direito público federal. É que, por não ter como resultado potencial a aplicação de sanção, e por visar apenas à elucidação dos fatos e à identificação das providências a serem tomadas pela Administração, esse é um instrumento eficaz para evitar conclusões precipitadas acerca de fatos não suficientemente apurados e que, ao mesmo tempo, não adentra no exercício do poder sancionador que, no caso, pertence apenas às entidades empregadoras.

Ademais, a apuração por meio de sindicância assegura ao órgão ou ente de direito público a averiguação da extensão do dano ao serviço público provocado pelo empregado infrator, a identificação de fragilidades institucionais que propiciam a ocorrência de irregularidades

e as providências necessárias para a responsabilização civil e criminal do agente, neste último caso mediante remessa dos dados coletados ao Ministério Público. Por isso, para as situações mais graves, apenas a mera remessa da notícia de irregularidade ao empregador pode não ser a via suficiente para o adequado resguardo da Administração.

Uma apuração bem conduzida no âmbito do próprio órgão ou entidade onde ocorreu a ilicitude, além de se beneficiar com a relação de imediatidate entre a apuração e os fatos investigados, encontra maior facilidade para acesso a dependências, coleta de provas, investigação em sistemas informatizados e acesso a dados sensíveis e sigilosos a que incumbe, por lei, ao próprio órgão ou entidade guarnecer. Ao final, o resultado e as provas coletadas serão enviados à entidade de origem do empregado, para as apurações necessárias em sua esfera de atuação, ou, caso já tenha sido instaurado processo disciplinar na entidade de origem do servidor, para adunar as novas provas coletadas.

Já para os casos menos graves, de menor relevância para a esfera moral e patrimonial da Administração, e que não apontem para grandes fragilidades institucionais a serem guarnecedas, esvazia-se o interesse público a justificar a apuração da irregularidade, com todos os custos que lhes são inerentes, no âmbito do próprio órgão ou ente de direito público. Ora, como já dito, eventual apuração desse jaez não excluiria a necessidade de novo processo na empresa pública ou sociedade de economia mista de origem do empregado infrator cedido ao órgão ou ente de direito público, sendo, portanto, desprovida de propósito a apuração também na entidade cessionária.

Assim, nessas situações de menor relevância, o caminho mais adequado é a mera remessa da notícia de irregularidade e eventuais elementos probatórios que a acompanhem para a entidade de origem do empregado, a fim de que seja apurada nos moldes previstos em suas normas de regência e em eventuais acordos coletivos<sup>48</sup>, ou, na falta de regras próprias, com base na Lei nº 9.784, de 1999, aplicável no âmbito da Administração Federal direta e indireta<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Com atenção especial aos já aludidos princípios da norma mais favorável e da condição mais benéfica, de aplicação cediça na seara trabalhista.

<sup>49</sup> Conquanto vigore na área trabalhista os princípios da norma mais favorável, há registro de entendimento jurisprudencial sobre a necessidade de submissão das normas internas de empresa pública federal aos parâmetros da Lei nº 9.784, de 1999. Destaque-se, a propósito, o seguinte julgado: “EMPRESA PÚBLICA - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - SUBMISSÃO À LEI N° 9.784/1999 - PREJUÍZO AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA - NULIDADE. A Lei nº 9.784/1999, que

## 5 CONCLUSÃO

A partir de tudo quanto foi exposto, é forçoso concluir que para aplicar sanção trabalhista por falta cometida por empregado público em exercício perante entes federais de direito público é necessária a apuração formal da irregularidade praticada.

Se o agente envolvido for empregado da União ou de suas autarquias ou fundações de direito público, para aplicação de sanção trabalhista será necessário prévio processo, em que seja assegurado o contraditório e a ampla defesa, seguindo-se os parâmetros da Lei nº 9.784, de 1999, que rege aos processos em trâmite na Administração Pública Federal.

Quando os agentes envolvidos em irregularidades não têm vínculo direto com a Administração direta, autárquica ou fundacional, mas são empregados de empresas públicas ou sociedades de economia mista cedidos à União e suas autarquias e fundações de direito público, nos termos do art. 193, § 6º, da Lei nº 8.112, de 1990, sem exercício de cargo em comissão ou função comissionada (pois nestes casos aplicam-se as disposições da Lei nº 8.112, de 1990, inclusive as sanções nelas previstas), é indispensável a instauração do processo fixado em norma de regência desses entes ou em acordos coletivos de trabalho. Esse processo deverá tramitar no âmbito da respectiva entidade empregadora, na forma prevista em lei específica, norma interna ou acordo coletivo de trabalho ou mesmo, na falta de regras próprias, com base na Lei nº 9.784, de 1999, aplicável no âmbito da Administração Federal direta e indireta.

Não obstante, para as irregularidades mais graves cometidas por empregados, com afronta relevante às esferas patrimonial e/ou moral da Administração, o ente de direito público não deve ficar inerte, mas apurar a ilicitude ocorrida (e não apenas aguardar a apuração pela entidade empregadora), a fim de averiguar a extensão do dano ao serviço público provocado pelo empregado

---

trata do processo administrativo no âmbito federal, possui natureza regulamentar de caráter geral, servindo de parâmetro obrigatório para todos os órgãos e entidades da administração direta e indireta. Os regulamentos internos para apuração de ilícitos deverão guardar consonância com a sobredita norma, sendo passível de nulidade o procedimento disciplinar que não assegurar aos acusados o direito ao contraditório e à ampla defesa, mormente no que diz respeito à prévia ciência de diliggência probatória, cuja omissão resultou na impossibilidade do seu acompanhamento por parte da defesa. Recurso conhecido e improvido".(Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, *Recurso Ordinário no Processo n. 0262600-21.2003.5.07.0011*, Primeira Turma. Relator: Manoel Arízio Eduardo de Castro. Julg. 13 out. 2008. Pub. DOJTe 7ª Região de 11 nov. 2008).

infrator, identificar as fragilidades institucionais que propiciaram a ocorrência da irregularidade e adotar as providências necessárias para a responsabilização civil e criminal do agente, neste último caso mediante remessa dos dados coletados ao Ministério Público. Para esse escopo, a providência apuratória adequada é a sindicância investigativa, dotada de formalismo moderado e rito simplificado, que não é conclusivo quanto à aplicação de penalidade, deixando, portanto, a atuação na seara punitiva a cargo da entidade a que o empregado cedido está vinculado (quando concernente a empregado de ente de direito privado da Administração Pública) ou a cargo da própria entidade de direito público (quando envolvendo empregado da Administração direta, autárquica ou fundacional), em processo próprio, no qual eventualmente haverá ulterior aplicação de sanção trabalhista.

Já para os casos menos graves, de menor relevância para a esfera moral e patrimonial e que não apontem para grandes fragilidades institucionais a serem guarnecididas, a medida cabível é a mera remessa da notícia de ilicitude e eventuais elementos probatórios que a acompanhem para a entidade de origem do empregado, a fim de que seja apurada nos moldes previstos em suas normas de regência e em eventuais acordos coletivos.

Por fim, como medida excepcional, justifica-se a apuração em processo disciplinar, nos moldes da Lei nº 8.112, de 1990, de ilícito administrativo praticado por empregado público quando realizado em co-autoria com servidor estatutário ou se tiver conexão com irregularidade cometida por servidor estatutário. É que em tais casos a apuração poderá ser prejudicada caso a esfera de atuação do empregado envolvido não seja investigada no mesmo processo. Outrossim, o Código de Processo Penal, que não raro tem servido de fonte subsidiária do científica e legalmente pouco desenvolvido processo administrativo disciplinar, vaticina, em seu art. 79, que a conexão e a continência importam unidade de processo. Ao final desse processo, todavia, diversamente do que pode ocorrer em relação aos servidores estatutários (art. 168 da Lei nº 8.112, de 1990), não poderá ser aplicada sanção ao agente celetista falso. A aplicação de sanção trabalhista demandará processo próprio no âmbito da entidade a que o empregado está vinculado, no qual poderão ser utilizadas as eventuais provas coletadas no processo administrativo disciplinar antecedente, a título de prova emprestada.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, Léo da Silva. Sindicância e processo disciplinar no regime celetista: a forma correta de apurar a responsabilidade de funcionários com vínculo celetista nas empresas públicas e sociedade de economia mista. *Revista do direito trabalhista*, Brasília, v. 11 , n. 3, mar. 2005. p. 30-32.
- BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Boletim Estatístico de Pessoal / Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão*. Secretaria de Recursos Humanos, vol.1, n.1, maio 1996. Brasília: MP, 2008. Mensal. Descrição baseada no vol.17 n.181, maio 2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança n. 10825 / DF*. Terceira Seção. Relator: Arnaldo Esteves Lima, Pub. DJ de 12 jun. 2006. p. 434.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança n. 11221 / DF*. Relator: Felix Fischer, Terceira Seção, Pub. DJ de 28 ago. 2006. p. 213;
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 7685/PR*. Sexta Turma, Relator: Hamilton Carvalhido, Pub. DJ de 04 ago. 2003. p. 421.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2135 MC/DF*. Relatora: Ellen Gracie, DJe-041 pub. 07 mar. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2135%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+2135%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 12 jun. 2011.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 7<sup>a</sup> Região. *Recurso Ordinário no Processo n. 0262600-21.2003.5.07.0011* (262600/2003-011-07-00-3). Primeira Turma. Relator: Manoel Arízio Eduardo de Castro. Julg. 13 out. 2008. Pub. DOJTe 7<sup>a</sup> Região de 11 nov. 2008.
- BRASIL.Tribunal Regional do Trabalho da 24<sup>a</sup> Região. *Recurso Ordinário no Processo n. 1841/2003-003-24-00-3*. Relator Juiz Amaury Rodrigues Pinto Junior. Pub. DO-MS n.6318, 31 ago.2004
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento no Recurso de Revista n. 2114 2114/2001-315-02-40.0*. Relator: Mauricio Godinho Delgado. Sexta Turma. Pub. DJ de 27 nov. 2009.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 898/2003-040-15-004*. Rel. Ministro José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, Segunda Turma, Pub. DJ de 27 jun. 2008.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 87000-48.2004.5.02.0024*. Rel. Ministra Maria de Assis Calsing. Quarta Turma. Pub. DEJT de 07 mai. 2010.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 24<sup>a</sup> Região. *Ementário de jurisprudência*. Campo Grande, MS: TRT da 24<sup>a</sup> Região, n. 1, 1994 – Quadrimestral n.3, jul./dez. 2004.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 7<sup>a</sup> Região. *Diário Oficial da Justiça do Trabalho da 7<sup>a</sup> Região Eletrônico*. ANO XIII. Nº 210. Fortaleza-CE , 11 nov. 2008.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Livro de Súmulas, Orientações Jurisprudenciais- SBDI-1, SBDI-2 e SDC - e Precedentes Normativos*. Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro\\_Jurisprud/livro\\_html\\_atual.html#SBDI-1](http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html#SBDI-1)>. Acesso em: 9 jul. 2011.

CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. *Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: À luz da jurisprudência dos tribunais e da Casuística da Administração Pública*. Brasília: Fortium, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COSTA, José Armando da. *Teoria e prática do processo administrativo disciplinar*. 5.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

COUTINHO, Aldacy Rachid. *O poder punitivo trabalhista*. São Paulo: Ltr, 1999.

COUTINHO, Ana Luísa Celino. Há estabilidade do empregado público? *Revista da ESMSE*, Sergipe, n. 2, 2002. p. 105-111.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. *Regime disciplinar do servidor público civil da União*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GIGLIO, Wagner. *Justa causa*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MARANHÃO, Délia; SÜSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA, Lima; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. v. I. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MESQUITA, José Luiz de. *Direito disciplinar do trabalho*. São Paulo: LTR, 1991.

PINTO E NETTO, Luísa Cristina. *A contratualização da função pública*. Del Rey, 2005.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1993.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

SINDICATO dos Trabalhadores em Processamento de Dados e Empregados de Empresas de Processamento de Dados do Estado de São Paulo. *Acordo Coletivo de Trabalho 2009/2011*: celebrado entre a Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social - Dataprev, Empresa pública de direito privado, e a Federação Nacional dos Trabalhadores de Empresas de processamento de Dados, Serviços de Informática e similares – Fenadados e diversos sindicatos representantes da categoria profissional. Disponível em: <[http://www.sindpd.org.br/conteudo/convocaes/acordo\\_DATAPREV.pdf](http://www.sindpd.org.br/conteudo/convocaes/acordo_DATAPREV.pdf)>, acesso em: 15 jul. 2011.

SINDICATO dos Empregados em Empresas de Processamento de Dados, Serviços de Informática e Similares do Estado de Minas Gerais. *Acordo Coletivo de Trabalho 2009/2011*: celebrado entre o Serviço Federal de Processamento de Dados – Serpro e a Federação Nacional dos Trabalhadores de Empresas de processamento de Dados, Serviços de Informática e similares – Fenadados e diversos sindicatos representantes da categoria profissional. Disponível em: <[www.sindados-mg.org.br/file/ACT\\_2009\\_2011\\_serpro.pdf](http://www.sindados-mg.org.br/file/ACT_2009_2011_serpro.pdf)>. Acesso em: 15 jul. 1979.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEIXEIRA, Marcos Salles. *Anotações sobre processo administrativo disciplinar*. Disponível em: <[http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ApostilaTextoCGU.htm#\\_Toc269738986](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ApostilaTextoCGU.htm#_Toc269738986)>. Acesso em: 7 set. 2010.



# **O CONCEITO INDETERMINADO DE PROGNOSE E A LEI 12.401/2011**

***THE CONCEPT UNDETERMINED FORECASTING AND  
LAW 12.401/2011***

*Flávia Martins Affonso  
Advogada da União*

SUMÁRIO: 1 Conceito de Fatos e Prognoses Legislativos e o Conceito Indeterminado de Prognose; 2 Limites dos Poderes e a Atuação do Judiciário; 3 O Controle Judiciário do Conceito Indeterminado de Prognose no Âmbito do Direito Sanitário - Lei nº 12.401/2011; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O artigo, aos cuidar dos limites dos poderes que se encontra investido o Tribunal para, quando da análise do controle de constitucionalidade, rever os fatos e prognoses legislativos, abordará especificamente o conceito indeterminado de prognose, consistente no fato de o legislador propositadamente deixar ao espaço do administrador os cuidados de preenchê-la, dando especial ênfase ao direito sanitário e à Lei nº 12.401/2011, que veio alterar a Lei nº 8.080/90, que juntamente com a Lei nº 8.142/90, vem ser conhecida como Lei Orgânica da Saúde.

**PALAVRAS-CHAVES:** Controle de Constitucionalidade. Fatos e Prognoses Legislativos. Conceito Indeterminado de Prognose. Direito Sanitário. Lei n. 12.401/2011.

**ABSTRACT:** This paper aims to address what are the limits of the powers that the Court is invested for when analyzing the facts and prognoses, by constitutionality control, specifically the concept of indeterminate prognosis, when the legislature purposely leaves space to the administrator care to fill it, with special emphasis on health law and the law 12.401/2011, which amends Law no. 8.080/90, which together with Law no. 8.142/90, comes to be known as the Organic Law of Health

**KEYWORDS:** Control of Constitutionality. Legislative Facts and Prognoses. Concept Undetermined Prognosis. Health Law. Law 12.401/2011.

## 1 CONCEITO DE FATOS E PROGNOSES LEGISLATIVOS E O CONCEITO INDETERMINADO DE PROGNOSE

Ao elaborarem normas legislativas, os legisladores levam em consideração os fatos legislativos e prognoses realizadas.

Apesar de o conceito de fato legislativo não ser muito preciso, certo ser mais amplo do que o de mera questão de fato, representando todo e qualquer “fato real” (*realer sachverhalt*) que tenha relevo para a aplicação de uma norma, incluindo documentos apresentados no processo legislativo, estudos, e o próprio processo legislativo.

Por sua vez, a palavra prognose está ligada a prognóstico, que vem significar, em sua etimologia, vinda do latim, *pro* (antecipado, prévio) e *gnosticu* (alusão ao conhecimento de alguma coisa).

Prognose, nesse sentido, seria uma antecipação de um conjunto de circunstâncias de fato que, conforme iter normal dos acontecimentos, e tomando dados atuais da realidade, iriam se confirmar, mostrando de relevância a sua regulação pelo legislador.

Não sem existência de críticas, os Tribunais constitucionais vêm realizando, para fins de controle de constitucionalidade da norma, a análise se os fatos e prognoses legislativos têm sido corretamente considerados pelo Legislativo.

A discussão em torno dos fatos e prognoses legislativos perpassa necessariamente pelos limites dos poderes que se encontra investido o Tribunal para revê-los, quando da análise do controle de constitucionalidade da norma. Assim, a hipótese que merece ser levantada seria qual a legitimidade, dentro da divisão dos poderes, teria o Tribunal para afirmar que a prognose do legislador, também baseada em estudos, estaria errada, enquanto a sua correta.

Antônio Francisco de Sousa, jurista português, em sua obra “Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo”<sup>1</sup>, procura sistematizar o juízo prognóstico da seguinte forma, estabelecendo que a prognose seria composta por três fases ou momentos distintos: a base, o método e o resultado. Como parte integrante da base, apareceriam

---

<sup>1</sup> SOUSA. Antônio Francisco de. *Conceitos indeterminados no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994. p. 125 *et seq.*

os fatos, dados, variantes ocasionais, princípios de experiência e níveis de probabilidade. O método, por seu turno, seria composto pelos procedimentos de prognose, pelos métodos prescritos e pelos processos de natureza científica, dos quais fariam parte a plausibilidade e a racionalidade. Por último, o resultado da prognose encerraria um juízo futuro *stricto sensu*, que teria por supedâneo os elementos constitutivos da base da prognose, sobre os quais incidiriam os métodos e critérios elencados.

Klaus Jürgen Philippi, jurista citado pelo Ministro Gilmar<sup>2</sup> como defensor da possibilidade do controle de fatos e prognoses pelo Tribunal, vem classificar os fatos legislativos em históricos, atuais e futuros. O estudo quanto aos dois primeiros, seria chamado de diagnose; enquanto, dos fatos futuros, prognose.

Para o Ministro, a aferição dos fatos legislativos vem ser parte essencial do controle de constitucionalidade, que não pode prescindir dessa possibilidade. E eventual déficit na análise dos fatos deveria levar à ilegitimidade da lei.

Já, pelo conceito indeterminado de prognose, o legislador deixaria o estudo a ser feito pelo Administrador, que preencheria a norma, por ser mais abalizado. É o que fez a Lei nº 12.401/2011, ao alterar a Lei nº 8.080/90, para definir o que seria o conceito de integralidade no âmbito do Sistema Único de Saúde, cabendo à CONITEC, órgão multirepresentativo avaliar sobre a incorporação de tecnologia ou não, em observância da Medicina Baseada em Evidências- MBE<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Anotações acerca da Apreciação e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos perante a Corte Constitucional e o Supremo Tribunal Federal brasileiro. Texto indicado para leitura no Mestrado “Constituição e Sociedade”, do Instituto Brasiliense de Direito Público- IDP, Disciplina Jurisdição Constitucional.

<sup>3</sup> A medicina baseada em evidências (MBE) é um movimento médico que se baseia na aplicação do método científico a toda a prática médica, especialmente àquelas tradicionalmente estabelecidas que ainda não foram submetidas à avaliação sistemática e científica. Evidências significam, aqui, provas científicas. Esse movimento médico contrapõe-se à chamada Medicina Baseada na Autoridade (caracterizada pela exclusiva opinião do especialista), propondo um saber científico seguro e democrático e propiciando uma prática médica de excelência. Atualmente, a MBE é utilizada pela Organização Mundial da Saúde - OMS como forma de análise do conhecimento científico médico de todo o mundo, sendo também utilizada por instituições de grande relevância científica no seio da medicina, como as grandes universidades e as instituições de grande formação de opinião, como o National Health Service - NHS da Grã-Bretanha (Sistema de Saúde Britânico). Também se utiliza da MBE o Sistema Único de Saúde – SUS brasileiro, como forma de avaliar as tecnologias médicas que serão disponibilizadas aos usuários do SUS.

Germana de Oliveira Moraes, em sua obra, “Controle Jurisdiccional da Administração Pública”, vem nos lembrar da diferença, estabelecida por Walter Schmidt, entre as incertezas condicionadas pela linguagem e as incertezas de avaliação da situação concreta, da qual adviria a categoria dos conceitos indeterminados de prognose. Quanto a esse último, seriam conceitos cuja complementação de sentido demandaria uma avaliação prospectiva das circunstâncias de fato, mediante um juízo de aptidão formulado em razão do futuro- juízo de prognose.<sup>4</sup>

Assim, poderíamos estabelecer que existiriam dois tipos de prognose, a legislativa, feita pelo legislador quando do processo de elaboração da lei, assim como o conceito indeterminado de prognose, quando o legislador intencionalmente atribui uma margem de livre decisão ao administrador, para que o sentido dos conceitos indeterminados seja preenchido, a seu critério exclusivo, mediante juízos de prognose.

## 2 LIMITES DOS PODERES E A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO

Sendo a prognose um laime estabelecido entre a situação fática presente ou pretérita e a hipótese de incidência abstrata da norma, aparecendo como resultado de um juízo elaborado a partir de fatos existentes e conhecidos que, conjugados com princípios de experiência, se projetam sobre a provável ocorrência de um acontecimento futuro, a divergência e insegurança provêm não só da própria profecia, como também da limitação do horizonte de experiência como fundamento da conclusão do próprio juízo prognóstico<sup>5</sup>.

Assim, conforme defende Antônio Francisco de Sousa<sup>6</sup>, o Tribunal Constitucional, quando analisa a correção da prognose, deve averiguar necessariamente, em primeiro lugar, as circunstâncias que o legislador considerou para a formação de seu prognóstico, ou seja, o grau de probabilidade que o evento futuro venha acontecer; por segundo, a base de prognóstico, ou seja, perquirindo se o legislador tomou corretamente e em sua plenitude as circunstâncias constituintes do alicerce para

<sup>4</sup> MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdiccional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 66-70.

<sup>5</sup> Acerca do estudo, HENRIQUES, Pedro Estiguer. *Ação afirmativa e controle de constitucionalidade- Limites do Judiciário na análise de fatos e prognoses legislativos*. Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Extraída da página eletrônica [http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0610351\\_08\\_cap\\_05.pdf](http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0610351_08_cap_05.pdf).

<sup>6</sup> SOUSA, op. cit., p. 115, *et seq.*

elaboração da avaliação prospectiva (fatos, dados e princípios da experiência); e, na terceira fase, o procedimento ou andamento da prognose, assim, se o legislador observou as normas de procedimento; se levaram em consideração elementos alheios à prognose; se a prognose revelou-se fundamentada; se a prognose se apresenta plausível, racional e consensual; se o legislador observou os padrões de valor; se a prognose é reconhecida ou evidentemente equivocada.

Contudo, divergências há sobre a possibilidade de realização desse controle pelo Tribunal.

Na própria Alemanha, onde tem sido desenvolvida a tese da possibilidade de controle de prognose, não vem se mostrando unânime a doutrina a respeito da legitimidade do Judiciário em sua realização. Para tanto, entram em conflito os juristas Brun- Otto Bryde e Kalus Jürgen Philippi.<sup>7</sup>

Bryde, colocando-se no sentido diametralmente oposto a Philippi, vem manifestar que a Corte Constitucional realiza muito raramente uma pesquisa social própria, uma vez que o Tribunal confiaria em um amplo diálogo, aberto com os interessados e afetados pela decisão questionada e nas informações adicionais que possa requisitar dos participantes do processo, sem a aparente neutralidade que existiria no Legislativo. Assim, conclui que a apreciação dos fatos legislativos gerais de forma sistemática e organizada não pareceria ser a regra, mas reveladora de exceções exemplares.

Por sua vez, para Philippi, a análise dos fatos pelos Tribunais seria superior àquela realizada pelo legislador, acusando Bryde que a afirmação viria sendo repetida pela literatura jurídica, de forma impensada. Contudo, Philippi entende que a Corte utiliza-se de métodos de análise que se revelariam superiores àqueles eventualmente adotados pelo Parlamento, permitindo que as decisões judiciais sejam racionalmente mais fundamentadas que as do legislador. Todavia, Bryde coloca em dúvida a correção dessa assertiva por estar baseada em um número restrito de casos.

Por seu turno, José Gomes Canotilho vem defender que, para o controle judicial, há a necessidade de existência de limites jurídicos

---

<sup>7</sup> MENDES, op. cit.

objetivos, o que não seria o caso da ponderação de interesses, apreciação de situações de fato ou juízos de valor feito pelo legislador<sup>8</sup>. É ler:

A injusticiabilidade das valorações do legislador ressalta com mais clareza ainda do <<caráter político>> da decisão legiferante. A indeterminação objectiva das normas vinculantes deixam ao legislador um espaço para decisões politicamente motivadas e, sob pena de se transformar o controlo judicial num controlo político, tem de se subtrair esta motivação política à fiscalização judicial. Os perigos de uma inadmissível <<juridicização do político>> ou da <<politicização da justiça>> justificariam, nesta perspectiva, apenas um controlo dos <<limites externos>> dos actos legislativos, mas não já uma <<devassa>> das considerações políticas subjacentes ao acto legislativo. Esta rejeição de um controlo constitucional <<positivo>> dos actos de legiferação ganhará maiores foros de plausibilidade de se ponderar que a tarefa politicamente conformadora do legislador incide, muitas vezes, sobre complexas questões económico-sociais. Ora, se os factores económicos e sociais não são de natureza extrajurídica, eles implicam, pelo menos, uma <<ponderação livre>>, sob uma multiplicidade de pontos de vista, que não está ao alcance de um órgão judicial, visivelmente inadaptado para tarefas sociais e económicas de conformação positiva.

Já, na sua obra “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, Canotilho vem tratar do princípio da não-contrabilidade do âmbito de prognose legislativa, vindo a dizer<sup>9</sup>:

O princípio da não-contrabilidade do âmbito de prognose legislativa radica no facto de o espaço de prognose legislativa ser um espaço de livre conformação do legislador, incompatível com qualquer controlo jurídico-constitucional. O princípio é aceitável se com ele se quer significar que ao legislador ou órgãos de direcção política compete conformar a vida económica e social, movendo-se esta conformação num plano de incerteza, conducente, por vezes, a soluções legislativas inadequadas ou erradas, mas cujo mérito não é susceptível de fiscalização jurisdicional. Os limites funcionais da jurisdição constitucional são aqui claros: os tribunais não podem controlar judicialmente, por exemplo, a apreciação da evolução

<sup>8</sup> CANOTILHO, José Joaquim. *Constituição dirigente e vinculação do legislador- contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1982. p. 240 e 241.

<sup>9</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1316 e 1317.

econômica global ou a delimitação das quotas de importação para certos produtos. Todavia, as prognoses legislativas podem reconduzir-se também a *conceitos indeterminados* usados em leis concretizadoras das normas constitucionais e incidentes sobre *factos actuais*. Ora o princípio da não controlabilidade do âmbito de prognose legislativa refere-se às <<soluções>> ou <<decisões>> das normas adoptadas em situações de incerteza fáctica, mas não à indeterminação das mesmas normas, resultante da sua formulação em termos linguisticamente vagos. É também duvidoso, por ex., se o legislador goza de discricionariedade total quanto à planificação do acesso ao ensino ou à prognose sobre a evolução dos serviços de saúde de tal modo que os <<juízos de prognose>> possam contrariar abertamente as imposições constitucionais.

Note-se, porém, que Canotilho vem ressaltar do princípio da não-controlabilidade do âmbito de prognose legislativa a discricionariedade total quanto à planificação do acesso ao ensino ou à prognose sobre a evolução dos serviços de saúde, manifestando-se, nesse caso, que os juízos de prognose não poderiam contrariar abertamente as imposições constitucionais.

É certo, porém, que, se existe alguma vantagem na aferição dos fatos e prognoses legislativos pela Corte Constitucional, vem ser um controle posterior, de resultado, e não do processo.

Ademais, se filiarmos à corrente de que a Constituição deve ser observada como um processo político, através de uma teoria da Constituição visualizada como “teoria da constituição da sociedade aberta”<sup>10</sup>, onde se enfatiza a sua posicionalidade temporal, a sua condicionalidade histórica, justificando-se, desde logo, que uma constituição não possa conceber-se como um ato pontual de vontade de um poder constituinte, mas aberta à interpretação de todos os participantes sociais, reflexos inevitáveis teria na análise da constitucionalidade da lei.

O Ministro Gilmar, em seu artigo, vem expor, porém, que, a depender se a falha de prognóstico vem ser no início ou fim, na Alemanha, isso vem apresentar uma solução diferenciada. A falha de início implica em um déficit de prognose, que deve levar ao reconhecimento da nulidade. Já um erro de prognóstico, constatado *a posteriori*, ou seja,

<sup>10</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. reimpressão 2002.

uma falha de prognose legislativa após o decorso de um certo tempo, deve ser considerada, para fins de controle de constitucionalidade, irrelevante, pelo Tribunal, sob o prisma constitucional, desde que seja parte integrante de uma decisão tomada de forma regular ou obrigatória. Deverá o legislador, nesse sentido, empreender os esforços necessários para superar o estado de inconstitucionalidade com presteza necessária.

Todavia, a discussão, no Brasil, continua em saber qual seria o órgão legítimo para fazer essa interpretação adaptativa, se teria que o Judiciário esperar a atuação do legislativo, ou poderia realizar o controle.

Certo é que a análise de fatos e prognoses no controle de constitucionalidade da norma veio balançar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que acompanhado de outros Tribunais Constitucionais pelo mundo, entendia não poder analisar fatos controvertidos e que exigissem dilação probatória. Como exemplo, no julgamento da ADI n. 1372, Relator Ministro Celso de Mello<sup>11</sup>, afirmou-se que:

O controle direto de constitucionalidade das leis pressupõe a exata compreensão do sentido e do alcance das normas questionadas, a qual há de ser possível de obter-se no procedimento sumário e documental da ação direta. Se, ao contrário, a pré-compreensão do significado da lei impugnada pende da solução de intricada controvérsia acerca da antecedente situação de fato e de direito sobre a qual pretende incidir, não é a ação direta de inconstitucionalidade a via adequada ao deslinde da quizílbia.

Nesse sentido, verificamos que a possibilidade de análise de fatos e prognoses no controle de constitucionalidade, o que restou ratificada tanto pela Lei nº 9.868, de 1999, ao permitir a admissão e designação de peritos e a realização de audiência pública no âmbito do processo de controle abstrato de norma, tanto na ação direta de inconstitucionalidade como na ação declaratória de constitucionalidade, e a Lei nº 9.882, de 1999, ao permitir o mesmo para a ADPF, veio reformar o clássico entendimento processual que a Corte não examinaria provas, mas apenas cuidaria da revalorização das mesmas.

Como exemplo de julgado onde houve o controle de fato e prognose pelo STF, temos a ADI 3112, de Relatoria do Ministro Ricardo

---

<sup>11</sup> STF. ADI n. 1.372. Tribunal Pleno. Rel. Min. Celso de Mello. DJe-064, divulge 02-0402009. Public 03-04-2009, Ement. vol. 02355-01, pp 00001, RTJ vol 00210-02, pp 00557.

Lewandowski<sup>12</sup>, onde se discutiu a constitucionalidade de normas da Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003, diploma legal conhecido como Estatuto do Desarmamento, tendo por questão o direito constitucional à segurança individual e o exercício da legítima defesa, o direito de propriedade, o princípio da razoabilidade e vulneração do processo legal<sup>13</sup>.

O Tribunal Constitucional alemão, por seu turno, adota os seguintes graus de intensidade para o controle de constitucionalidade das leis com base nos fatos e prognoses legislativos: a) controle de evidência; b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade; c) controle material de intensidade<sup>14</sup>.

Tomando como empréstimo o direito alienígena, temos que a doutrina aponta, na Suprema Corte norte-americana, que o primeiro caso de controle de fatos e prognose foi o caso Müller v. Oregon (1908), quando se discutiu a constitucionalidade de lei estadual que buscava limitar a jornada de trabalho feminina, sob o fundamento de dano à saúde das mulheres. Curt Muller, o proprietário de uma lavanderia, foi considerado como violador das Leis de Trabalho de Oregon por fazer uma empregada trabalhar, diariamente, por mais de 10 (dez) horas. Nesse sentido, fatos e previsões tiveram que ser analisados, para se apurar a legitimidade da norma ou não. Curioso observar que o julgamento se deu 2 anos após ter a

---

12 STF. ADI n. 3112-DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. DJE nº 131. Divulgação 25/10/2007. Publicação 26/10/2007. Ementário nº 2295-3.

13 Dentre as normas apontadas por inconstitucionais, a que aumentava de 21 para 25 anos a idade mínima para se adquirir arma de fogo. O Tribunal, baseado em certos diagnósticos e prognósticos, explicitados em informações prestadas pelo Congresso Nacional, entendeu que a medida se afigurava necessária e adequada para atingir os fins almejados no bojo da política criminal de desarmamento, uma vez que o maior número de homicídios provocados com arma de fogo tinha por autores pessoas que se encontravam nessa faixa etária. Contudo, entendeu-se pela violação ao princípio da não culpabilidade quando a lei proibia a liberdade provisória, com ou sem fiança.

14 Quando do controle de evidência, reconhece-se ao legislador uma ampla margem de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico, só podendo ser declarada inconstitucional a norma quando as medidas adotadas pelo legislador forem inidôneas para a efetiva proteção desses bens jurídicos. Pelo controle de sustentabilidade ou justificabilidade, busca-se perquirir as razões de fatos e prognoses para a elaboração da norma, se dando um melhor controle pelo Tribunal através da admissão de amicus curiae e realização de audiência pública. Já, o controle material intenso ocorre quando de intervenções legislativas que afetam intensamente bens jurídicos de extraordinária importância, representando um controle mais rígido, pela proporcionalidade em sentido estrito. Poderá o Tribunal desconsiderar as avaliações e valorações fáticas realizadas pelo legislador para então fiscalizar se a intervenção no direito fundamental em causa está devidamente justificada por razões de extraordinárias importâncias. O Tribunal investiga se determinada medida intervintiva é necessariamente obrigatória

mesma Suprema Corte entendido pela inconstitucionalidade da lei de Nova Iorque, caso *Lochner v. New York* (1905), quando o Estado de Nova Iorque proibiu as jornadas de trabalho de mais de dez horas diárias ou sessenta semanais nas padarias, tendo admitido o Tribunal que esse poder estaria interferindo de forma não razoável com a liberdade de contrato.

Como exemplo paradigmático do controle de prognose do legislador pela Corte Constitucional da Alemanha, dentre outros, podemos apontar o *Apotheken-Urteil*, no qual foi discutida a legitimidade de uma lei do Estado da Baviera que tornava obrigatória a permissão da autoridade administrativa para a instalação de novas farmácias. A Corte, rejeitando o argumento concernente a sua possível incompetência para aferir fatos legislativos, afirmou que a Constituição lhe asseguraria a guarda dos direitos fundamentais. Infirmando a prognose legislativa, declarou a Corte a inconstitucionalidade da norma, rechaçando a previsão de que a ausência de regulação implicaria a multiplicação desmesurada dos estabelecimentos farmacêuticos.

Um caso curioso, porém, que demonstra a atitude de respeito da Corte Alemã com a decisão do legislador, em caso de dúvidas sobre a correção da prognose, é o da *Cannabis Sativa* (BVerfGE 90, 145), quando a lei proibia a sua comercialização. O Tribunal confirmou a constitucionalidade da tipificação penal da aquisição e porte para consumo de produtos derivados da planta *cannabis sativa*, sob o ângulo do princípio da proporcionalidade, enfatizando a Corte que cabe ao legislador uma ampla margem de avaliação quanto à adequação e à necessidade de certa medida para o alcance do fim almejado, o que pressupõe também a discricionariedade para a realização de prognósticos quanto às consequências da medida adotada.

Abordando o caso, o voto do Ministro Gilmar Mendes, como relator do *Habeas Corpus* nº 104.410, Rio Grande do Sul, quando vem nos ensinar<sup>15</sup>:

No caso, o *Bundesverfassungsgericht*, após analisar uma grande quantidade de dados e argumentos sobre o tema, reconhece que ainda não estaria concluída, à época, a discussão político-criminal a respeito da melhor alternativa para se alcançar a redução do consumo de *cannabis* poderia: por meio da penalização ou da

<sup>15</sup> STF. HC 104.410-RS. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. 2. Turma. Tribunal Federal. DJe 27/03/2012.

liberação da conduta. E, justamente devido à incerteza quanto ao efetivo grau de periculosidade social do consumo da *cannabis* e à polêmica existente, tanto no plano científico como no político-social, em torno da eficácia da intervenção por meio do direito penal, é que não se poderia reprovar, do ponto de vista de sua constitucionalidade, a avaliação realizada pelo legislador, naquele estágio do conhecimento, a respeito da adequação e da necessidade da medida penal. Assim, admite o Tribunal que, “*se o legislador nesse contexto se fixa na interpretação de que a proibição geral de cannabis sancionada criminalmente afastaria um número maior de consumidores em potencial do que a suspensão da previsão de pena e que, portanto, seria mais adequada para a proteção dos bens jurídicos, isto deve ser tolerado constitucionalmente, pois o legislador tem a prerrogativa de avaliação e de decisão na escolha entre diversos caminhos potencialmente apropriados para o alcance do objetivo de uma lei*”<sup>16</sup>

Críticas à parte sobre o excesso de subjetivismo ou não, o Judiciário brasileiro vem se utilizando da máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito) para a análise dos prognoses legislativos<sup>17</sup>.

### **3 O CONTROLE JUDICIÁRIO DO CONCEITO INDETERMINADO DE PROGNOSE NO ÂMBITO DO DIREITO SANITÁRIO - LEI Nº 12.401/2011**

Como já tratado acima, a indeterminação resultante da incerteza da situação concreta e, dentre ela, aquela em que o legislador intencionalmente atribui uma margem de livre decisão ao administrador, para que o sentido dos conceitos indeterminados seja preenchido, a seu critério exclusivo, mediante juízos de prognose, vem ser conhecida como conceito indeterminado de prognose.

Divergências há quanto a sua classificação. Há quem o classifique como conceito indeterminado não vinculado, como Germana de

<sup>16</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. In: *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva; 2007. p. 471 e segs.

<sup>17</sup> Nesse sentido, os precedentes do STF: HC 104410/RS, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 06/03/2012. Segunda Turma. DJe 062, divulg 26-03-2012, public 27-03-2012; ADI n. 3112-DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. DJE nº 131. Divulgação 25/10/2007. Publicação 26/10/2007. DJ 26/10/2007. Ementário nº 2295-3.

Oliveira Moraes, pois sua aplicação pode conduzir a mais de uma razão razoavelmente sustentável perante o Direito, apesar de não discricionário, por não encerrar um conflito axiológico, uma ponderação valorativa dos interesses concorrentes<sup>18</sup>. Contudo, tal posicionamento não é unânime, mencionando a própria jurista que, na doutrina jus-administrativista, geralmente, ou consideram os conceitos indeterminados como vinculados, ou, quando se reconhece a existência de conceitos indeterminados não vinculados, incluem-nos no domínio da discricionariedade.

Cuidando-se, porém, o conceito indeterminado de prognose de ser preenchido por juízo técnico, a ser feito pela Administração, não deveria poder ser substituído por um juízo realizado pelo Judiciário, quando de inferior qualidade. Para tanto, em ordem de substituir o conceito indeterminado de prognose, feito pelo Administrador, deve se fundamentar a sua incorreção, e não apenas se utilizar de fórmulas genéricas. Dizer o motivo pelo qual a prognose restou mal feita.

Recentemente, no que diz respeito ao âmbito do direito sanitário, a Lei nº 12.401/2011 veio alterar a Lei nº 8.080/1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde- SUS, assim como o Decreto nº 7.646/2011, que dispõe sobre a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde e sobre o processo administrativo para incorporação, exclusão e alteração de tecnologias em saúde pelo Sistema Único de Saúde - SUS, a ser realizada pela Administração Pública.

Ou seja, estamos aqui diante de um caso típico de conceito indeterminado de prognose, quando o Legislador, entendendo pela necessidade de realização de estudo técnico pelo Executivo, deixa ao órgão a competência para o preenchimento da lacuna, dizendo o que deveria ser ou não incorporado no Sistema Único de Saúde.

O Sistema Único de Saúde- SUS vem adotar os princípios da universalidade (art. 196, caput, da CRFB/88) e da integralidade (art. 198, II, da CRFB/88). Pelo princípio da universalidade, todos devem ter direito de acesso à saúde, independente de contribuírem para o sistema ou não. Por sua vez, quanto ao princípio da integralidade, as discussões existentes quanto ao seu alcance e a inexistência de uma delimitação segura durante anos vieram propiciar, não só uma exploração econômica

---

18 MORAES, op. cit., p. 70.

desse vácuo, o que influenciou à crescente judicialização, como divergências jurisprudenciais.

A Lei nº 12.401/2011 buscou definir o conceito de integralidade, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde- SUS, em seus artigos 19-M e 19-P<sup>19</sup>.

Para a nova legislação, será considerado atendido o princípio da integralidade quando previsto o medicamento em protocolo clínico ou diretriz terapêutica, ou mesmo, em sua falta, com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, ou mesmo, de forma suplementar, com base nas listas de medicamentos dos gestores estaduais ou municipais do SUS.

Caberia a análise, por esse diploma legal, da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias -CONITEC, órgão plural<sup>20</sup>, permitindo o requerimento por qualquer interessado, bem como a realização de consultas e audiências públicas, estabelecendo a participação da sociedade civil como meio de garantir mais transparência nos processos de incorporação de novas tecnologias, produtos e serviços na rede pública de saúde (art. 19-R, §1º, III, IV, inseridos na Lei 8.080/90) .

- 
- 19 Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea d do inciso I do art. 6º consiste em:  
I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P;  
II - oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde - SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.  
Art. 19-P. Na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada:  
I - com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas nesta Lei, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite;  
II - no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite;  
III - no âmbito de cada Município, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada no Conselho Municipal de Saúde.
- 20 Diz-se que a CONITEC vem ser um órgão plural pois coordenada pelo Ministério da Saúde e formada por representantes não só do próprio Ministério, mas da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), além de um integrante indicado pelo Conselho Nacional de Saúde e um pelo Conselho Federal de Medicina, na busca do diálogo para uma maior aproximação com o conceito de verdade.

Ademais, buscando coibir que os protocolos, diretrizes e listas não contemplem a melhor tecnologia e uso racional dos medicamentos, visando conferir eficácia à norma prevista pelo art. 196 da Constituição, vem estabelecer o art. 19-P da Lei nº 8.080/90, com a alteração produzida pela nova legislação, que a CONITEC, regulamentada por meio do Decreto nº 7.646, de 21 de dezembro de 2011, levará em conta, necessariamente:

- (I) as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso;
- (II) bem como a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível<sup>21</sup>.

Também, visando reprimir a omissão e defasagem dos protocolos, diretrizes e listas, passa a existir um prazo fixado para a análise pela Comissão, nos termos do art. 19-R, de 180 (cento e oitenta) dias, contados da data em que foi protocolado o pedido pelo interessado da incorporação, exclusão e alteração de listas e protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas (§1º, inciso I), com a instauração de processo administrativo, admitida a prorrogação por 90 (noventa) dias corridos, quando as circunstâncias exigirem.

Nesse sentido, entendendo o legislador que a realização de prognose deveria ser realizada pela Administração, por estudos realizados pela CONITEC, cabendo a definição da integralidade ao Ministério da

<sup>21</sup> "Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.

§ 1º A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, cuja composição e regimento são definidos em regulamento, contará com a participação de 1 (um) representante indicado pelo Conselho Nacional de Saúde e de 1 (um) representante, especialista na área, indicado pelo Conselho Federal de Medicina.

§ 2º O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente:

I - as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso;

II - a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível."

Saúde, com a abertura, no processo administrativo, para consultas de interessados e audiências públicas, o resultado desses só poderiam ser afastados, pelo controle do Judiciário, caso fundamentadamente demonstrada a incorreção do estudo, ou refratariedade do tratamento no paciente, e não somente se utilizando de princípios gerais.

Ademais, poderia também o Judiciário intervir caso demonstrada a omissão na análise do pedido de incorporação pelo Ministério da Saúde, através da CONITEC, após ter sido feito por qualquer interessado, desde que observados os requisitos estabelecidos pelo art. 15 do Decreto nº 7.646/2011, procedimento que deveria ser observado preliminarmente pelos legitimados extraordinários ao proporem as ações coletivas, sob pena de inexistir interesse processual quando do ajuizamento das mesmas.

Até porque não basta a aprovação do medicamento pela ANVISA para a sua imediata incorporação no SUS. Para ser incorporado no âmbito do Sistema Único de Saúde, o medicamento deverá comprovar, além da sua segurança, eficácia e qualidade, outros requisitos mínimos, quais sejam, a efetividade e o custo-efetividade, o que é verificado em ambiente real, isto é, após o uso pela população em geral. A efetividade vem ser a análise dos resultados efetivamente obtidos com a utilização de determinado insumo em ambiente real. O custo-efetividade é o estudo que busca analisar se houve ganho de saúde adicional com a utilização do insumo, ou seja, no caso de assistência farmacêutica do SUS, se o medicamento que pretende utilizar traz maiores benefícios do que aqueles já disponíveis no sistema, e, em caso afirmativo, se o benefício advindo justificaria o gasto financeiro a ser realizado.

Por esse prisma, a ideia do legislador foi estabelecer 3 (três) fase principais para a incorporação de tecnologia no SUS, no processo administrativo:

A primeira delas é a análise técnica adequada, realizada atualmente pelo Plenário da CONITEC, quanto às evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, bem como a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível (art. 19-Q, § 2º, da Lei n. 8.080/90).

Por sua vez, são diretrizes da CONITEC, nos termos do art. 3º do Decreto 7.646/2011, a universalidade e a integralidade das ações de saúde no âmbito do SUS com base no melhor conhecimento técnico-científico disponível (inciso I); a proteção do cidadão nas ações de assistência, prevenção e promoção à saúde por meio de processo seguro de incorporação de tecnologias pelo SUS (inciso II); a incorporação de tecnologias por critérios racionais e parâmetros de eficácia, eficiência e efetividade adequados às necessidades de saúde (inciso III); a incorporação de tecnologias que sejam relevantes para o cidadão e para o sistema de saúde, baseadas na relação custo-efetividade (inciso IV).

Uma vez emitido parecer conclusivo pelo Plenário da CONITEC, dá-se início à segunda fase do procedimento, qual seja, a submissão do referido parecer à consulta pública pelo prazo de 20 (vinte) dias, conforme art. 19 do Decreto n. 7.646/2011.

As contribuições e críticas resultantes da consulta pública serão analisadas pelo Plenário da CONITEC e, emitido relatório, o processo administrativo será submetido ao Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde para decisão (arts. 20 e 21 do Decreto n. 7.646/2011).

Querendo, o Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde, antes de decidir, poderá solicitar realização de audiência pública, conforme a relevância da matéria, e, quando se tratar de elaboração ou alteração de protocolo clínico ou diretriz terapêutica, deverá submetê-lo à manifestação do titular da Secretaria responsável pelo programa ou ação, conforme a matéria (arts. 21, 22 e 24 Decreto n. 7.646/2011).

A decisão quanto à incorporação compete ao Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde, sendo essa a terceira fase do processo.

A partir da publicação da decisão do Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde no Diário Oficial da União (art. 23 do Decreto n. 7.646/2011), começa-se a contar o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para efetivar-se a disponibilização da tecnologia incorporada pelo SUS (art. 25 do Decreto n. 7.646/2011).

Por fim, da decisão final, cabe recurso sem efeito suspensivo, no prazo de 10 (dez) dias, ao Ministro de Estado da Saúde, que poderá

confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida (arts. 26 e 27 do Decreto n. 7.646/2011).

O Ministro de Estado da Saúde também poderá determinar a incorporação ou alteração pelo SUS de tecnologias em saúde, em caso de relevante interesse público, mediante processo administrativo simplificado (art. 29 do Decreto n. 7.646/2011).

Verifica-se que, com a finalidade de aproximação da verdade, busca-se realizar uma dialética entre os grupos de diversos interesses visando à produção de uma maior adequação técnica de incorporação da tecnologia no Sistema Único de Saúde.

Assim, questiona-se que tipo de controle pode ter o Judiciário, para que possa analisar a prognose efetuada pela Administração, envolvendo matéria de cunho tão técnico.

Diante do excessivo quadro de judicialização, e após realização da Audiência Pública nº 04, no STF, onde foram escutados representantes técnicos e jurídicos vinculados à saúde pública, nos dias 27, 28 e 29 de abril e dias 04, 06 e 07 de maio de 2009, para discutir o tema, o Conselho Nacional de Justiça- CNJ editou em 30 de março de 2010 a Recomendação nº 31-2010, com recomendações dirigidas aos Tribunais quanto medidas a serem tomadas para maior eficiência na solução de demandas de saúde.

Posteriormente, o CNJ editou a Resolução nº 107, de 06 de abril de 2010, estabelecendo, em seu âmbito, o Fórum Nacional para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, com atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimento.

O Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde seria constituído por Comitês Executivos Estaduais, sob a coordenação de magistrados indicados pela Presidência ou pela Corregedoria Nacional de Justiça. O Fórum é composto por magistrados, podendo contar com o auxílio de autoridades e especialistas com atuação nas áreas correlatas.

No primeiro encontro do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde, realizado em São Paulo, foi expedida declaração conjunta reafirmando que a atuação do Judiciário seria crucial para o resgate da cidadania e a realização do direito fundamental à saúde, ainda que do seu exercício advenham tensões perante os gestores e executores das

políticas públicas. Dentre outras coisas foi sugerida a promoção de eventos científicos estaduais, com o apoio das Escolas das Magistraturas, para debates e estudos que venham mobilizar os diversos segmentos da área da saúde, notadamente os membros do Judiciário, do Ministério Público, Gestores e Executores de Políticas Públicas.

Ademais, o CNJ vem estimulando a criação, pelos Estados, de Núcleo de Apoio Técnico aos Magistrados, por profissionais técnicos na área da saúde, a exemplo da experiência piloto do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Contudo, não se questiona, porém, quais os indicadores que demonstram que a prognose a ser realizada por esses técnicos que integram os núcleos e comitês do Judiciário vem a ser a mais correta e aprofundada do que a realizada agora pela CONITEC, órgão formado pelos vários segmentos de área de saúde, por especialistas selecionados, e ainda com submissão da consulta à opinião pública, em nível nacional, que pode se manifestar fundamentadamente sobre o processo de incorporação de tecnologia.

Desconhece-se, inclusive, o tipo de formação profissional que teriam esses profissionais que compõem os Comitês, assim como suas decisões não estariam abertas a consultas e opiniões públicas.

Nesse sentido, ao falarmos da substituição da decisão administrativa pela judicial, entendendo-se por sua possibilidade, deve-se necessariamente ser apontado o erro de prognose cometido, para fins de legitimar a decisão do Judiciário, e não somente o uso de fórmulas principiológicas genéricas, até porque fundado o risco de que empresas se valham do Judiciário como meio de incorporar medicamentos ao Sistema, quando mesmo existentes eventuais estudos no sentido de seu não aconselhamento.

#### 4 CONCLUSÃO

O artigo buscou, após tratar dos conceitos básicos de fatos e prognoses legislativos, assim como de conceito indeterminado de prognose, estabelecendo as suas diferenças, indicar divergências e limites para o seu controle pelo Judiciário, uma vez que se tornou uma realidade, na jurisdição constitucional atual, a sua análise, pelos Tribunais constitucionais, para fins de controle de constitucionalidade da norma.

Entendendo pela existência de dois tipos de prognose, a legislativa, feita pelo legislador quando do processo de elaboração

da lei, assim como o conceito indeterminado de prognose, quando o legislador intencionalmente atribui uma margem de livre decisão ao administrador, para que o sentido dos conceitos indeterminados seja preenchido, a seu critério exclusivo, mediante juízos de prognose, vem dar especial ênfase ao estudo desse último, sob o enfoque da alteração legal no âmbito do direito sanitário, promovida pela Lei nº 12.401/2011, no texto da Lei nº 8.080/90, vindo definir o conceito de integralidade, que estaria sujeito a estudos realizados pelo Administrador, em um processo administrativo público, impulsionado *ex officio* ou a requerimento de qualquer interessado, com abertura para manifestação pública.

Conforme lições de Antônio Francisco de Sousa, já comentadas acima, o Tribunal Constitucional, quando analisa a correção da prognose, deve averiguar necessariamente, em primeiro lugar, as circunstâncias que o legislador considerou para a formação de seu prognóstico, ou seja, o grau de probabilidade que o evento futuro venha acontecer; por segundo, a base de prognóstico, ou seja, perquirindo se o legislador tomou corretamente e em sua plenitude as circunstâncias constituintes do alicerce para elaboração da avaliação prospectiva (fatos, dados e princípios da experiência); e, na terceira fase, o procedimento ou andamento da prognose, assim, se o legislador observou as normas de procedimento; se levaram em consideração elementos alheios à prognose; se a prognose revelou-se fundamentada; se a prognose se apresenta plausível, racional e consensual; se o legislador observou os padrões de valor; se a prognose é reconhecida ou evidentemente equivocada.

A insegurança na prognose não seria só da possibilidade de erro na profecia, como também da limitação do horizonte da experiência para a conclusão do próprio juízo.

Também, ainda que haja divergências, acima mencionadas, quanto à legitimidade ou não do Tribunal em proferir esse controle, tanto das prognoses legislativas quanto dos conceitos indeterminados de prognose, o certo é que, em sendo admitido, independente do grau, e entendendo o Judiciário pela inconstitucionalidade do estudo realizado, deverá fundamentar os motivos de sua decisão, ainda que técnicos, e não só se utilizar de princípios gerais abstratos, notadamente no campo das ações da saúde, sob pena de não gozar de legitimidade.

No caso específico da saúde, decidindo o legislador que a realização de prognose deveria ser realizada pela Administração,

por estudos realizados pela CONITEC, cabendo a definição da integralidade ao Ministério da Saúde, com a abertura, no processo administrativo, para consultas de interessados e audiências públicas, o resultado desses só poderiam ser afastados, pelo controle do Judiciário, caso fundamentadamente demonstrada a incorreção do estudo, ou mesmo pela omissão, quando tivesse o interessado requerido a análise da incorporação da tecnologia pela Administração, e essa tivesse se mantido inerte. Até porque a provocação do Judiciário, sem a provocação das esferas específicas, notadamente no que diz respeito aos legitimados para a promoção das ações coletivas, pode configurar a ausência de uma das condições da ação, qual seja, o interesse processual.

Nesse sentido, diante do caráter técnico da análise a ser efetuada, deve-se questionar que tipo de controle pode ter o Judiciário para que possa analisar a prognose efetuada pela Administração.

Reconhece-se que o Conselho Nacional de Justiça vem empreendendo esforços para a otimização da análise dessas ações, tendo sido criado o Fórum Nacional para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, além do estímulo na criação dos Núcleos de Apoios Técnicos aos Magistrados. Contudo, mesmo com a adoção dessas medidas, não se questiona nem mesmo se existe preocupação com indicadores que demonstrem que a prognose a ser realizada por esses técnicos que integram núcleos e comitês seja mais correta e aprofundada que a do agora CONITEC, órgão formado por vários segmentos da área da saúde, por especialistas selecionados, e ainda com a submissão dos estudos à consulta pública, em nível nacional.

Seguindo o Brasil a Resolução 60.16 da OMS sobre o Progresso no Uso Racional do Medicamento, que 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- MBE, na ética profissional da atenção à saúde, e na objetividade e transparência nos processos institucionais orientados na padronização do acesso e do Uso Racional de Medicamentos, no seu campo da Administração Pública, não pode o Judiciário, de forma não suficientemente fundamentada, substituir uma prognose técnica sem se preocupar com as balizas básicas de eficácia e/ou efetividade, segurança e custo. Balizas que o legislador procurou estabelecer ao Administrador, para a realização de sua prognose, nos termos do art. 19-P da Lei nº 8.080/90, com a alteração produzida

pela nova legislação, ao prever que a CONITEC levará em conta, necessariamente:

- (I) as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso;
- (II) bem como a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.

Se existe alguma vantagem na aferição dos fatos e prognoses legislativos pela Corte Constitucional, vem ser um controle posterior, de resultado, e não do processo. Contudo, o mesmo não pode se realizar de forma não fundamentada, em desprestígio dos critérios técnicos, sob pena de ser maculada por interesses de vários fatores e, principalmente, em desprestígio de sua neutralidade.

## REFERÊNCIAS

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

\_\_\_\_\_. *Constituição dirigente e vinculação do legislador- contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1982.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. reimpressão 2002.

HENRIQUES, Pedro Estiguer. *Ação afirmativa e controle de constitucionalidade- Limites do Judiciário na análise de fatos e prognoses legislativos*. Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Extraída da página eletrônica< [http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0610351\\_08\\_cap\\_05.pdf](http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0610351_08_cap_05.pdf)>.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial.

In: *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Anotações acerca da Apreciação e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos perante a Corte Constitucional e o Supremo Tribunal Federal brasileiro*. Texto indicado para leitura no Mestrado “Constituição e Sociedade”, do Instituto Brasiliense de Direito Público- IDP, Disciplina Jurisdição Constitucional.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

SOUSA. Antônio Francisco de. *Conceitos indeterminados no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.



# **A MUDANÇA ORGANIZACIONAL NA REESTRUTURAÇÃO DE UM ÓRGÃO PÚBLICO: O CASO DA PROCURADORIA SECCIONAL FEDERAL DE SANTA MARIA**

***THE ORGANIZATIONAL CHANGE IN PUBLIC AGENCY  
RESTRUCTURE: THE PROCURADORIA SECCIONAL  
FEDERAL DE SANTA MARIA CASE***

*Giovana Bortoluzzi Fleig*

*Procuradora Federal*

*Especialista em Processo Civil pela UFRGS*

*Rolando Juan Soliz Estrada*

*Professor do Programa de Pós-Graduação em Administração e do Programa de  
Pós-Graduação em Engenharia de Produção da UFSM  
Pós-Doutor em Administração pela FEA/UFSC*

*Márcia Zampieri Grohmann*

*Professora do Programa de Pós-Graduação em Administração da UFSM  
Doutora em Engenharia de Produção e Sistemas pela UFSC*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Revisão da Literatura; 2 Identificando a mudança; 2.1 O Modelo de Oito Etapas de Kotter; 3 Metodologia; 4 O Caso: a Procuradoria Seccional Federal de Santa Maria; 5 Resultados; 5.1 Classificação da mudança; 5.2 Etapas da mudança; 5.3 Resultados Comparados a Outras Pesquisas; 6 Considerações Finais; Referências.

**RESUMO:** O presente estudo objetiva compreender como está sendo percebido o processo de mudança na Procuradoria Seccional Federal em Santa Maria por parte dos dois principais segmentos envolvidos (servidores e procuradores). O propósito é identificar aplicabilidade do modelo de Kotter (1997) a uma organização pública e comparar as percepções de servidores e procuradores. Kotter (1997) propõe um modelo de oito etapas para gerenciar mudanças organizacionais bem-sucedidas. Trata-se de uma pesquisa descritiva, mas com abordagem qualitativa, de corte transversal, que utilizou combinação de técnicas de coleta de dados (levantamento bibliográfico, análise de documentos e entrevistas semi-estruturadas). O caso estudado foi identificado como uma mudança intencional, macro, conduzida, evolutiva, radical e de natureza predominantemente técnica/econômica, embora aspectos humanos e sociais começem a ser alterados. Observou-se que ocorreram as seguintes etapas: a criação de um senso de urgência, a formação de uma coalizão administrativa, o desenvolvimento de uma visão e estratégia, a comunicação dessa visão, a delegação de poderes, a realização de conquistas a curto prazo e a produção de novas mudanças. Percebeu-se indícios de que a mudança começa a ser influir na cultura da organização. Conclui-se que a mudança em uma organização pública pode ser gerenciada com êxito seguindo o modelo de Kotter.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mudança Organizacional. Processo de Mudança. Administração Pública.

**ABSTRACT:** This study aims to understand how it is being noticed the change process in Procuradoria Seccional Federal in Santa Maria by the two main segments involved (civil servants and federal barristers). The purpose is to identify the Kotter (1997) model applicability a public organization and compare the perceptions of civil servants and federal barristers. Kotter offers an eight-step model for managing organizational change successful. It is a descriptive cross-sectional research, but with a qualitative approach, with the combination of techniques for collecting data (document analysis and semi-structured interviews). The case

study was identified as an intentional, macro, driven, dynamic, radical and nature predominantly technical/economic change, although human and social aspects begin to be changed. It was observed that occurred the following steps: establishing a sense of urgency, creating the guiding coalition, developing a change vision, communicating that vision, empowering broad-based action, generating short-term wins and production of new changes. It was noticed indications that the change begins to influence the organizational culture. It is concluded that the change in a public organization can be managed successfully by following the Kotter model.

**KEYWORDS:** Organizational Change. Change Process. Public Administration.

## INTRODUÇÃO

O desafio das organizações contemporâneas é estar em constante desenvolvimento, o que requer mudança. “Os que não mudam estão fadados à estagnação ou ao fracasso”<sup>1</sup>. A mudança organizacional pode ser planejada ou não, pode provocar alterações internas (estruturais, processuais, tecnológicas, econômicas e humanas) ou nas relações entre a organização e seu ambiente, pode ter resultados positivos ou negativos. De qualquer forma, mudar é um imperativo.

Para que seja bem sucedida, a mudança organizacional pode e deve ser gerenciada<sup>2</sup>. Segundo Kotter, há duas premissas importantes: “Primeiro, a mudança útil tende a ser associada a um processo de várias etapas que gera a força e a motivação suficientes para anular todas as fontes da inércia. Segundo, esse processo nunca é empregado de forma eficaz, a não ser que seja impulsionado por uma liderança de alta qualidade”<sup>3</sup>.

Não é diferente com relação às organizações públicas, que cada vez mais procuram a excelência em serviços e o reconhecimento por isso, interna e externamente. Conquanto o tema mudança organizacional tenha sido amplamente estudado, pouco se tem pesquisado sobre a mudança em organizações públicas. Não há instrumentos específicos, que considerem sua natureza e suas características.

1 BEER, Mike (org.). *Gerenciando a mudança e transição*. Rio de Janeiro: Record, 2003. p. 9.

2 FISCHER, Rosa Maria. Mudança e transformação organizacional. In: FLEURY, Maria Tereza Leme. *As pessoas na organização*. São Paulo: Gente, 2002. p. 147-163.

3 KOTTER, John P. *Liderando mudança*. Rio de Janeiro: Elsevier, 1997. p. 20.

Nesse contexto, o presente trabalho propõe a realização de um estudo de caso, a fim de analisar a mudança que está ocorrendo para a reestruturação da Procuradoria Seccional Federal de Santa Maria, com o objetivo de verificar se os passos do modelo de Kotter<sup>4</sup> se repetem ou podem se repetir em uma organização pública.

Com o fito de melhorar a estrutura, padronizar de procedimentos, racionalizar os recursos humanos e materiais, facilitar o gerenciamento dos processos judiciais, aproveitar os diversos bancos de informações, tornando mais efetiva e eficiente a defesa judicial das autarquias e fundações públicas federais, está sendo instalada a Procuradoria Seccional Federal de Santa Maria, que assumirá a representação judicial e extrajudicial de quase duas centenas de Autarquias e Fundações públicas federais em quatro Subseções Judiciárias e vinte Comarcas da região central do Rio Grande do Sul. Esse processo está a exigir mudança com maior força e ritmo, especialmente porque envolve a reunião de Procuradores e Servidores com origem em diversos órgãos e, por isso, com diversas percepções.

A profundidade da mudança em curso justifica o interesse acadêmico pelo caso. Ademais, considerando que mudanças semelhantes (instalações de Procuradorias Seccionais Federais) se repetirão pelo país, o estudo desse caso poderá trazer resultados úteis e replicáveis.

Na primeira parte deste artigo apresenta-se uma revisão teórica sobre a mudança organizacional. O objetivo não é esgotar o tema, mas abordar os principais conceitos que orientaram a pesquisa empírica. Na segunda parte, explica-se o método utilizado e o modelo conceitual da pesquisa. Na terceira parte, descreve-se sinteticamente o caso estudado. Por fim, discutem-se os resultados da pesquisa, relacionando-os com o quadro teórico inicialmente delineado.

## 1 REVISÃO DA LITERATURA

## 2 IDENTIFICANDO A MUDANÇA

Para melhor compreensão da mudança, a literatura gerencial desenvolveu várias classificações. Ford e Ford<sup>5</sup> distinguem dois tipos de mudança organizacional: a intencional, baseada em uma decisão

---

<sup>4</sup> KOTTER, op. cit.

<sup>5</sup> FORD, Jeffrey D.; FORD, Laurie W. The Role of Conversations in Producing Change in Organizations. *Academy of Management Review*, v.20, n.3, p.541-570, 1995.

deliberada e consciente, a partir da qual se busca a sua realização, com ou sem a colaboração de outras pessoas; e a não intencional, decorrente de efeitos colaterais ou secundários, acidentes ou do inesperado.

Mintzberg, Ahlstrand e Lampel<sup>6</sup> diferenciam a micromudança, com foco dentro da organização (como, por exemplo, a redefinição de cargos), da macromudança, com foco na organização inteira (como, por exemplo, a mudança de todas as instalações físicas, ou a mudança cultural). Os autores relacionam as dimensões micro e macro da mudança com três abordagens básicas do processo de mudança: a planejada, a conduzida e a evoluída.

A mudança planejada é programática: existe um sistema ou conjunto de procedimentos a ser seguido. Estes vão de programas de melhoria da qualidade e treinamento (micro) até programas de desenvolvimento organizacional e planejamento estratégico (mais macro).

[...] A mudança conduzida é guiada: um indivíduo ou grupo pequeno, usualmente numa posição influente de autoridade, supervisiona a mudança e garante que ela aconteça. Encontramos aqui as atualmente populares palavras começando com “re”, que vão desde racionalização e reestruturação até revitalização.

[...] Finalmente, a mudança evoluída é orgânica: ela acontece, ou pelo menos é guiada por pessoas que não ocupam posições de autoridade significativa, com frequência em lugares obscuros da organização. Ao contrário das duas primeiras abordagens, que são conduzidas, ou de certa forma “gerenciadas”, mais formalmente por procedimentos ou menos por gerentes, esta terceira abordagem à mudança não é gerenciada<sup>7</sup>.

Weick & Quinn<sup>8</sup> classificam a mudança em episódica ou contínua. A mudança episódica é aquela que tende a ser descontínua, não frequente. Ela ocorre durante períodos de divergência, quando organizações estão se afastando das suas condições de equilíbrio. A divergência é o resultado de um desalinhamento crescente entre uma estrutura inerte

6 MINTZBERG, Henry; AHLSTRAND, Bruce; LAMPEL, Joseph. *Safári de estratégia: Um roteiro pela selva do planejamento estratégico*. Porto Alegre: Bookman, 2000.

7 Ibidem, p. 240-241.

8 WEICK, Karl E.; QUINN, Robert E. Organizational change and development. *Annual Review of Psychology*, n. 50, 1999. p. 361-389.

e as demandas ambientais percebidas. A mudança episódica tende a ocorrer em períodos diversos e isolados, durante os quais as mudanças são induzidas por fatores externos, como alterações na tecnologia ou mudança de pessoas-chave. De outro lado, a mudança contínua é aquela em evolução, cumulativa. Ela tem como fundamento as atualizações contínuas de processos de trabalho e as práticas sociais.

Quanto à profundidade das alterações, Silva<sup>9</sup> distingue a mudança normal da radical. Mudança normal é aquela marginal, que provoca pequenas e pontuais alterações na organização com relação ao seu estado inicial. De outro lado, a mudança radical é aquela que tende a provocar grandes e profundas alterações na organização.

A mudança também pode ser classificada quanto ao principal tipo de conteúdo afetado por ela. Nesse sentido, a mudança pode ser de natureza predominantemente técnica/econômica, afetando principalmente dimensões estruturais, processuais, tecnológicas e econômicas, ou de natureza predominantemente humana/social, que afeta sobretudo as relações humanas<sup>10</sup>.

É importante referir que essa classificação visa a identificar a natureza predominante pois, em qualquer mudança, as pessoas farão parte e serão afetadas. Isso porque a “mudança é algo que se produz não apenas por meio das diretrizes e ações institucionais implementadas, mas em grande parte nas interações do dia-a-dia, à medida que a organização se constrói continuamente, como um contexto social”<sup>11</sup>.

## 2.1 O MODELO DE OITO ETAPAS DE KOTTER

O modelo de John P. Kotter é adotado “com frequência por conta de sua atualidade e abrangência, além de sua preocupação em compreender as razões dos fracassos de boa parte dos esforços em transformações

---

9 Apud SOUZA, Cristina Lyra Couto de. *Mudança organizacional em uma empresa familiar brasileira: um estudo de caso*. Rio de Janeiro: PUC-RIO, 2006. 132 p. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Administração de Empresas, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Administração, Rio de Janeiro, 2006.

10 Ibidem.

11 SILVA, José Roberto Gomes da; VERGARA, Sylvia Constant. Análise Comparativa Acerca da Utilização de Desenhos na Pesquisa sobre a Criação de Sentido da Mudança Organizacional. *Organizações & Sociedade*, Salvador, BA, v. 9, n. 23, p. 159-169, 2002. p. 160.

empresariais”<sup>12</sup>. O modelo proposto por Kotter<sup>13</sup> é desenvolvido em oito etapas que, inicialmente, objetivam o descongelamento do status quo, e, em sequência, a introdução de novas práticas e alteração na cultura corporativa. “A mudança bem-sucedida de qualquer magnitude passa por todas as oito etapas [...] Embora ocorram normalmente várias fases ao mesmo tempo, ignorar uma única etapa ou adiantar-se demais sem ter uma base sólida sempre gera problemas”<sup>14</sup>.

A primeira etapa do modelo de Kotter<sup>15</sup> consiste no estabelecimento de um senso de urgência. Sem ele, as pessoas tendem a ser complacentes, permanecem na sua zona de conforto e não colaboram com a mudança. Crises aparentes podem criar ou aumentar o senso de urgência.

A segunda etapa consiste em criar uma coalizão administrativa, ou seja, formar uma equipe com objetivos comuns e nível de confiança adequado para liderar a mudança. “Esse grupo nunca inclui todos os executivos de nível mais elevado, pois algumas pessoas não comprarão a idéia, pelo menos de início. Mas nos casos de maior êxito, a coalizão é sempre bastante poderosa – em termos de títulos, de informação e competências, e de reputação e relacionamentos”<sup>16</sup>.

A terceira etapa refere-se ao desenvolvimento da visão e estratégia. A visão representa um quadro imaginável, sensato e atraente do futuro. Serve para direcionar os esforços da mudança, motivando as pessoas, além de servir de fundamento para a tomada de decisões. A estratégia define a como a visão pode ser alcançada. Portanto, deve ser viável.

A quarta etapa, comunicação da visão da mudança, para ser efetiva, precisa ser feita através de palavras e de atitudes. A comunicação deve ser simples, mas abundante, ocupando todos os meios disponíveis (reuniões, memorandos, informativos), com freqüente repetição da visão e abertura para o diálogo. De outro lado, os líderes devem manter comportamentos

<sup>12</sup> PINTO, Mario Couto Soares; SOUZA, Cristina Lyra Couto de. *Mudança organizacional em uma empresa familiar brasileira*. RAP - Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 43, n. 3, p. 609-634, mai./ jun. 2009. p. 617.

<sup>13</sup> KOTTER, op. cit.

<sup>14</sup> KOTTER, op. cit., p. 23.

<sup>15</sup> KOTTER, op. cit.

<sup>16</sup> Idem. Liderando a mudança: por que fracassam as tentativas de transformação. In: *Mudança*. Rio de Janeiro: Campus, 1999. p. 23.

coerentes com o seu discurso, atuando “como símbolos vivos da nova cultura organizacional”<sup>17</sup>. Inconsistências aparentes devem ser explícita e imediatamente resolvidas, para não minar a confiança.

A quinta etapa, investir de empowerment os funcionários para ações abrangentes, consiste em desenvolver hierarquias mais simples e minimizar a burocracia, eliminando os obstáculos à mudança. O principal obstáculo a ser vencido são os chefes imediatos que desencorajam as ações que visam a implementação da nova visão. A mudança é favorecida quando os funcionários de níveis inferiores são investidos de poderes para gerenciar seus grupos de trabalho, e quando a eles é delegada grande parte das responsabilidades administrativas.

A sexta etapa, conquistas de curto prazo, é importante para reforçar a credibilidade e a confiança na mudança. Mas a sua comemoração excessiva pode esgotar o senso de urgência, paralisando o processo muito perto da linha de chegada. Para Kotter<sup>18</sup>, a coalizão administrativa deve empregar essa credibilidade para manter o ritmo da mudança, empreendendo mais e maiores transformações.

Surge, então, a sétima etapa. Ela consiste na consolidação de ganhos e produção de mais mudanças. “Os líderes dos programas bem-sucedidos aproveitam a credibilidade decorrente das conquistas de curto prazo para a investida contra problemas ainda maiores.”<sup>19</sup>. O esforço de mudança não se restringe a poucos meses, mas se prolonga por alguns anos, em que cada pequena vitória motiva mais transformações.

Por fim, a mudança ganha força na oitava etapa, estabelecimento de novos métodos na cultura. “A cultura se refere a normas de comportamento e valores compartilhados entre um grupo de pessoas”<sup>20</sup>. Por normas de comportamento entende-se a maneira que os indivíduos de um grupo se comportam, perpetuando essas práticas pela transmissão aos novos membros. Valores compartilhados são, na visão de Kotter<sup>21</sup>, as metas e as preocupações que permeiam o inconsciente da maioria das pessoas de um grupo.

---

<sup>17</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>18</sup> KOTTER, 1997, op. cit.

<sup>19</sup> Idem, p. 24.

<sup>20</sup> Idem, p. 150.

<sup>21</sup> Idem, 1997.

### **3 METODOLOGIA**

O presente estudo foi delineado como uma pesquisa descritiva, pois buscou verificar se as etapas do modelo de Kotter se repetem ou podem se repetir em uma organização pública. A abordagem é qualitativa, de corte transversal. Como estratégia de pesquisa, foi adotado o estudo de caso, com a combinação de técnicas de coleta de dados. Foram realizados: levantamento bibliográfico, análise de documentos e entrevistas semi-estruturadas.

O modelo conceitual da pesquisa foi determinado com base nos objetivos do estudo, bem como nos conceitos e dados obtidos na fundamentação teórica. O modelo consiste em um conjunto de variáveis relacionadas com as oito etapas do processo de mudança de Kotter, além de variáveis relacionadas à classificação da mudança. O modelo conceitual é demonstrado na tabela abaixo.

Tabela 1 – Modelo conceitual da pesquisa

<b>IDENTIFICANDO A MUDANÇA</b>	
<b>Critério</b>	<b>Classificação</b>
Intencionalidade	Intencional
	Não intencional
Controle sobre o processo	Planejada
	Conduzida
	Evoluída
Amplitude das dimensões organizacionais afetadas	Macro
	Micro
Frequência de ocorrência	Evolutiva
	Episódica
Profundidade das alterações provocadas na organização	Normal
	Radical
Principal tipo de conteúdo afetado	De natureza predominantemente técnica/econômica
	De natureza predominantemente humana/social

VERIFICANDO AS ETAPAS DA MUDANÇA	
Etapas da Mudança	Variáveis
Estabelecimento de um senso de urgência	Urgência/complacência
	Crise/oportunidade
Criação de uma coalizão administrativa	Coalizão/Equipe
	Confiança
Desenvolvimento de uma visão e estratégia	Visão
	Estratégia
Comunicação da visão da mudança	Comunicação
Investir de <i>empowerment</i> os funcionários para ações abrangentes	Delegação
Realização de conquistas a curto prazo	Vitórias já conquistadas
	Credibilidade
Consolidação de ganhos e produção de mais mudanças	Novas mudanças
Estabelecimento de novos métodos na cultura	Valores
	Comportamento

Fonte: os Autores.

A unidade de análise é a Procuradoria Seccional Federal em Santa Maria. O interesse no caso surge justamente porque esse órgão está atualmente em pleno processo de mudança. Ademais, o levantamento de dados foi realizado por uma pesquisadora inserida na organização, atuando em observação participativa, o que facilitou a coleta.

Após a realização de uma entrevista-teste, foram realizadas entrevistas entre 29 de setembro e 21 de outubro de 2011, de forma a descrever e analisar o estado da mudança às vésperas de seu ápice – a instalação formal da Procuradoria Seccional Federal em Santa Maria, em 7 de dezembro de 2011. Foram entrevistados dois Procuradores e dois Servidores. Assim é possível investigar como a mudança está sendo vivida e apropriada pelos membros da organização, não se limitando à ótica do líder.

#### **4 O CASO: A PROCURADORIA SECCIONAL FEDERAL DE SANTA MARIA**

Historicamente, a representação judicial e extrajudicial de autarquias e fundações públicas federais pertencia às procuradorias e departamentos jurídicos instalados dentro dessas organizações. A partir da Lei Complementar n.º 73, de 10 de Fevereiro de 1993, essas procuradorias e departamentos espalhados em diversas instituições passaram a estar vinculados à Advocacia-Geral da União, mas somente sob o ponto de vista normativo e técnico.

Com a criação da Procuradoria Geral Federal, órgão vinculado à Advocacia-Geral da União, pela Lei n.º 10.480, de 2 de julho de 2002, foi prevista a possibilidade de instalação de Procuradorias Seccionais Federais fora das capitais, a critério do interesse público, com o fito de promover a centralização, economicidade, eficiência e racionalização dos serviços jurídicos. Uma vez instalada, a Procuradoria Seccional Federal reúne todos os recursos locais de departamentos jurídicos e procuradorias. Em contrapartida, a Procuradoria Seccional Federal passa a representar judicialmente todas as autarquias e fundações sediadas em sua área de atuação, além de manter o assessoramento jurídico quanto a matérias de competência legal ou regulamentar das entidades e autoridades assessoradas.

Em Santa Maria, o processo iniciou em 2006, dirigido por um líder local, denominado Instalador. Naquela época existiam duas Procuradorias: uma especializada, junto ao Instituto Nacional do Seguro Social, e outra não especializada, junto à Universidade Federal de Santa Maria. Portanto, somente essas duas autarquias possuíam representação na região. A equipe de cada procuradoria era constituída por Procuradores Federais, carreira da Advocacia-Geral da União, e de Analistas e Técnicos das respectivas autarquias (INSS e UFSM).

Durante a entrevista, o Procurador 1 lembrou que os objetivos iniciais da mudança eram a melhoraria das condições físicas do ambiente e a racionalização do trabalho de representação jurídica das autarquias e fundações em Santa Maria. De fato, nessa mudança, observa-se a busca constante por melhorar a estrutura, padronizar procedimentos, racionalizar os recursos humanos e materiais, facilitar o gerenciamento dos processos judiciais, aproveitar os diversos bancos de informações, tornando mais efetiva e eficiente a defesa judicial das autarquias e fundações públicas federais.

A reestruturação da Procuradoria Seccional Federal em Santa Maria implica na reunião de parte da Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS, da Procuradoria Federal da UFSM, e do Escritório de Representação da Procuradoria-Geral Federal local. É uma mudança que envolve a reestruturação da organização, a racionalização de custos, o reposicionamento estratégico e, inevitavelmente, a revitalização cultural. A partir da sua instalação, serão treze Procuradores Federais e onze Servidores empenhados, direta ou indiretamente, na defesa dos interesses de quase duzentas autarquias e fundações públicas federais em quatro Subseções Judiciárias e vinte Comarcas da região.

A profundidade da mudança em curso justifica o interesse acadêmico pelo caso. Ademais, considerando que mudanças semelhantes (instalações de Procuradorias Seccionais Federais) se repetirão pelo país, o estudo desse caso poderá trazer resultados úteis e replicáveis.

## 5 RESULTADOS

Foram ouvidos dois procuradores, a seguir identificados como Procurador 1 e Procurador 2, e dois servidores, identificados como Servidor 1 e Servidor 2. Os entrevistados Procurador 1, Procurador 2 e Servidor 1 participam ativamente do processo de mudança, enquanto que o Servidor 2 somente sofreu seus efeitos. O Procurador 1 e o Servidor 1 ocupam cargos de chefia nos órgãos de origem. Todos entrevistados trabalham em procuradorias há cinco anos ou mais.

### 5.1 Classificação da mudança

Quanto à classificação da mudança, todos os respondentes afirmaram que se trata de uma *mudança intencional*, fruto de uma decisão consciente da organização. Todos entrevistados concordam que, embora não exista uma sequência rígida de eventos planejados, o Instalador dirigiu processo de mudança, de modo que ela se caracteriza como uma *mudança conduzida*.

Todos respondentes afirmaram que a mudança envolve várias dimensões internas e externas da organização, razão pela qual ela pode ser classificada como uma *macromudança*. O Servidor 1 enfatizou mudanças nas relações com o cidadão; o Procurador 1 e o Servidor 2 destacaram as alterações no relacionamento com as autarquias e outros órgãos públicos; o Procurador 2 citou alterações nas relações com o Poder Judiciário.

O Servidor 1 e os Procuradores 1 e 2 consideram a *mudança evolutiva*, composta por alterações que vem ocorrendo aos poucos, mas frequentemente, para produzir uma grande mudança ao longo do tempo. O Servidor 2, embora não tenha admitido que a mudança é de longo prazo, em função de seu conceito pessoal do que é longo prazo, disse que certamente ela não é de curto prazo.

Quanto a profundidade, o Servidor 1 e os Procuradores 1 e 2 afirmaram que mudança tende a provocar grandes alterações no conjunto global da organização, sendo classificada como uma *mudança radical*. O Servidor 2 acredita que as alterações foram mais ou menos profundas dependendo do setor.

Os Servidores 1 e 2 o Procurador 2 reconhecem que a mudança tem *natureza predominantemente técnica/econômica*, principalmente voltada para a transformação da estrutura e dos processos e redução de custos. O Procurador 1 acredita que tanto o conteúdo técnico/econômico quanto o humano/social foram afetados. Evidentemente, por mais que uma mudança vise aspectos técnicos ou econômicos, as pessoas sempre serão afetadas. Como se verá mais adiante, as transformações de natureza humana/social recentemente começaram a ocorrer no caso em análise.

## 5.2 Etapas da mudança

Quanto à primeira etapa, estabelecimento de um senso de urgência, o Servidor 1 e os Procuradores 1 e 2 reconhecem que houve um senso de urgência. Todos eles se referiram ao mesmo evento – locação do prédio para instalação da Procuradoria – como desencadeador do sentido de urgência. Embora o Procurador 1 e o Servidor 1 tenham se referido a ele como uma crise, o Procurador 2 inicialmente percebeu nele uma oportunidade.

Ao contrário dos demais, o Servidor 2, que não participou ativamente do processo de mudança, demonstrou complacência: “[...] não vejo um sentimento de urgência. Não me parece que exista. Mas também não vejo, por outro lado, descompromisso. Eu vejo a aceitação do ritmo que as coisas eventualmente tomam.” (Servidor 2). Isso confirma o modelo de Kotter (1997), para quem aqueles que não compartilham o senso de urgência são contaminados pela complacência e, mais cedo ou mais tarde, deixam de cooperar.

Quanto a segunda etapa, criação de uma coalizão administrativa, os Procuradores 1 e 2 e o Servidor 1 acreditam que houve um grupo com poder suficiente para liderar a mudança. O Procurador 2 e o Servidor 1 referiram-se a união, o que remete ao conceito de coalizão. Para Kotter (1997), a coalizão administrativa é formada por pessoas unidas por objetivos comuns, com nível de confiança adequado.

O Servidor 1 lembrou que algumas pessoas não confiavam no resultado da mudança: “É um problema seriíssimo, o pessoal não confia nas coisas. A gente tem que tentar explicar pra eles que se tem que ter confiança.” (Servidor 1).

O Procurador 1 também reconheceu que algumas pessoas não tinham confiança. Essa variável não impediu a mudança, mas é um dos fatores que atrasou o processo. Para Kotter (1997), a confiança é o componente essencial para a formação de uma equipe eficaz, que lidere a mudança. No caso em estudo, as pessoas envolvidas na mudança confiavam no líder, mas as pessoas que não confiavam não se envolveram ativamente no processo. O Procurador 2, inclusive, mencionou que eles foram “capitaneados” pelo instalador. Quanto a terceira etapa, desenvolvimento de uma visão e estratégia, todos entrevistados acreditam que existiam visão e estratégia definidas, que direcionaram os esforços de mudança. O Procurador 1, questionado sobre se a definição da visão e da estratégia auxiliou na mudança, assim respondeu:

Sim, ajudou. Inclusive não só em relação aqui a Procuradoria Seccional de Santa Maria. Porque o nosso processo de instalação foi um dos primeiros do Brasil, que foi em 2006, quando ele nasceu. Não tinha nenhum ato normativo disciplinando essa questão. E a partir daí que a PGF começou a editar atos no sentido de disciplinar a questão, porque todas as unidades, as demais unidades do país, também quiseram a mesma coisa. (Procurador 1)

Isso confirma o modelo de Kotter (1997), que defende que uma visão adequada facilita grandes mudanças através da motivação, da otimização dos recursos e da coordenação das diversas pessoas envolvidas.

Quanto a quarta etapa, comunicação da visão da mudança, os Servidores 1 e 2 acreditam que a comunicação não foi eficiente. Os Procuradores 1 e 2 entendem que a comunicação foi eficiente. Mas todos reconhecem a importância da comunicação. O Procurador 1, consciente das falhas no processo, esclareceu:

[...] algumas questões, principalmente a questão remuneratória, de inclusão ou não inclusão na carreira, de uma eventual carreira nova dentro da AGU, talvez os servidores tenham uma certa noção de que eles não tem toda a informação. Só que essa informação nunca ela chega de forma completa, porque é uma questão que depende de toda uma cadeia de decisões de dentro da estrutura do órgão. Não é só em nível local, aqui que se pode definir isso ou não. (Procurador 1)

De fato, as maiores preocupações demonstradas pelo Servidores 1 e 2 referem-se a sua situação funcional: se eles seriam cedidos dos seus órgãos de origem para Advocacia-Geral da União ou não, se isso iria acontecer com todos os servidores ou só com parte deles, se causaria alguma alteração na remuneração. Como essas questões são definidas politicamente, através de lei, é possível uma aparente inconsistência entre a visão desenvolvida e comunicada localmente e o que ocorre em instâncias superiores da Administração. Para Kotter (1997), a forma de resolver essas inconsistências é a comunicação explícita e honesta. Uma mensagem simples e honesta, informando a atual situação da questão, mesmo que seja para esclarecer que o líder local não possui ingerência sobre ela, é suficiente para manter a credibilidade e a confiança. As falhas ou limitações ocorridas na comunicação, reafirmam a importância dessa etapa no processo de mudança, confirmando o modelo de Kotter.

Quanto à quinta etapa, investir de empowerment os funcionários para ações abrangentes, todos entrevistados afirmaram que foram delegados poderes. Os Servidores 1 e 2 e o Procurador 1 citaram nomes de servidores que receberam poderes ou atribuições para tomar atitudes de base ampla. No entanto, o Procurador 1 acredita que a delegação de poderes poderia ter sido maior: “O que eu faria diferente, que eu daria como conselho, é tentar distribuir, muito mais ainda, delegar poderes decisórios para muito mais pessoas, para que todos se sintam parte dessa nova criação” (Procurador 1). Isso confirma o modelo de Kotter (1997), para quem o empowerment é necessário para que os funcionários sintam-se capazes de realizar a mudança, envolvendo-se no processo.

Quanto à sexta etapa, realização de conquistas a curto prazo, todos entrevistados reconhecem que já houveram vitórias. Servidores 1 e 2 e o Procurador 2 destacaram como uma conquista a melhoria da estrutura física, a partir da instalação na nova sede. O Procurador 1 e o Servidor 2 consideram como vitória a otimização dos processos internos, a partir da Secretaria. O Procurador 1 e os Servidores 1 e 2, afirmaram que as pequenas vitórias já alcançadas motivam as pessoas para dar

continuidade a mudança. Para Kotter (1997), a conquista de curto prazo que contribui para o processo de mudança é aquela que é visível a um grande número de pessoas, que reconhecem nela o resultado do esforço, pois aumenta a credibilidade na coalizão administrativa.

Quanto à sétima etapa, consolidação de ganhos e produção de mais mudanças, todos entrevistados concordam que as conquistas de curto prazo estão alavancando novas mudanças. Inclusive o Servidor 2 reconhece a necessidade de produzir mais mudanças, sugerindo alterações nos processos e na comunicação. Isso vai ao encontro do modelo de Kotter (1997), para quem a credibilidade conquistada com as conquistas de curto prazo deve ser utilizada para empreender mais e maiores transformações.

Quanto à oitava etapa, os Procuradores 1 e 2 e o Servidor 1 percebem que houve alguma alteração no comportamento, mas a mudança ainda não foi incorporada à cultura da organização. Segundo eles, os valores não foram afetados. Fizeram referência ao tempo, no sentido de que essa incorporação ainda está por vir. A fala do Procurador 1 resume a questão: “Eu acho que ainda tem pessoas, não que resistam, mas que não se deram conta ainda que não estão mais num órgão só, como era a PFE/INSS, e sim que estão fazendo parte de um outro órgão, que abrange todas as autarquias federais. Isso ainda não aconteceu de forma plena.”

O Servidor 2, questionado especificamente sobre novos comportamentos e valores, disse não percebeu alteração significativa no comportamento ou nos valores - fez referência apenas a redução do tempo de convivência com os colegas de Setor, mas sem repercussão importante. Mas, em outro trecho da sua entrevista, o Servidor 2 deixa transparecer que novas práticas começam a ser adotadas:

Então eu acho que, sei lá, às vezes é simbólico também, a pessoa enxerga: estou num prédio novo, numa casa nova, vou tentar fazer as coisas mais pelo manual. Ai, eu, eu... do nosso ponto de vista do setor me parece que é isso que tá acontecendo. Ah, coisinhas bobas, por exemplo: lá entrava e saia processo sem muito controle, aqui 99% tá seguindo... exceto, claro, aquilo, às vezes não é possível seguir o manual. Mas 99% tá seguindo o manual: entra na Secretaria, vem com o SICAU prontinho, sem muito papel, bonitinho, tudo como deveria ser, como o padrão determina. Então isso é bom porque a gente tem uma rotina mais... menos sobressaltada de trabalho. (Servidor 2)

“Seguir o manual” dos fluxos de serviço não era um hábito arraigado, tampouco uma preocupação compartilhada entre todos. Mas, conforme observou o Servidor 2, essa prática está sendo alterada e, com o tempo, é possível que se torne uma norma cultural.

Defato, Kotter<sup>22</sup> reconhece que as alterações nas regras de comportamento e nos valores compartilhados ocorrem no final do processo de mudança. Por isso é que o estabelecimento de novos métodos na cultura é o oitavo estágio, e não o primeiro. Ademais, a introdução de novos métodos na cultura demanda tempo pois eles serão incorporados somente após muita instrução verbal e apoio, quando as pessoas admitirem a sua validade e reconhecerem os seus benefícios.

A tabela abaixo resume os resultados encontrados:

Tabela 2 – Resultados da pesquisa

Etapas da mudança	Servidor 1		Servidor 2		Procurador 1		Procurador 2	
	Faz	*	Faz	*	Faz	*	Faz	*
Etapa 1								
Etapa 2								
Etapa 3								
Etapa 4								
Etapa 5								
Etapa 6								
Etapa 7								
Etapa 8								

\* importante

Fonte: os Autores

A seguir, compara-se os resultados obtidos com o resultado de outras pesquisas já desenvolvidas sobre o tema da mudança organizacional.

### 5.3 Resultados comparados a outras pesquisas

Sellmann & Marcondes<sup>23</sup>, analisando processos de mudança em empresas de telecomunicações, verificaram que a criação do senso de

<sup>22</sup> KOTTER, op. cit.

<sup>23</sup> SELLMANN, Maria Cristina Zampieri; MARCONDES, Reynaldo Cavalheiro. A gestão da mudança em ambientes dinâmicos: um estudo no setor das telecomunicações. *Cadernos EB/PE*, v. 8, n. 4, Rio de Janeiro, p. 764-781, dez. 2010.

urgência e a coalizão administrativa influenciaram as prioridades dadas à implementação dos projetos de transformação. “A urgência revelou-se tão importante quanto a coalizão entre os gestores dos projetos e a direção das empresas, fazendo com que a autoridade e poder para a tomada de decisões tenha ajudado na obtenção do comprometimento e no envolvimento das pessoas na mudança”<sup>24</sup>.

Estrada & Almeida<sup>25</sup> elaboraram um modelo de mudança organizacional voltado à implementação do planejamento estratégico. Nesse modelo, o primeiro estágio é formar a coalizão dominante, “reunião de um grupo com bastante poder e motivado a trabalhar em equipe, a fim de liderar o esforço da mudança na empresa”<sup>26</sup>, o equivalente a segunda etapa do modelo de Kotter<sup>27</sup>. Isso corrobora a importância de formar uma coalizão administrativa logo no início do processo de mudança.

Refletindo sobre a ligação entre os processos de comunicação e mudança organizacional, Reis conclui que “Não há como implementar o conteúdo da mudança sem uma forte presença comunicacional; produzida e caracterizada como tal, ou não (embutida nas ações de gestão e operacionalização da mudança)”<sup>28</sup>. Isso vai ao encontro do modelo de Kotter<sup>29</sup> que também reconhece a importância da comunicação para o sucesso da mudança.

Vieira<sup>30</sup> examinou o processo de gestão da mudança para implantar uma cultura de segurança da informação na Petrobrás a partir do modelo de Kotter. Verificou que a alta complacência, o senso de urgência atribuído somente no primeiro momento, as falhas na comunicação da visão e na mudança cultural, além da pouca preocupação em comemorar as conquistas de curto prazo, prejudicaram o processo.

<sup>24</sup> Ibidem, p. 778.

<sup>25</sup> ESTRADA, Rolando Juan Soliz; ALMEIDA, Martinho Isnard Ribeiro de. Eficiência e eficácia da gestão estratégica: do planejamento estratégico à mudança organizacional. *Revista de Ciências da Administração*, Florianópolis, v. 9, n. 19, p. 147-178, set.-dez. 2007.

<sup>26</sup> Ibidem, p. 169.

<sup>27</sup> KOTTER, 1997, op. cit.

<sup>28</sup> REIS, Maria do Carmo. *Comunicação e mudança organizacional: uma interlocução instrumental e constitutiva*. *Organicom*, Brasil, v. 1, n. 1, p.34-53, 2004. Disponível em: <<http://revistas.univerciencia.org/index.php/organicom/article/view/5715/5173>>. Acesso em: 28 nov. 2011. p. 51.

<sup>29</sup> KOTTER, op. cit.

<sup>30</sup> VIEIRA, Patrícia dos Santos. *Cultura de segurança da informação: um processo de mudança organizacional na Petrobras*. Rio de Janeiro: EBAPE/FGV, 2009. 117 p. Dissertação (Mestrado) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2009.

Souza<sup>31</sup> aplicou o modelo de Kotter em uma empresa familiar, em um processo de mudança que não foi bem-sucedido. A autora concluiu que a empresa não seguiu as oito etapas de Kotter, o que explica as dificuldades enfrentadas. Assim como pesquisa empírica de Souza<sup>32</sup>, em que a empresa não passou pelas oito etapas e não obteve êxito na mudança, o estudo aqui desenvolvido, em uma organização pública que está obtendo sucesso com a mudança, confirmam o modelo de Kotter<sup>33</sup>.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa empírica permitiu analisar a mudança objeto do estudo, a reestruturação da Procuradoria Seccional Federal de Santa Maria, classificando-a como: intencional, pois partiu de uma decisão consciente; macro, pois envolve várias dimensões da organização; conduzida, pois há um líder dirigindo processo, embora a mudança não siga uma sequência rígida de eventos planejados; evolutiva, pois vem ocorrendo aos poucos, mas com freqüência, visando uma grande transformação de longo prazo; radical, porque tende a provocar profundas alterações no conjunto global da organização; e de natureza predominantemente técnica/econômica, embora aspectos humanos e sociais começem a ser alterados.

Também foi investigado se as etapas do modelo de Kotter ocorreram ou não no caso estudado. Verificou-se que, no processo de mudança, a organização em exame passou ou está passando por todas as etapas do modelo de Kotter.

No entanto, foram identificadas dificuldades na criação do senso de urgência, pois existiam pessoas contaminadas pela complacência, e na formação da coalizão administrativa, devido à falta de confiança no estágio inicial. Também houveram problemas com a comunicação, em razão da aparente inconsistência entre a visão desenvolvida e comunicada localmente e o que ocorre em instâncias superiores da Administração Pública. O empowerment dos funcionários poderia ser mais amplo e as mudanças culturais só estão começando. A realidade não é perfeita. Mas esses pequenos problemas da prática são congruentes com o modelo teórico adotado. Isso leva a conclusão de que a mudança em uma organização pública pode ser gerenciada com êxito seguindo o modelo de Kotter.

---

<sup>31</sup> SOUZA, op. cit.

<sup>32</sup> SOUZA, op. cit.

<sup>33</sup> KOTTER, 1997, op. cit.

O presente estudo encontra limitações, pois o resultado só se aplica mudanças semelhantes, com as mesmas características. Para pesquisas futuras, tendo em vista o mesmo caso ou semelhante, sugere-se o aprofundamento da pesquisa no que tange a mudança cultural, com um corte longitudinal.

## REFERÊNCIAS

- BEER, Mike (org.). *Gerenciando a mudança e transição*. Rio de Janeiro: Record, 2003.
- FORD, Jeffrey D.; FORD, Laurie W. The Role of Conversations in Producing Change in Organizations. *Academy of Management Review*, v.20, n.3, p.541-570, 1995.
- ESTRADA, Rolando Juan Soliz; ALMEIDA, Martinho Isnard Ribeiro de. Eficiência e eficácia da gestão estratégica: do planejamento estratégico à mudança organizacional. *Revista de Ciências da Administração*, Florianópolis, v. 9, n. 19, p. 147-178, set./dez. 2007.
- FISCHER, Rosa Maria. Mudança e transformação organizacional. In: FLEURY, Maria Tereza Leme. *As pessoas na organização*. São Paulo: Gente, 2002. p. 147-163.
- KOTTER, John P. *Liderando mudança*. Rio de Janeiro: Elsevier, 1997.
- \_\_\_\_\_. Liderando a mudança: por que fracassam as tentativas de transformação. In: *Mudança*. Rio de Janeiro: Campus, 1999.
- LEITE, Nildes Pitombo; PRIETO, Vanderli Correia. Gestão da mudança dos padrões culturais em direção ao paradigma da transformação: o caso da organização alfa. *Produto & Produção*, v. 10, n. 1, p. 19-37, fev. 2009. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/ProdutoProducao/article/view/2107/4704>>. Acesso em: 28 nov. 2011.
- LIMA, Suzana Maria Valle, BRESSAN, Cyndia Laura (Org.). *Mudança Organizacional: teoria e gestão*. Rio de Janeiro: FGV, 2003.
- MINTZBERG, Henry; AHLSTRAND, Bruce; LAMPEL, Joseph. *Safari de estratégia: Um roteiro pela selva do planejamento estratégico*. Porto Alegre: Bookman, 2000.

PINTO, Mario Couto Soares; SOUZA, Cristina Lyra Couto de. Mudança organizacional em uma empresa familiar brasileira. *RAP - Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 3, p. 609-634, maio/jun. 2009.

QUEIROZ, Roberta Graziella Mendes; CKAGNAZAROFF, Ivan Beck. Inovação no setor público: uma análise do choque de gestão (2003-10) sob a ótica dos servidores e dos preceitos teóricos relacionados à inovação no setor público. *RAP - Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 44, n. 3, p. 679-705, maio/jun. 2010.

REIS, Maria do Carmo. Comunicação e mudança organizacional: uma interlocução instrumental e constitutiva. *Organicom*, Brasil, v. 1, n. 1, p. 34-53, 2004. Disponível em: <<http://revistas.univerciencia.org/index.php/organicom/article/view/5715/5173>>. Acesso em: 28 nov. 2011.

SELLMANN, Maria Cristina Zampieri; MARCONDES, Reynaldo Cavalheiro. A gestão da mudança em ambientes dinâmicos: um estudo no setor das telecomunicações. *Cadernos EBAPE*, v. 8, n. 4, Rio de Janeiro, p. 764-781, dez. 2010.

SILVA, José Roberto Gomes da; VERGARA, Sylvia Constant. Análise Comparativa Acerca da Utilização de Desenhos na Pesquisa sobre a Criação de Sentido da Mudança Organizacional. *Organizações & Sociedade*, Salvador, BA, v. 9, n. 23, p. 159-169, 2002.

SOUZA, Cristina Lyra Couto de. *Mudança organizacional em uma empresa familiar brasileira: um estudo de caso*. Rio de Janeiro: PUC-RIO, 2006. 132 p. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Administração de Empresas, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Administração, Rio de Janeiro, 2006.

VIEIRA, Patrícia dos Santos. *Cultura de segurança da informação: um processo de mudança organizacional na Petrobras*. Rio de Janeiro: EBAPE/FGV, 2009. 117 p. Dissertação (Mestrado) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 2009.

WEICK, Karl E.; QUINN, Robert E. Organizational change and development. *Annual Review of Psychology*, n. 50, p. 361-389, 1999.



# **ARBITRAGEM, REGULAÇÃO E NORMAS DE ORDEM PÚBLICA:LIMITES DA AUTONOMIA DAS VONTADES**

***ARBITRATION, REGULATION AND PUBLIC RULES:  
LIMITATION OF AUTONOMOUS WILL***

*Irapuã Gonçalves de Lima Beltrão  
Procurador Federal da AGU*

*Especialista em Direito Econômico pela FGV – RJ e em Direito do Estado pela UERJ  
Master of Law pela University of Connecticut e mestre e Doutorando em Direito  
da linha “Estado e Direito: Internacionalização e Regulação” pela Universidade  
Gama Filho – RJ*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Arbitragem, Direito Aplicável e Ordem Pública; 2 Regulação e Normatização; 3 Arbitragem, Normas de Regulação e Ordem Pública; Referências.

**RESUMO:** A doutrina internacional vem destacando a importância da arbitragem na solução dos conflitos, especialmente para a composição das questões internacionais no atual momento de globalização com corporações transnacionais. O grande relevo reside na possibilidade de fixação de regras que disciplinem o procedimento, reforçando assim a autonomia das vontades. Entretanto, o diploma brasileiro que cuida da arbitragem, seguindo padrões existentes em outros países, estabelece limites a tal autonomia diante da impossibilidade de superação das regras de ordem pública. Neste ponto ocorre o encontro da globalização com a regulação, onde diversos setores conterão normas de ordem pública para respeito de direitos fundamentais da sociedade, limitando a autonomia das vontades na arbitragem. Este artigo procura investigar o significado de norma de ordem pública, associando aos conceitos da regulação de forma a estabelecer os limites da autonomia da vontade na arbitragem de matérias submetidas à regulação.

**PALAVRAS-CHAVE** Arbitragem. Regulação. Autonomia das Vontades. Ordem Pública.

**ABSTRACT:** The international doctrine stands out the importance of arbitration in the conflicts solution, especially for the arrangement of international issues in the actual moment of globalization with transnational corporations. The biggest focus lives in the possibility of convention fixation to fix the procedure, reaffirming the autonomous will. However, the Brazilian statutes which attach arbitrations rules, according worldwide standards, establish limits to the autonomy as the impossibility of surpass public order policy. In this point, arbitration and regulation meet in many sectors that will have public order rules seeking the respect of fundamental society rights, boarding autonomous will in arbitration. These paper searches the investigation of the meaning of public order commandment, associating the concepts of regulation to establish the autonomous will's limit in the arbitration of subjects dominated by regulation.

**KEYWORDS:** Arbitration. Regulation. Autonomous Will. Public Order.

## INTRODUÇÃO

Desde a última metade do século XX o mundo tem experimentado uma nova ordem mundial, caracterizada pela multilateralidade, internacionalização das relações políticas e comerciais e por uma crescente integração dos valores econômicos e morais entre os países, com as empresas e atividades não mais se limitando às fronteiras tradicionais.

Em verdade da evidente intensificação das relações internacionais, os Estados soberanos não mais podem ou conseguem resolver certas questões e possíveis conflitos do modo tradicional ou unilateral, o que estimulou o aparecimento das mais diversas organizações voltadas para a cooperação e a toma de decisões em bloco. Não por outro motivo, CELSO DE ALBUQUERQUE MELLO<sup>1</sup> afirmou que “as organizações internacionais assumem um aspecto dialético, uma vez que diminuem o poder do Estado nas relações internacionais e, ao mesmo tempo, são utilizados pelos Estados para reforçarem o seu próprio poder”.

A solução pacífica de controvérsias passou a ser o principal ponto dos processos de integração e de regulamentação de setores comerciais de interesse multilateral já que seria inviável todo este processo de integração e de solução das grandes questões internacionais pelos mecanismos majoritariamente utilizados. Na verdade, imprestáveis as formas tradicionais para disciplina dos inevitáveis litígios, a começar pela questão da autoridade responsável e das normas aplicável.

Mesmo porque, as atividades transacionais utilizam comportamentos próprios, exigindo uma novel investigação jurídica. Nesta esteira, por todos TEPEDINO<sup>2</sup>, assevera que:

Hoje, os conglomerados empresariais transnacionais tornaram-se os protagonistas não estatais da vida econômica mundial, concentrando um poder gigantesco. Tais empresas buscam planejar a sua atuação e disciplinar o seu relacionamento recíproco valendo-se de regras próprias de conduta, que não se confundem com as leis de qualquer Estado Nacional, mas que antes representam praxes aceitas pelos agentes do mercado em que atuam.

---

<sup>1</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional da Integração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 88.

<sup>2</sup> TEPEDINO, Gustavo. Constituição e Globalização. In: MELLO, Celso de Albuquerque (coord). *Anuário: direito e globalização*, 1: a soberania / dossiê. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 187.

Neste campo fértil carecedor de novas sementes, ressurge a arbitragem como a boa prática alternativa, extrajudicial, de pacificação e solução dos interesses em controvérsia. Em campo negocial encontra largo espaço já que versa sobremaneira acerca de direitos patrimoniais e disponíveis. Recorrendo aos conceitos clássicos de fundamentação da arbitragem haverá nos negócios o consenso das partes que lançam as bases para que terceiro (ou terceiros) estranho à controvérsia possa atuar, na confiança das partes divergentes, como arbítrio.

Mas, a questão que emerge em alguns cenários específicos submetidos à regulação estatal e sobre a escolha das normas aplicáveis diante das restrições da ordem pública, notadamente em razão dos próprios fundamentos da atuação regulatória.

## **1 ARBITRAGEM, DIREITO APlicável E ORDEM PÚBLICA**

Como se disse, a internacionalização da economia brasileira e a globalização dos mercados incrementada nos últimos momentos do século XX pôs o país em contato com uma outra realidade. Não por outro motivo, na maioria dos países, sobretudo nos de economia mais desenvolvida, a arbitragem já desempenhava um papel relevante como meio extrajudicial de solução de disputas comerciais, seja no plano interno, seja no internacional.

Além dos fenômenos da globalização e da integração dos povos que contribuíram decisivamente para a compreensão das motivações que valorizaram a arbitragem, também se mostrou fundamental neste processo de revitalização as demandas sobre a efetividade ligada ao princípio do acesso à justiça.

A partir daquela realidade internacional e negocial, bem como as questões sobre o acesso à justiça, todos os estudiosos e demais envolvidos na prática do direito e, sobremaneira, os agentes econômicos expostos a essa novel realidade passaram a reclamar por modificações no quadro normativo brasileiro para reconhecer e disciplinar tal possibilidade, o que de fato veio a ocorrer com a promulgação da Lei nº 9.307, em 1996.

Dentre as diversas regras extraídas da positivação da Lei de Arbitragem destaca-se a própria possibilidade de escolha das regras, leis e normas de regência para a sua realização, como um corolário natural da autonomia das vontades que caracteriza os fundamentos do direito

privado. Na lei nacional, tal possibilidade é deduzida da redação do art. 2º da Lei:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de eqüidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

Na verdade, tal previsão consagra o Princípio da Autonomia das Vontades como afirmou TARCÍSIO ARAÚJO KROTZ<sup>3</sup>:

A arbitragem contratual, na realidade, não é uma instituição jurídica organizada pelos legisladores, mas fruto do Direito obrigacional. Trata-se de expressão máxima da autonomia da vontade ao permitir que as próprias partes, assim, como regulamentaram a formação de seu negócio jurídico, solucionem as suas pendências através da forma e procedimento que melhor lhes aprouver. As partes poderão estabelecer critérios particularizados, porque conhecem melhor do que ninguém sua realidade litigiosa, no dizer de Betti, o ‘momento dinâmico da ordem jurídica.

Entretanto, na forma da própria norma positivada em nosso ordenamento, tal método de solução encontra-se restrita à solução de questões afetas aos direitos disponíveis, considerando que, na forma explícita do §1º citado, o instituto esbarra com limitações nas questões de ordem pública.

Tanto a possibilidade de sua convenção como a restrição aos direitos disponíveis são periodicamente recordados em casos levados ao Poder Judiciário, inclusive envolvendo empresas estatais, como se ilustra pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA<sup>4</sup>:

Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem

---

<sup>3</sup> KROTZ, Tarcísio Araújo. *Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 66.

<sup>4</sup> BRASIL, STJ – 2º. turma, REsp 612439/RS, Rel. Min. João Otávio De Noronha, p. DJU - 14/9/2006.

eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência. [...] 3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste.

Apartir da limitação prevista na lei específica, todas as considerações no emprego do instituto demandam a fixação da conceituação sobre as normas de ordem pública, momente para conhecimento da aplicação da arbitragem nos mercados regulados diante dos avanços empresariais na realidade internacional.

Procurando tal conceituação, CARREIRA ALVIM<sup>5</sup> em obra especificamente destinada ao tema, aponta que a “a ordem pública importa na precedência do interesse geral, público ou social sobre o individual, estando ligada aos valores sociais vigentes num determinado momento histórico”. Portanto, já nesta visão vestibular, as normas de ordem pública, emanadas tanto no campo do direito interno como no de direito internacional, representam a fixação dos princípios indispensáveis para organização dos aspectos da vida social e estatal.

Por tal sentido já se verificaria que a composição da cláusula compromissória não daria às partes envolvidas ampla liberdade. Justo o oposto, estariam tolidos pelos interesses públicos presentes no ordenamento, aí incluído as regulamentações definidas em nome daquele interesse.

Na mesma esteira DE PLÁCIDO E SILVA<sup>6</sup> define genericamente o sentido da ordem pública como aquela “situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto”.

Assim sendo, naquele conceito estão abrangidas todas as normas definidoras de regras e princípios que mantenham a singularidade das instituições de determinado país, usualmente aceitas e não apenas

---

<sup>5</sup> ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 57.

<sup>6</sup> SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 2006.

toleradas, e igualmente definindo as características de cada mercado. Consequentemente não se pode conceber que determinados setores sejam baseados unicamente em vetores universais e globais, mas sim submetidos a conceitos de determinada sociedade e em determinada época. Deste modo, a formulação de tal premissa trata de um conceito localizado e temporal. É neste caminho que tal conceito de ordem pública pode ser analisado sob a perspectiva interna estando ali as regras que não poderão ser elididas pela vontade das partes.

Destarte, o professor JACOB DOLLINGER<sup>7</sup> destaca que “o princípio da ordem pública é o reflexo da filosofia sócio-política-jurídica de toda a legislação, que representa a moral básica de uma nação e que atende às necessidades econômicas de cada Estado”. Como usual nos países da tradição do *civil law* como o Brasil, tais normas estarão arquitetas nos códigos e demais normas positivadas pelo legislador nacional, integradas pelos princípios explícitos ou implícitos que serão deduzidas pelos interessados no caso concreto.

Entretanto, nos mercados regulados a resposta a tal pergunta não será limitada aos óbvios elementos de ordem pública contida no código ou nas leis. Setorialmente, a partir do controle estatal e os predicados da regulação, é exigido outros elementos para a definição daqueles elementos limitadores da vontade sobre as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem.

## 2 REGULAÇÃO E NORMATIZAÇÃO

Cediço que o instituto da ‘Regulação’ tem sua origem no campo das ciências econômicas, marcante destacada a partir dos questionamentos ao liberalismo econômico e do consequente Estado Mínimo, quando não mais era satisfatória a visão da mão invisível que conduziria ao bem estar da sociedade. “Na realidade, a introdução do termo ‘regulação’ no discurso dos juristas é relativamente novo”, como acentua ANDRÉ-JEAN ARNAUD<sup>8</sup>. Foram os novos fundamentos da disciplina econômica que exigiram do aparelho estatal a assunção de novas funções de intervenção, ainda que em diversas intensidades.

<sup>7</sup> DOLLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

<sup>8</sup> ARNAUD, André-Jean. O Direito Contemporâneo entre regulamentação e regulação: o exemplo do pluralismo jurídico. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 3

Com isto, a própria história das atividades do Estado e sua atuação na sociedade fizeram que este assumisse a função regulatória em alguns campos, ganhando, consequentemente, contornos jurídicos. O choque entre as características do Estado Mínimo e do Estado do Bem-Estar Social impôs aos doutrinadores vários questionamentos básicos, destacando-se, *ab initio*, o fundamento para a maior atuação governamental.

As mais diversas motivações particulares de cada nação e seu momento histórico levaram o Estado a determinar qual a gama de setores privados regulados per si, mas, a verdade é que cada setor submetido ao poder regulatório possui seus próprios fundamentos específicos, muitos determinados pela evolução daquele segmento na vida privada dos países e seus cidadãos e na capacidade e/ou necessidade de atuação direta estatal.

Neste ponto, além da motivação econômica para cada setor, reconhece também a história fundamentos sociais. Sinteticamente comparando, a ‘Regulação Econômica’ busca, entre outros objetivos, suavizar as falhas de mercado pela formulação de normas de conduta. Paralelamente, na ‘Regulação Social’ o Estado intervém em atividades econômicas onde existem bens meritórios, tais como fartamente repetido na história, saúde e educação.

No Brasil, o aparecimento mais claro desta missão regulatória acompanhou a evolução da burocracia estatal, sendo que os órgãos mais marcantes desta função ganham estabilidade institucional a partir da reforma administrativa iniciada na década de 60. Consolidam-se neste momento, o CADE, o Banco Central do Brasil - BACEN e a Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, por exemplo, antecedendo as atuais Agências Reguladoras independentes.

Os motivos geradores do aparecimento de cada um destes órgãos são variantes e derivam sempre de uma análise conjuntural feita naquele momento. Como ilustra Marcos Juruena Villela Souto para algumas motivações:

[...] nas hipóteses em que não for conveniente ou viável a flexibilização do monopólio ou concentração, a proteção do consumidor e do mercado será feita através do órgão regulador, encarregado de atenuar os malefícios da restrição da competição.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2003. p. 293.

O fato é que houve a produção de uma distinta forma de intervenção do Estado, não mais para a execução direta de serviços, mas sim para controle. Tanto assim que Simone Nunes Lahorge afirma sobre este mecanismo:

A intervenção do Estado no domínio econômico deve ser considerado como a ação econômica do Estado imposta pela realidade que lhe atribui crescente regulamentação e fiscalização da própria atividade privada que exorbitava os limites da liberdade de iniciativa, bem como, em paralelo, pelas demandas sociais que passaram a exigir mais do que o poder econômico privada podia atender.<sup>10</sup>

No particular deste estudo, a atividade securitária é ditada pelo Decreto-Lei nº 73, de 1966, em substituição às antigas normas da virada da década de 40 com seu modelo centralizador, tratando do mercado de seguros como um todo. Em todas estas premissas normativas extrai-se algumas características básicas, sendo que, no estudo das normas regedoras do seguro e sua atividade comercial, sobressalta seu aspecto financeiro como uma das partes fundamentais vez que representa uma forma de economia popular.

Desta forma, vista a atividade do seguro não apenas como um contrato individual, pelo qual a seguradora assume o risco de outra pessoa em troca da devida remuneração, mas com os olhos na totalidade de contratos realizados e obrigações assumidas, exigindo das sociedades a constituição das impositivas reservas, imperiosa a conclusão que as atividades desenvolvidas pelas sociedades de seguro representam uma clara forma de captação de poupança popular.

Com isto, há muito deixou o seguro de ser pensado apenas no plano individual, para ser tratada como uma das facetas do sistema financeiro dos países, merecendo, por via de consequência, toda uma sorte de tratamento adequado de forma a evitar maiores perdas ao mercado ou à economia.

Dante desta inevitável conclusão, as diversas legislações elaboradas no mundo preocuparam-se também com a participação dos entes seguradores na economia nacional, não fugindo o Brasil a tal condição. Assim, a Constituição da República Federativa do Brasil

<sup>10</sup> NUNES, Simone Lahorgue. *Os Fundamentos e os Limites do Poder Regulamentar no Âmbito do Mercado Financeiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 27.

de 1988 reconheceu a participação da atividade securitária no cenário financeiro do País, consagrando a colocação da atividade dentro do título referido como Da Ordem Econômica e Financeira (título VII – artigos 170 a 192 CRFB).

Deve-se sempre destacar que, o dispositivo constitucional, além de determinar que a lei mencionada deveria tratar não só das sociedades que atuem diretamente na comercialização, mas também do órgão governamental que passará a exercer a fiscalização e regulação daquelas próprias sociedades e das atividades securitárias dentro do território nacional. Por este motivo, o Professor DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO<sup>11</sup> ali reconheceu que “tem-se, pois, além de um regimes privado, de Direito Comercial, regulador das relações de coordenação entre segurados e seguradores, um regime administrativo, que rege as relações de ambos com o Estado, nitidamente subordinativas”.

Mesmo a reforma constitucional operada pelas Emendas Constitucionais nº 13 e 40 não retirou a substância da atividade securitária do sistema financeiro nacional. Neste particular, a atividade securitária é tida internacionalmente como um segmento financeiro, sujeitando-se, portanto, aos conceitos da *Regulação Econômica*. Assim, a regulação surge como uma das principais ferramentas de atuação estatal, reconhecendo que, se uma das características no funcionamento das economias de mercado é a liberdade de atuação dos agentes econômicos, deve a esta motivação regulatória limitar tal liberdade pela utilização do poder coercitivo do Estado e seus instrumentos.

Nos precisos conceitos introdutórios definidos pelo Professor Diógenes Gasparini<sup>12</sup>:

As atividades econômicas surgem e se desenvolvem por força de suas próprias leis, decorrentes da livre empresa, da livre concorrência e do livre jogo dos mercados. Essa ordem, no entanto, pode ser quebrada ou distorcida em razão de monopólios, oligopólios, cartéis, trustes e outras deformações que caracterizam a concentração do poder econômico nas mãos de um ou de poucos. Essas deformações da ordem econômica acabam, de um lado, por aniquilar qualquer iniciativa, sufocar toda a concorrência e por dominar a pesquisa e

---

<sup>11</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 472.

<sup>12</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 629.

o aperfeiçoamento. Em suma desafiam o próprio Estado, que se vê obrigado a intervir para proteger aqueles valores, consubstanciados nos regimes da livre empresa, da livre concorrência e do livre embate dos mercados e para manter constante a compatibilização, característica da economia atual, da liberdade de iniciativa e do ganhou ou do lucro com o interesse social.

Neste contexto constitucional, surge o Estado como responsável pela manutenção da ordem e agente de estabilização dos elementos e das forças de mercado, já que “deixado a si mesmo o mercado pode ser suicídário”<sup>13</sup>. Como apresenta a jurista lusa Maria Manuel Leitão Marques<sup>14</sup>:

Problema crucial da democracia: o do equilíbrio entre a liberdade de iniciativa privada e respectivos corolários, como a liberdade de organização e a autonomia contratual, e a necessidade de controlo do poder económico privado de modo a que este não constitua uma ameaça àquela liberdade.

Tudo isto direcionou as atividades financeiras para a regulação dos setores que compõe aquele sistema. Como o mercado securitário, e suas modalidades de contratação, integram aquele sistema sujeitou-se, naturalmente, aos conceitos da *Regulação Econômica*.

Neste sentido, ao afirmarmos a incidência daquele tipo de controle, nos recorremos da certeza de que “a regulação na ordem econômica tem por objetivo viabilizar o princípio da livre iniciativa e a defesa do consumidor, instituindo e preservando a competição onde ela seja viável e minimizando os efeitos do monopólio, onde ele se faça indispensável”<sup>15</sup>.

Desta feita, como costumeiramente repetido nas lições vestibulares, a *Regulação Econômica* traduz o uso deste poder para limitar as escolhas dos agentes econômicos de um determinado com o fim maior da máxima eficiência para a sociedade.

Neste cenário, a *Regulação Econômica* integra diversas funções, antes minimamente segregados pela lógica da separação de poderes.

<sup>13</sup> MARQUES, Maria Manuel Leitão. Economia de Mercado e Regulação. In: MOREIRA, Vital; MARQUES, Maria Manuel Leitão (org). *A Mão visível – mercado e regulação*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 13.

<sup>14</sup> MARQUES, Maria Manual Leitão. *Anti-trust: uma nova época permissiva?*, Idem.

<sup>15</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 107.

Este conceito fixado a uma determinada atividade econômica buscará o equilíbrio dos interesses das diversas forças sociais, por meio de uma normatização – geral e abstrata – que permitirá a aplicação destas regras por uma burocracia estatal eqüidistante dos agentes de mercado envolvidos para a prevenção e composição dos conflitos.

Para a atividade securitária como um todo, os princípios regulatórios trazem ainda preocupações concernentes à solvência das empresas, fixando medidas prudenciais, uma série de instrumentos para a preservação do interesse público final quanto à manutenção das empresas, eis que sua prestação poderá ser exigida no longo prazo.

Esta particularidade do segmento não é exclusiva ao mercado nacional, sendo, em verdade, reconhecida mundialmente, como testemunha o Professor argentino Ruben S. Stiglitz<sup>16</sup>:

A prioridade inicial é o controle que deve focalizar-se no plano financeiro e que tem por finalidade preservar a finalidade preservar a solvência das empresas. A solvência das empresas se refere, no meu país, ao capital mínimo e às reservas técnicas. Tanto um como outro (tanto o capital mínimo e as reservas técnicas) têm por finalidade pagar indenizações.

Mais do que isto, a primeira lição doutrinária ou histórica sobre o controle das atividades securitárias busca a preservação da solvência, evoluindo apenas nos instrumentos para melhor execução desta missão. Como se extrai do exemplo norte-americano, “[t]his concern with the financial health of insurance companies in time became a major focus of regulatory attention”<sup>17</sup>.

Ademais, como os contratos historicamente eram livremente fixados pelas empresas do ramo, com várias restrições de atendimento a determinados e coberturas, em muitos casos, objetos de mera adesão pelos particulares, com conseqüentes negativas de cobertura, cobertura parciais, entre outras questões que poderiam demonstrar a insatisfação dos consumidores quanto à “qualidade” e/ou “retorno” dos serviços comprados.

---

<sup>16</sup> STIGLITZ, Rubén S. *Controle do Estado sobre a atividade seguradora*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS, II Fórum de Direito do Seguro “José Sollero Filho”. 2002, p. 45.

<sup>17</sup> JACKSON, Howell E.; SYMONS JR, Edward L. *Regulation of Financial Institutions*. MN (EUA) West Group, 1999. p. 433.

Por óbvio, a regulação nos seguros privados e resseguros é resultado de um *mix* de todas aquelas teorias – sejam de fundo econômico estrutural ou de natureza social –, sendo que vários fatores credenciam a regulação fixada tradicionalmente fixada pelo Decreto-Lei nº 73, de 1966, bem como na novel determinação da Lei Complementar nº 126, de 2007.

Desta maneira, a intervenção e controle estatal derivam do interesse público naquela atividade privada autorizada constitucionalmente. Isto se deu aqui, mas também alhures, sendo reconhecido em diversos momentos da jurisdição americana sobre o tema, afirmando-se que “*insurance business is strongly affected with a public interest and therefore properly subject to comprehensive regulation in protecting the public welfare*”<sup>18</sup>.

Por todo o histórico, a normatização primária da regulação derivou dos conflitos entre os diversos agentes setoriais e daquele reconhecimento sobre a natureza da atividade e sua necessidade de forte intervenção. Outrossim, resta explícita a caracterização de tais normas de regulação como resultantes da ordem pública interna não podendo ser derrogadas por vontade das partes envolvidas, sob pena de prejuízo a todos os fundamentos que orientaram sua concepção e elaboração.

Contudo, se no campo privado do direito as normas legais são quase que suficientes para a determinação dos limites de respeito à ordem pública, o mesmo não se pode dizer neste campo de atuação do Direito Administrativo Econômico. Para a efetivação da regulação e suas pedras angulares, o legislador primário conferiu a órgãos encarregados de regulamentação diversos atributos para a definição de uma política normativa.

Não por outro motivo, no caso dos seguros e resseguros, o Decreto-Lei nº 73, de 1966, já havia definido o Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP com tal relevante papel (art. 8º, ‘a’ c/ art. 32). O Conselho tem uma competência muito ampla, fixando as diretrizes e normas da política de seguros privados, regulando a constituição, organização, funcionamento e fiscalização dos que exercem atividades subordinadas ao regulamento, além de estabelecer as características gerais dos contratos de seguros, os limites técnicos das operações, entre outras funções.

<sup>18</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: Sheerman v. Nationwide Mut Ins Co., 80 N.J. 548, 559, 404 A 2 d. 625 (1979).

Tal função foi ainda reforçada com a edição da Lei Complementar nº 126, de 2007, que rompendo com um sistema anteriormente centralizador das operações de resseguro, estabeleceu as diretrizes básicas para a atividade envolvendo os riscos e atividades das empresas nacionais, mas delegou diversas e muitas definições para a regulamentação do órgão regulador infralegal.

Por todo, não há como negar que tais regras produzidas – não mais pelo legislador primário, mas sob sua orientação – ainda formam a moldura das normas de ordem pública, naturalmente agasalhadas por aquele grande interesse público e social que cerca o setor e, portanto, indisponíveis ao direito das partes.

Neste sentido, associado tal sentido ao inevitável empregado da arbitragem no setor, deve restar clara a limitação das escolhas da cláusula compromissória que não poderão, para os riscos e atividades a serem executadas no país, afastar os ditames setoriais das normas legais e sua regulamentação infralegal.

### **3 ARBITRAGEM, NORMAS DE REGULAÇÃO E ORDEM PÚBLICA**

Por tudo, cumpre inicialmente as partes envolvidas atentarem aos limites definidores da sua autonomia de vontades na celebração do pacto pela arbitragem. No mesmo curso, indispensável que o árbitro efetivamente apontado para um caso concreto diligencie no mesmo sentido, especialmente para verificar se as regras escolhidas pelas partes na convenção não violam os preceitos considerados inafastáveis no território onde a decisão arbitral será cumprida e executada.

Neste campo, considerando a amplitude de envolvimento nos grandes contratos de seguro e resseguro, principalmente, pela sua quase certa possibilidade da decisão ter que ser eficaz em países diferentes, cumpre ainda maior diligência. Ainda que orientada por normas estrangeiras, a sentença e solução arbitral encontram limites nos preceitos e regulamentações regulatórias para o setor no território nacional, sendo todas estes normativos compreendidos no campo das normas de ordem pública interna, como destacado.

Vale lembrar que, finalmente, caso a questão demande efetivação de execução no território pátrio, deverão os interessados demandar seu implemento perante um juiz togado que ainda assim poderá se manifestar

sobre questões de ordem pública quando da execução de sentença arbitral. Não só neste momento, mas todos os envolvidos podem, em momento anterior à conclusão da análise arbitral, solicitar intervenção do poder judiciário local para a concretização de providências instrutórias, executivas ou coativas, na medida do respeito da ordem pública.

Justamente por conta de toda esta dificuldade a doutrina interna e estrangeira tem apontado dificuldades com as escolhas que desrespeitem a ordem pública interna, como destaca PEDRO BATISTA MARTINS<sup>19</sup>, apoiado em Chocrón Giraldez:

Tanto que na Espanha a doutrina e a jurisprudência debatem a abrangência e a extensão deste elástico conceito jurídico. Nos termos da sentença de Audiência Provincial ‘... *el concepto de orden público que aquí puede hacerse valer, conforme indica la propia Exposición de motivos de la Ley 36/38, debe ser el que se infiera de los principios de nuestra Constitución cuyo intérprete máximo es el TC [Tribunal Constitucional]*;’

Assim, considerando que a ordem pública representa figura restritiva da liberdade das partes em contratar e também no campo da arbitragem, é também questão delimitadora da atuação do árbitro, que deve atentar para os aspectos de ordem pública, aí entendidos também e principalmente os aspectos regulatórios do setor, aos realizar os procedimentos arbitrais e proferir sua decisão, sob pena de não se revestir de validade.

Neste sentido, imperiosa a inclusão dos comandos regulatórios setoriais. Nos casos de sentenças arbitrais prolatadas sob pena de violação à preceitos de ordem pública, cabendo aos interessados recorrerem aos mecanismos tradicionais do poder judiciário e das demais instâncias governamentais para o reconhecimento daquela infringência, até mesmo para, judicialmente, a competente decretação da nulidade da sentença arbitral.

Por tudo, considerando que as determinações regulatórias são pela sua natureza indisponíveis, vez que de interesse público, não podem ser objeto de arbitragem nem se colocar no âmbito da disponibilidade processual, permanecendo orientado por todos os princípios e fundamentos que justificaram o aparecimento da função estatal.

<sup>19</sup> MARTINS, Pedro A. Batista Martins. Autonomia da cláusula compromissória. In: *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. André Gomes Azevedo (org.). Brasília: Grupos de Pesquisa – UnB, 2003. p. 79.

## REFERÊNCIAS

- ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.
- ARNAUD, André-Jean. O Direito Contemporâneo entre regulamentação e regulação: o exemplo do pluralismo jurídico. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- DOLLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- JACKSON, Howel E.; SYMONS JR, Edward L. *Regulation of Financial Institutions*. MN (EUA): West Group, 1999.
- KROTZ, Tarcísio Araújo. *Arbitragem*. São Paulo: revista dos tribunais, 1997.
- MARQUES, Maria Manuel Leitão. Economia de Mercado e Regulação. In: MOREIRA, Vital; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *A Mão visível – mercado e regulação*. Coimbra: Almedina, 2003.
- \_\_\_\_\_. Anti-trust: uma nova época permissiva? In: MOREIRA, Vital; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *A Mão visível – mercado e regulação*. Coimbra: Almedina, 2003.
- MARTINS, Pedro A. Batista. Autonomia da cláusula compromissória. In: AZEVEDO, André Gomes. *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa – UnB, 2003.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional da Integração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- NUNES, Simone Lahorgue. *Os Fundamentos e os Limites do Poder Regulamentar no Âmbito do Mercado Financeiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. Constituição e Globalização. In: MELLO, Celso de Albuquerque (coord). *Anuário: direito e globalização*, 1: a soberania / dossiê. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 2006.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

STLIGLITZ, Rubén S. *Controle do Estado sobre a atividade seguradora*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS, II Fórum de Direito do Seguro “José Sollero Filho”. 2002.



# O PODER DE REQUISIÇÃO DOS ADVOGADOS PÚBLICOS FEDERAIS: UMA REVISÃO DESDE A CONSULTORIA GERAL DA REPÚBLICA ATÉ A ADVOCACIA- GERAL DA UNIÃO

*THE POWER OF LAWYERS REQUEST PUBLIC FEDERAL:  
A REVIEW FROM THE GENERAL COUNSEL OF THE  
REPUBLIC TO THE ATTORNEY GENERAL'S OFFICE*

*Jefferson Carús Guedes  
Advogado da União*

*Doutor e Mestre em Direito Processual Civil (PUC-SP)  
Professor da Graduação, Mestrado e Doutorado do UniCEUB (Brasília)*

*Geza Carús Guedes*

*Graduada em História na UFPel (RS)  
Mestranda do Programa de História da UFPel (RS)  
Monitora do Programa de EAD*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A Requisição como Instrumento Processual nas Legislações Imperiais e Republicanas; 1.1 O Poder de Requisição nas Legislações Imperiais; 1.2 Poder de Requisição nas Primeiras Legislações Republicanas; 2 A Lei nº 9.028/1995 e o Poder de Requisição após a Constituição de 1988; 2.1 A Regulamentação do Poder de Requisição nos Atos Regimentais da AGU; 3 Finalidade e Limites do Poder de Requisição; 3.1 Os Destinatários das Requisições e o Imprescindível Detalhamento dos Deveres Específicos de Prestar As Informações; 3.2 O Poder de Requisição na Advocacia-Geral da União; 4 Diferenciação entre o “Poder de Requisição” Conferido ao Ministério Público e o “Poder de Requisição” da Advocacia-Geral da União; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo expõe a longa construção nas leis imperiais e republicanas do poder de requisição de informações que é outorgado pela lei aos advogados e procuradores da Advocacia-Geral da União, bem como as sutis diferenças entre este instrumento de busca de informação e os similares, contidos nas leis complementares da Defensoria Pública da União e no Ministério Público Federal. Debate também as finalidades do instrumento e suas limitações, diante da negativa de prestação das informações.

**PALAVRAS-CHAVE:** Poder de Requisição. História da Advocacia Pública. Advocacia Consultiva. Improbidade. Limites.

**ABSTRACT:** This paper presents the long building in the imperial laws and republican power request information that is granted by law to the lawyers and attorneys of the Attorney General's Office as well as the subtle differences between this tool for information search and similar contained in complementary laws of the Public Defender of the Union and the Federal Public Ministry. Discussion also the purpose of the instrument and its limitations in the face of a refusal of information.

**KEYWORDS:** Power Request. History of Public Advocacy. Advocacy Advisory. Misconduct. Limits.

## **INTRODUÇÃO<sup>1 2</sup>**

A Advocacia Pública Federal, no Brasil, tem sofrido notáveis mudanças, principalmente após a Constituição de 1988, marco normativo que rompeu uma tradição de cem anos de República, retirando da Consultoria Geral da República a função consultiva e do Ministério Público Federal e dos Estados a atribuição de representação judicial da União para reuni-las em uma nova instituição, a Advocacia-Geral da União.

No plano dos Estados federativos, mesmo antes de 1988, a representação judicial estava a cargo dos Procuradores de Estado, advogados públicos que atuavam e atuam em defesa e em representação a esses entes, assim como prestavam e prestam a consultoria aos órgãos e entidades públicas estaduais.

De modo similar, no plano da Administração indireta da União, mesmo antes de 1988, e notadamente ao longo da segunda metade do século XX, vieram se compondo corpos jurídicos nas autarquias da União, encarregados da representação judicial e da consultoria a essas entidades federais autônomas.

A Constituição de 1988 teve a virtude de melhor segmentar as atribuições auxiliares à prestação dos serviços judiciais, mas também cumpriu o importante papel de defini-las como *funções essenciais à Justiça*, assim consideradas por terem maior importância e autonomia, por ultrapassarem a função estritamente judicial, para se consagrarem como imprescindíveis à Justiça vista como o fim verdadeiro do Estado e da sociedade.

A criação da Advocacia-Geral da União, como órgão de consultoria e assessoramento jurídico de todo o Poder Executivo Federal, e como responsável pela representação judicial e extrajudicial da União, se

<sup>1</sup> O presente trabalho não reflete as consequências da Lei n. 12.527/2011, Lei de Acesso à Informação, e do Decreto n. 7.724/2012, que a regulamenta, assim como de outros atos normativos menores. Essas normas ampliam aos cidadãos uma série de direitos à busca e obtenção de informações da Administração Pública que, em parte, podem coincidir com os poderes conferidos aos advogados públicos. Contudo, há que se distinguirem direitos de poderes, assim como as consequências na omissão ao atendimento de um e de outros.

<sup>2</sup> Agradecemos a atenciosa revisão e sugestões dos Advogados da União André Luiz de Almeida Mendonça e Tércio Issami Tokano, que apontou ambigüidades e limitações de algumas conclusões, possível somente como fruto da experiência que possuem no Departamento de Patrimônio Público e Probidade Administrativa da Procuradoria-Geral da União (AGU).

revelou uma notável inovação produzida pela Carta Constitucional Qualificada como uma instituição una, e com certa peculiaridade na tradição constitucional sul-americana, inspirada nos modelos italiano e espanhol, forjada nos embates da Assembléia Nacional Constituinte, sob o protesto de integrantes do próprio Ministério Público Federal.

Diante desse novo contexto institucional empreendido pela Constituição de 1988, quanto às funções essenciais à justiça, que inclui o Ministério Pùblico, a Defensoria Pública e a Advocacia Pública, ampliaram-se atribuições profissionais dessas instituições, com maior força política e um notável crescimento do seu protagonismo social.

Para a efetivação dessas funções foram atribuídos novos poderes instrumentais aos membros das carreiras e aos órgãos, de modo a permitir o exercício pleno de suas finalidades institucionais. Nesse ponto, merece destaque a capacidade ou o poder conferido aos advogados públicos de requisitar aos demais órgãos públicos os elementos necessários a sua atuação e à defesa dos interesses públicos.

O poder de requisição, para fins instrutórios, possui antecedentes históricos importantes, tanto nas leis do Império, como nas leis da República, sendo o fruto de uma longa e segura consolidação, construída para a defesa dos bens imperiais e, em seguida, para a defesa do patrimônio público ou social.

## **1 A REQUISIÇÃO COMO INSTRUMENTO PROCESSUAL NAS LEGISLAÇÕES IMPERIAIS E REPUBLICANAS**

A Lei nº 9.028/1995, nascida da conversão de Medidas Provisórias criadas logo após a instituição efetiva da Advocacia-Geral da União, pela Lei Complementar nº 73/1993, não foi a primeira norma a prever esse instrumento da requisição. Com certa timidez, a possibilidade de requisição de elementos para defesa da União está prevista nesta lei, mas possui antecedentes ainda mais fortes, escondidos nas fases antecedentes da Advocacia de Estado, nos períodos imperial e republicano.

### **1.1 O Poder de requisição nas legislações imperiais**

A estrutura da burocracia estatal no Brasil se veio formando, aos moldes portugueses, nos séculos XVII e XVIII, tendo recebido grande impulso com a chegada da Família Real ao Brasil, em 1808. A partir de então se fortalecem várias estruturas de Secretarias ou Ministérios, com

divisões que, ao tempo de D. João, resumiam-se em apenas três pastas<sup>3</sup>, tendo a pasta da Justiça se destacado da do Reino em 1821.

É na Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça que se encontram os primeiros sinais do poder de requisição de informações para a formação de processos.

As atribuições dessa nova estação (repartição pública) foram sendo definidas com a assunção de encargos que estavam em “estações” pertencentes à Secretaria do Reino, como a de apor os selos nos decretos legislativos e executivos e de registrá-los, antes afeta ao Chanceler-mor do Império<sup>4</sup>. Além dessas atribuições se destacavam outras como: a correspondência com as Províncias; os negócios da Magistratura, que incluíam a nomeação de juízes e os registros; os negócios eclesiásticos, visto que a Igreja estava vinculada ao Estado; controle de seus empregados e, correspondência de autoridades da Corte com o Poder Legislativo<sup>5</sup>.

Em 1844, a Secretaria foi reformada pelo Decreto nº 347, de 19 de abril daquele ano, com a definição de nova composição de empregados, ordenados e gratificações, horário de funcionamento e de trabalho, atribuições e deveres, lista de juízes e desembargadores etc.

Dentre as previsões desse Decreto, constava no art. 5º a seguinte previsão:

Art. 5º O Official Maior não fará subir á presença do Ministro para a sua decisão, requerimento ou Officio algum sem primeiro examinar, se sobre elle tem havido alguma decisão, que sempre ajuntará; e sem ouvir, por escripto o Procurador da Coroa, se o requerimento allegar matéria de direito, e quaequer Repartições, se contiver matéria de facto sobre que possão informar; ficando para isso autorizado a officiar, em nome do Ministro, tanto ao primeiro, como ás segundas: a que o mesmo Official Maior accrescentará também as informações ou reflexões que lhe ocorrerem, e que sirvão para a boa decisão<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Secretaria do Reino; Secretaria da Marinha e Ultramar; Secretaria da Guerra e Estrangeiros.

<sup>4</sup> Essa atribuição passou à Secretaria de Estado da Justiça por portaria do Ministro da Justiça João Inácio da Cunha, visconde de Alcântara, que ocupou a pasta entre dezembro de 1829 e março de 1830. Ver: LACOMBE, Américo Jacobina; TAPAJÓS, Vicente. *História administrativa do Brasil: organização e administração do Ministério da Justiça no Império*, v. 12, 1ª parte, cap. I, p. 33-34.

<sup>5</sup> LACOMBE, op. cit., p. 36-37.

<sup>6</sup> Ver: <[http://www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/conteudo/colecoes/Legislacao/legimp-30/Legimp-30\\_5.pdf](http://www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/conteudo/colecoes/Legislacao/legimp-30/Legimp-30_5.pdf)>.

A segunda parte do dispositivo indicava a necessidade de reunir os elementos de fato e de direito, essenciais à decisão administrativa do Ministro, devendo o oficial ouvir por “escripto o Procurador da Coroa”, por ser este quem guardava os interesses do Estado, bem como ouvir as Repartições públicas, quando a questão envolvesse “matéria de facto”, por serem elas as depositárias dessas tais informações.

O *Official Maior* atuava, neste caso, em nome do próprio Ministro da Secretaria, um dos mais altos cargos do Império, ao lado de outros pouquíssimos ministros das quatro ou cinco Secretarias de Estado da época. É certo que essa solicitação tinha poder coercitivo em relação aos seus destinatários localizados nas demais repartições da Administração Imperial, sempre com vistas à formação da prova suficiente à decisão administrativa desta Secretaria.

Em 1859, a Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça sofre nova reforma, realizada pelo Decreto nº 2.350, de 5 de fevereiro de 1859, que refaz a sua organização, seus empregados e divisões, sua direção geral, com a criação do cargo de consultor, atribuições, expediente e outras.

O Decreto estabelecia as incumbências do Diretor Geral da Secretaria no art. 28, e especificamente sobre as requisições no § 7º, definia o seguinte:

Art. 28 Incumbe-lhe:

[...]

§ 7º. Requisitar, em nome do Ministro, a qualquer autoridade, com exceção sómente das Camaras Legislativas, Ministros e Conselheiros d'Estado, Bispos e Presidentes das Províncias, as informações e pareceres necessarios para instrucção dos negocios.

O Diretor Geral exercia a função imediata de chefe de todos os empregados, que não eram muitos nos anos iniciais de criação da pasta, cerca de vinte apenas, mas também tinha sob seu encargo a Secção Central da Secretaria, encarregada das mais importantes funções, tais como a Chancelaria-mor, preparo para sanção de leis e publicação, correspondência com o Poder Legislativo, preparo do despacho Imperial, fiscalização de despesa, registro de empregados etc. Nas demais secções também estavam reservadas atribuições importantes como a organização

judiciária, a confecção e reformas de leis e códigos, administração da justiça, a interpretação de leis, conflitos de jurisdição, nomeações de juízes, registro dos bacharéis em Direito, administração da polícia e segurança, negócios eclesiásticos, tráfico, iluminação pública, prisões e outras.

Este mesmo decreto criou o cargo de Consultor com a função de “consultar com seu parecer todos os negócios que o Ministro mandar” (art. 30, §1º), cargo de notável importância que foi ocupado por inúmeros juristas, dentre os quais o romancista José de Alencar<sup>7</sup>, nomeado posteriormente Ministro desta Secretaria.

A requisição de informações aos demais órgãos da Administração era um instrumento que possuía vigor ainda no período imperial e finalidade destacada. Revelava-se como modo de instrução processual e de defesa dos interesses do Estado. Ao longo do período republicano, com a ampliação dos serviços estatais judiciais e parajudiciais mais vigor ganharia, servindo aos demais órgãos estatais.

## **1.2 Poder de requisição nas primeiras legislações republicanas**

Com a Proclamação da República iniciou-se um novo e importante ciclo de mudanças no sistema judicial do Brasil, seja pelo fortalecimento do próprio Poder Judicial, com a criação da Justiça Federal, criação e estruturação da Procuradoria Geral da República (1890), criação da Consultoria Geral da República (1903) e a criação do Supremo Tribunal Federal, dentre outras. As normas materiais e processuais também foram razoavelmente modificadas e modernizadas nos finais do século XIX e nas primeiras décadas do século XX.

O Decreto nº 848/1890, que criou e organizou a Justiça Federal, desde o Supremo Tribunal Federal até juiz de Secção, trazia também uma detalhada normatização de processo civil, além da organização e do funcionamento dessa nova justiça. Nesta, estava contida o Ministério Público Federal, encarregado da defesa dos bens e interesses da União, sem apontar, entretanto, para o poder de requisição de informações deste órgão de defesa da União. Somente com a Lei nº 221/1894, que completou a organização da Justiça Federal, é que, de modo inverso, estabeleceu-se o dever das secretarias de Estado de auxiliarem o Procurador Geral da República.

---

<sup>7</sup> José de Alencar, conhecido autor de inúmeras obras do Romantismo brasileiro foi também político, jornalista, deputado, Consultor e Ministro. Como doutrinador jurídico produziu obras de Direito Civil e Penal.

Art. 39. As secretarias de Estado facultarão ao procurador geral da República o exame de todos os papéis e documentos que possam esclarecer o assunto sobre o qual seja ouvido, e designarão um de seus empregados para auxiliar-o no serviço de escripturação de que carecer, e registrar os seus pareceres.

A esse tempo, a atribuição consultiva das Secretarias de Estado estava ainda a cargo do Procurador Geral da República, como foi nos primeiros anos da República. Posteriormente, essa situação foi alterada com a criação do cargo de Consultor Geral da República<sup>8</sup>, o que perdurou 90 anos (1903-1993).

O Decreto nº 22.386/1933, no seu art. 5º, previa que a Consultoria Geral da República poderia:

Art. 5º. No desempenho de suas atribuições, o Consultor Geral corresponder-se-á diretamente com o Presidente da República, os ministros de Estado, e quaisquer outras autoridades federais ou municipais, sendo-lhe facultada, sempre que necessária, a requisição direta de informações ou esclarecimentos.

Essa possibilidade de requisição direta de informações ou de esclarecimentos se fazia necessária para o cumprimento das atribuições desse novo cargo, que consistiam na emissão de pareceres solicitados pelo Presidente da República (art. 2º, n. 1), e no poder de representar a essa autoridade sobre providências ou para a boa aplicação das leis (art. 2º, n. 2).

O poder de requisição sempre esteve presente nas normas federais que regulavam a atuação do Ministério Público, ao longo do período republicano. Tinha como fim precípuo o de permitir a busca de documentos essenciais ao exercício da função de “advogado da União” exercida na Justiça Federal, enquanto esta existiu, e na Justiça dos Estados<sup>9</sup>.

O Decreto-lei nº 986, de 27 de dezembro de 1938, que dispôs sobre os cargos de *Procurador Geral da República* (PGR) e *Procurador Regional da República*, *Procurador da Propriedade Industrial* e *Procurador Adjunto*,

<sup>8</sup> Entre 1889 e 1903 a atividade de consultoria esteve a cargo do Procurador Geral da República, quando então foi criado o cargo de Consultor Geral da República, com o fim específico de consultar às secretarias de Estado e ao Presidente da República.

<sup>9</sup> Sobre a história dos cargos da Advocacia Pública, ver: GUEDES, Jefferson Carús. *Anotações sobre a história dos cargos e carreiras da Procuradoria e da Advocacia Pública no Brasil: começo e meio de uma longa construção*, item n. 3.

previa dentre as atribuições do Ministério Público, a de representação da União (Governo e Fazenda) e a sua atuação “como advogados da União” nas justiças locais dos Estados, Distrito Federal e Território, conferindo-lhes, dentre suas atribuições:

Art. 8º.

[...]

XIII. Dirigir-se diretamente aos representantes da administração pública federal, estadual ou municipal, bem como às entidades públicas, requisitando documentos, esclarecimentos, ou quaisquer outras providências necessárias à defesa dos direitos e interesses da União.”

Posteriormente, o Decreto-lei nº 9.608, de 19 de agosto de 1946, norma que dispunha sobre a estrutura e as funções dos Procuradores da República “como advogados da União”, previu dentre suas atribuições:

Art. 11.

[...]

“XIII. Dirigir-se diretamente aos representantes da administração pública federal, estadual ou municipal, bem como às entidades públicas, requisitando documentos, esclarecimentos, ou quaisquer outras providências necessárias à defesa dos direitos e interesses da União, pena de responsabilidade da autoridade que não atender à requisição.”

Assinalava-se, expressamente, pela primeira vez, a possibilidade de responsabilização do agente que desatendesse à requisição de documentos para a defesa dos interesses da União.

O Ministério Público da União ganhou nova conformação com a Lei nº 1.341, de 30 de janeiro de 1951, atribuindo-se à composição do Ministério Público Federal os seguintes órgãos: *Procurador Geral da República, Sub-Procurador Geral da República e Procuradores da República no Distrito Federal e nos Estados*, para atuarem “como advogados da União” (art. 37). Nessa norma o poder de requisição se subdividia em três hipóteses hierárquicas:

Ao Procurador Geral da República:

Art. 30. São atribuições do [...]

IX. requisitar das autoridades competentes as diligências, certidões e quaisquer esclarecimentos para o regular desempenho de suas funções.

Ao Sub-Procurador Geral da República:

Art. 34. São atribuições do [...]

VIII. requisitar das autoridades competentes as diligências, certidões e quaisquer esclarecimentos para o regular desempenho de suas funções.

Aos Procuradores da República:

Art. 38. São atribuições dos [...]

XIV. Dirigir-se diretamente aos representantes da administração federal, estadual ou municipal, bem como de entidade pública, para documentos, certidões e esclarecimentos ou quaisquer outras providências necessárias à defesa dos direitos e interesses da União.

XV. Promover a responsabilidade dos que não atenderem às requisições mencionadas no item anterior.

Nesse campo, quanto ao Procurador da República com atuação no primeiro grau, vinha prevista a possibilidade de promoção da responsabilidade dos servidores negligentes no atendimento das requisições. A força das normas desse período tem plena equivalência com a da norma hoje vigente que estabelece a apuração de responsabilidade.<sup>10</sup>

A Lei nº 2.462, de 9 de novembro de 1955, que reorganiza a Procuradoria Geral da Fazenda Pública, que desde então passou a se chamar Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, órgão consultivo do Ministério da Fazenda e de “cooperação com o Ministério Público

---

<sup>10</sup> A Lei n. 9.028/1997 prevê no art. 4º, § 2º, que: A responsabilidade pela inobservância do disposto neste artigo será apurada na forma da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

da União” na cobrança da dívida ativa, tinha a seu favor instrumento semelhante, previsto no art. 6º:

Art. 6º Ao receberem do Procurador da República a contra-fé da ação proposta contra a Fazenda Nacional ou contra a União Federal, por motivo de ato emanado do Ministério da Fazenda, os Procuradores da Fazenda Nacional farão anotar em livro próprio a natureza e o valor da ação, o nome do autor e o cartório por onde correr o feito. Logo a seguir requisitarão o correspondente processo à repartição onde se encontrar, devendo o Serviço de Comunicação prestar verbalmente todas as informações pedidas, e a repartição em cujo poder estiver o processo atender à requisição em quarenta e oito horas, sob pena de responsabilidade do respectivo chefe, promovida pelo Procurador requisitante.

Tal poder de requisição, interno ao Ministério da Fazenda, configurava-se essencial à defesa judicial da União, exercida, à época, pelos Procuradores da República e pelos Promotores de Justiça dos Estados. O poder requisitante se concentrava nas mãos dos Procuradores da Fazenda Nacional, que detinham o poder de provocar a responsabilização do chefe da repartição que não atendesse ao pedido de informações e documentos.

De modo similar, ao longo dos anos de existência da Consultoria Geral da República, foi-lhe conferido poder idêntico, de requisição de informações, como destacado desde o Decreto nº 22.386/1933.

Assim previa o Decreto nº 41.249/1957, no seu art. 8º:

Art. 8º. No desempenho de suas atribuições, o Consultor-Geral da República corresponder-se-á diretamente com o Presidente da República, os ministros de Estado ou quaisquer outras autoridades, sendo-lhe facultada, sempre que necessária, a requisição direta de informações ou esclarecimentos.

No Decreto nº 58.693/1966, que aprovou o novo Regimento da Consultoria Geral da República, dentre as incumbências do Consultor Geral, estava previsto o poder de requisição, conforme disposto no seu art. 11, inc. VIII: “*requisitar das autoridades competentes as diligências e esclarecimentos necessários ao regular desempenho de suas funções;*” e, na parte correspondente às incumbências dos Assistentes Jurídicos, conforme art. 12, inc. III, estaria a possibilidade de “*propor diligências e requisição de esclarecimentos necessários à solução de casos em estudo.*”

O Decreto nº 91.656/1985, que dispunha sobre a estrutura básica da Consultoria-Geral da República, reiterava, como as normas anteriores, o poder de requisição ao Consultor-Geral da República no art. 4º, inc. VI.

Nova redação surgiu com o Decreto nº 92.889/1986, norma que destacou o Consultor Geral da República como o mais elevado órgão de assessoramento do Presidente da República<sup>11</sup>, definindo o poder de requisição como:

Art. 7º. O Consultor-Geral da República e, por ordem deste, os Membros da Consultoria Geral da República poderão requisitar, diretamente, a autoridade, órgãos, entes ou servidores da Administração Federal, quaisquer informações, esclarecimentos, documentos, trabalhos jurídicos e diligências necessárias ao desempenho de suas funções, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo.

Evidenciava-se assim, a atribuição de um poder especial aos órgãos superiores da Advocacia Consultiva da União, denominação atribuída pelo Decreto nº 93.237/1986 ao conjunto de órgãos composto pela Consultoria Geral da República, Procuradoria da Fazenda Nacional, Consultorias Jurídicas dos Ministérios, do Estado Maior das Forças Armadas, da Secretaria do Planejamento, da Secretaria da Administração Pública, Procuradorias de Autarquias e órgãos jurídicos de empresas públicas e sociedades de economia mista, fundações e entidades controladas.

Esses instrumentos legais vigeram até a criação da Advocacia-Geral da União, pela Constituição Federal de 1988. A organização institucional da AGU está prevista na Lei Complementar nº 73/1993. Essa lei complementar não previu especificamente o poder de requisição, impedindo o seu efetivo exercício e a plena defesa dos interesses da União. Somente com a edição da Lei nº 9.028/1995, que dispôs sobre o exercício das atribuições institucionais da Advocacia-Geral da União, em caráter emergencial e provisório, é que se fez expressa referência ao poder de requisição conferido aos advogados públicos.

---

<sup>11</sup> Essa mesma redação do art. 1º do Decreto nº 92.889/1986 seria repetida no art. 4º da Lei Complementar nº 73/1993.

## **2 A LEI Nº 9.028/1995 E O PODER DE REQUISIÇÃO APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Como assinalado inicialmente, a Constituição de 1988 deu nova e diferente conformação à Advocacia Pública federal, com a criação da Advocacia-Geral da União e a conseqüente atribuição de poderes aos integrantes desta nova instituição.

A Lei Complementar nº 73/1993 não dispôs acerca do poder de requisição dos membros da AGU, diferentemente da Lei Complementar que institui a Defensoria Pública da União<sup>12</sup>.

O poder de requisição dos advogados públicos federais, membros da AGU ou a ela coligados, na atualidade, está previsto no art. 4º da Lei nº 9.028/1995:

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.

§ 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.

A referida norma dispôs acerca do exercício desse poder de requisição nos seguintes termos:

- a) no *caput* estabelece a obrigação dos órgãos e entidades da Administração Federal de fornecerem “os elementos de fato e de direito” necessários à atuação dos advogados públicos;

<sup>12</sup> A Lei Complementar nº 80/1994 prevê que: Art. 43. São garantias dos membros da Defensoria Pública da União: [...] X - requisitar de autoridade pública e de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições.

- b) no § 1º definiu como requisições tais pedidos e pôs em ordem de prioridade esses pedidos, em relação a outros que eventualmente tramitem no mesmo órgão e;
- c) no § 2º estabeleceu a possibilidade de apuração do desatendimento à requisição e a possível responsabilização disciplinar.<sup>13</sup>

Extrai-se daí que a requisição é uma ordem, de cumprimento obrigatório, cujo desatendimento implica responsabilização administrativa. Refere-se a informações, documentos e outros elementos de fato e de direito indispensáveis à defesa da União. Poderá ser dirigida a todos os órgãos e entidades da Administração Pública Federal (Poder Executivo). Isso não exclui os órgãos dos Poderes Judiciário e Legislativo, desde que refiram-se a atos de administração desses Poderes (p. ex. ação judicial ajuizada por servidores do Poder Judiciário contra a União, a requisição poderá ser dirigida ao setor de gestão de pessoas de lotação dos referidos servidores).

O poder de requisição, conforme se infere do art. art. 4º da Lei nº 9.028/1995, é conferido aos membros da AGU, Advogados da União e Procuradores da Fazenda Nacional, na condição de representantes judiciais da União. Esse poder não é exclusivo dos membros da AGU que atuam na representação judicial da União, afeta à área do contencioso. Estende-se à representação extrajudicial, afeta à área do consultivo da Advocacia-Pública Federal. Ou seja, os Advogados da União atuantes nas consultorias dos Ministérios, em Brasília-DF, e nos Consultoria Jurídicas da união nos Estados, também detém o mesmo poder de requisição.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> O art. 116, inc. V, alínea 'c', da Lei 8112/1990 dispõe que constitui dever do servidor público atender com presteza às requisições para a defesa da Fazenda Pública. A inobservância de dever funcional previsto em lei pode ensejar a aplicação da penalidade de advertência ou mesmo penalidade mais grave, como a suspensão. (art. 129 da Lei 8112/1090). De qualquer forma, sempre será necessária a instauração do devido procedimento disciplinar para apuração, no qual serão sopesadas as circunstâncias em que se deu o desatendimento à requisição, existência de prejuízos à União ou à Ordem administrativa, reincidência das faltas, ausência de má-fé ou culpa grave, contexto pessoal e funcional do responsável pelas informações, organização administrativa do órgão requisitado, manifestação do responsável acerca das razões para a não atuação ou atuação intempestiva. Na aplicação da penalidade, decorrente da responsabilização disciplinar, a autoridade hierárquica competente deverá observar o princípio da proporcionalidade.

<sup>14</sup> A representação extrajudicial, de cunho jurídico, compreende o assessoramento jurídico, atribuição afeta aos Advogados da União e demais carreiras que atuam na área do consultivo ou mesmo contenciosa da AGU. Exemplo dessa hipótese: é o assessoramento jurídico à Secretaria do Patrimônio da União compete à Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. E, em relação às GRPU's – Gerências Regionais do Patrimônio da União nos Estados, a competência para o assessoramento jurídico

O pressuposto desse poder de requisição é a existência de um dever de colaboração imposto aos sujeitos que detenham a ciência dos fatos, os documentos ou outros elementos necessários à defesa dos direitos e interesses da União ou de seus entes.

As requisições poderão ser feitas por meio de ofício ou mensagem eletrônica (e-mail). Tanto o ofício quanto a mensagem eletrônica deverão conter a advertência de responsabilização administrativa para o caso de desatendimento. Evidentemente que a configuração dessa infração disciplinar (art. 116, inc. V, alínea ‘c’, c/c 129 da Lei 8112/1990) dependerá da caracterização de uma recusa, omissão ou retardamento “injustificável”, por parte do servidor responsável pela prestação das informações ou entrega dos documentos, objeto da requisição. Essa avaliação não poderá dispensar a abertura de procedimento disciplinar adequado à apuração dos fatos, oportunizando-se todas as formas de defesa do servidor, nos termos do disposto no art. 5º, inc. LV, da CF/1988 e art. 2º, parágrafo único, inciso X, da Lei 9784/1999.<sup>15</sup>

No âmbito da Procuradoria-Geral Federal (PGF) e da Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC), órgãos jurídicos nos quais têm exercício os Procuradores Federais e Procuradores do Banco

---

ou representação extrajudicial eminentemente jurídica, compete às Consultorias nos Estados. Distingue-se da representação extrajudicial da União, de cunho legal e político, que compreende a competência para assinatura dos atos ou negócios jurídicos relativos ao patrimônio da União, devendo ser desempenhada pela autoridade a quem a lei destinou tal atribuição. Exemplo dessa hipótese é a competência para administração patrimonial da União foi atribuída pelo legislador ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, conforme se verifica do disposto na alínea ‘j’ do inciso XVII do art. 27 da Lei 10.683/2003. O Decreto 6.081/2007, por meio do qual o Presidente da República aprovou a estrutura regimental do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, atribuiu à Secretaria do Patrimônio da União -SPU (Anexo 1 - art. 38), a competência para lavrar, com força de escritura pública, os contratos de aquisição, alienação, locação, arrendamento, aforamento, cessão e demais atos relativos a imóveis da União e providenciar os registros e as averbações junto aos cartórios competentes. Tal competência restou delegada ao titular das GRPU’s nos Estados, por meio da Portaria SPU 313/22.08.2008.

15 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: [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;  
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.  
Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:  
X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio

Central,<sup>16</sup> também foram conferidos os mesmos poderes, referidos no art. 4º da Lei 9.028/1995.

Art. 37. São atribuições dos titulares do cargo de Procurador Federal:

[...]

§ 3º Para o desempenho de suas atribuições, aplica-se o disposto no art. 4º da Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995, aos membros das carreiras de Procurador Federal e de Procurador do Banco Central do Brasil.<sup>17</sup>

Desse modo, todas as carreiras da Advocacia Públca Federal estão igualmente contempladas com o ‘poder de requisição’, referente aos elementos de fato (informações e documentos) e de direito (manifestações jurídicas, pareceres, atos normativos, dentre outros) necessários à defesa dos direitos ou interesses da União.

## 2.1 A regulamentação do poder de requisição nos Atos Regimentais da AGU

A partir da Lei nº 9.028/1995, sucessivas normas internas da AGU (atos regimentais) foram editados com a finalidade de regulamentar o poder de requisição dos advogados públicos, notadamente para fins de atuação na área processual, seja no âmbito administrativo, seja no âmbito judicial. Não difere, por certo, a natureza do poder e sua força, pois se destina sempre à instrução processual, ou seja, à produção da prova para a cognição de quem irá decidir, a autoridade administrativa ou judiciária.

O poder de requisição foi inicialmente estabelecido, no âmbito da Consultoria-Geral da União, área consultiva da AGU, no Ato Regimental nº 1, de 22 de janeiro de 2002<sup>18</sup>, que o definia da seguinte forma:

---

<sup>16</sup> Esses dois cargos (e respectivas carreiras) são os responsáveis pelas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos dessas unidades descentralizadas, assim como às autarquias e às fundações federais, além da representação judicial e extrajudicial dessas entidades

<sup>17</sup> Dispositivo incluído pela Lei nº 11.094/2005. O caput refere – se exclusivamente à carreira de Procurador Federal, e o § 3º se refere às duas carreiras, Procurador Federal e Procurador do Banco Central do Brasil.

<sup>18</sup> Este Ato Regimental foi expressamente revogado pelo Ato Regimental no. 05/2007.

Art. 5º Ao Consultor-Geral da União é facultado requisitar aos órgãos e entidades da Administração Federal quaisquer subsídios que se façam necessários à sua atuação, aplicando-se à hipótese o art. 4º da Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995.

Atualmente, o Ato Regimental nº 5, de 27 de setembro de 2007, define que:

Art. 5º São atribuições do Consultor-Geral da União:

[...]

IX - requisitar a autoridades, órgãos e entidades da Administração Federal quaisquer subsídios que se façam necessários à atuação da Consultoria-Geral da União, aplicando-se à hipótese o art. 4º da Lei nº 9.028, de 1995.

No âmbito da Procuradoria-Geral da União, área do contencioso da AGU, o Ato Regimental nº 5, de 19 de junho de 2002, que dispõe “sobre a competência, a estrutura e o funcionamento da Procuradoria-Geral da União, bem como as atribuições de seu titular e demais dirigentes”, estabelece que:

Art. 4º Ao Procurador-Geral da União é facultado requisitar aos órgãos e entidades da Administração Federal quaisquer subsídios que se façam necessários à sua atuação, aplicando-se à hipótese o art. 4º da Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995.

O mesmo poder de requisição é conferido aos Procuradores-Regionais da União (art. 11, § 2º); aos Procuradores-Chefes das Procuradorias da União nos Estados (art. 14, § 2º) e aos Procuradores-Seccionais da União (art. 17, par. único).

O Ato Regimental nº 7, de 11 de outubro de 2007, que alterou e acrescentou normas ao Ato Regimental nº 5, de 19 de junho de 2002, permitindo uma maior atuação dos Departamentos da Procuradoria-Geral da União, em Brasília, estabelece que:

Art. 7º São competências comuns aos Departamentos, em sua área de atuação:

[...]

XI - requisitar informações junto aos órgãos e entidades da Administração Pública, para subsidiar a atuação do respectivo Departamento da Procuradoria-Geral da União; e

Esse detalhamento interno permite que cada área, em sua função específica, seja de consultivo ou de contencioso, possa se comunicar com os demais órgãos da Administração Pública Federal, na busca de elementos essenciais à instrução processual administrativa ou à instrução processual judicial, sempre em defesa dos direitos e interesses da União.

Cabe referir ainda, o poder de requisição previsto na Portaria nº 3, de 2 de abril de 2009, que “disciplina, no âmbito da Procuradoria-Geral da União, o procedimento prévio de coleta de informações destinado à obtenção de documentos e informações indispensáveis à propositura de ação civil pública, de improbidade administrativa ou de resarcimento ao Erário”. O referido ato normativo regula o “procedimento prévio de coleta de informações”<sup>19</sup>, com vistas à decisão administrativa pela propositura ou não das ações civis públicas por improbidade administrativa em nome da União, para a recomposição do patrimônio público<sup>20</sup>.

Com relação ao poder de requisição, a Portaria nº 3, de 2 de abril de 2009, reitera os termos da Lei nº 9.028/1995, nos seguintes termos:

Art. 20. Na instrução do procedimento prévio de coleta de informações, o Advogado da União responsável poderá, nos limites de suas atribuições funcionais e visando ao esclarecimento dos fatos:

I - requisitar dos órgãos e entidades da Administração Federal pertinentes, com fundamento no art. 4º da Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995, todos os documentos relacionados com os fatos apurados;

Percebe-se assim, que o poder de requisição dos advogados públicos é ampliado continuamente, sempre visando à defesa do patrimônio público.

---

<sup>19</sup> Art. 2º O procedimento prévio de coleta de informações é atividade jurídico administrativa, unilateral, facultativa, de caráter inquisitorial, instaurada pelo Chefe da Procuradoria, por iniciativa do Advogado da União integrante dos grupos permanentes de atuação proativa instituídos pela Portaria do Procurador-Geral da União nº 15, de 25 de setembro de 2008, e por este presidido, e destinada à obtenção de elementos necessários à formação do juízo de convicção para análise da viabilidade do ajuizamento de ações civis públicas, de improbidade administrativa ou de resarcimento ao erário.

<sup>20</sup> Ver: ANDRADE, Marcio Pereira de e outros. *Manual de procedimentos de iniciativas administrativas e judiciais para atuação pró-ativa*.

### **3 FINALIDADE E LIMITES DO PODER DE REQUISIÇÃO**

O poder de requisição destina-se, principalmente, à instrução processual, ou seja, à reunião de elementos probatórios formadores do conhecimento, essencial à decisão administrativa ou judicial. Instruir é carrear ou trazer aos autos do processo os elementos probatórios necessários a uma decisão segura.

Estende-se esse poder de requisição a toda à Administração Pública Federal, podendo inclusive, refletir-se na Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, desde que esses entes federados mantenham ou tenham mantido relações jurídicas com a Administração Federal, por exemplo, por meio de convênios ou contratos de repasse que resultem em transferências de recursos federais.<sup>21</sup> De modo similar e em razão do recebimento de recursos públicos, submetem-se também os dirigentes de ONGs, OSCIPs ou mesmo de concessionários de serviços públicos federais.

Atinge a Administração direta (órgãos públicos como ministérios e secretarias) e indireta, (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedade de economia mista). O descumprimento da requisição enseja, para os servidores públicos federais, a apuração mediante procedimento disciplinar, conforme estabelecido na Lei nº 8.112/1990, contra quem tem o dever de informar ou o dever da guarda das informações, dos documentos, dos elementos probatórios, objeto da requisição. Não há possibilidade de sanção contra quem não devia guardar ou informar.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Convênio: é o acordo, ajuste ou qualquer instrumento que discipline a transferência e recursos financeiros dos Orçamentos da União visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação, e tenha como partícipes, de um lado, órgão da administração pública federal direta, autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou sociedades de economia mista e, de outro, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos.

Contrato de repasse é o instrumento administrativo usado na transferência de recursos financeiros, por intermédio de instituição ou agente financeiro público federal, que atua como mandatário da União. A instituição que normalmente opera essa modalidade de transferência é a Caixa Econômica Federal. (Brasil. Tribunal de Contas da União. Convênios e outros repasses. 2<sup>a</sup> ed. Brasília. Secretaria-Geral de Controle Externo, 2008)

<sup>22</sup> Pode ser visto na troca de memorandos entre os órgãos da própria Advocacia-Geral da União, notadamente entre as Procuradorias da União nos Estados e as Consultorias dos Ministérios, a referência à sanção no caso de responsabilidade pelo não atendimento do requisitado. No mais das vezes, quando são solicitados documentos, por exemplo, referentes a fichas funcionais, registros de servidores ou empregados, não cabe à Consultoria, diretamente, esse atendimento e, por evidente, a eventual responsabilidade por desatendimento.

Esse indicação expressa, referente aos servidores públicos federal e a indicação do normativo disciplinar específico não exclui outros agentes públicos e equiparados, sujeitos aos seus próprios normativos disciplinares, sejam os empregados de empresas públicas, sociedades de economia mista ou qualquer entidade que tenha a participação da União.<sup>23</sup>

### **3.1 OS DESTINATÁRIOS DAS REQUISIÇÕES E O IMPRESCINDÍVEL DETALHAMENTO DOS DEVERES ESPECÍFICOS DE PRESTAR AS INFORMAÇÕES**

A complexidade e o extenso número de órgãos da Administração Pública Federal, bem como as peculiaridades da organização interna de cada órgão, muitas vezes, dificultam a identificação dos destinatários, sujeitos responsáveis pelo atendimento do objeto da requisição.

Por isso, a Advocacia-Geral da União, por meio da Portaria nº 1.547, de 29 de outubro de 2008<sup>24</sup>, definiu, de forma minuciosa, os responsáveis pelo atendimento às requisições, conforme a matéria, o assunto, objeto da requisição.

Esse detalhamento visa, sobretudo, evitar que o atendimento das requisições seja feito de forma intempestiva, ou seja, fora do prazo estabelecido na própria requisição. Além disso, pretende evitar que a causa do não atendimento da requisição seja a ausência de competência do órgão ou autoridade requisitados, de modo a melhor preservar os interesses tutelados:

Art. 4º Os órgãos de representação judicial da AGU e da PGF poderão requisitar, com fundamento no art. 4º da Lei nº 9.028, de 1995, ou no art. 37, § 3º, da Medida Provisória nº 2.229-43, de 6 de setembro de 2001, preferencialmente por meio eletrônico, os elementos de fato necessários para subsidiar a defesa da União, das autarquias e fundações públicas federais:

---

<sup>23</sup> O fato de que “a responsabilidade pela inobservância do disposto neste artigo será apurada na forma da Lei nº 8.112”, poderia dar a entender que somente o servidor público federal (estatutário) seria o destinatário das requisições ou, pelo menos, que somente ele poderia ser responsabilizado em caso de inobservância, mas não. É óbvio que somente os servidores públicos se submetem à referida lei e suas sanções, submetendo-se os empregados das estatais a seus respectivos regulamentos e manuais que prevêem a desobediência geral ou específica às requisições.

<sup>24</sup> Após longos meses de debates entre a Consultoria-Geral da União, Procuradoria-Geral da União e Procuradoria-Geral Federal, como consultas e debates em uma oficina própria, realizada no II Seminário Brasileiro da Advocacia Pública Federal (2008), chegou-se à redação final da norma.

I - nas ações que envolvam questões relativas a pessoal: diretamente à coordenação de recursos humanos dos órgãos ou entidades da Administração Federal direta ou indireta;

II - nas ações que envolvam questão relativa à área meio do órgão ou entidade da Administração Federal: diretamente à Secretaria Executiva do Ministério, ou a órgão da Administração Federal direta ou indireta responsável pelas atividades de administração de pessoal, material, patrimônio, serviços gerais, orçamento e finanças, contabilidade, tecnologia da informação e informática;

III - nas ações que envolvam questão relativa à área de competência legal específica do Ministério ou órgão da Administração Federal direta, nos termos do art. 27 da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003: à Consultoria Jurídica ou órgão jurídico competente;

IV - nas ações que envolvam questão relativa à área de competência legal específica da autarquia ou fundação: à Procuradoria Federal, especializada ou não, junto à autarquia ou fundação;

V - nas ações que envolvam questão relativa à área de competência legal específica do Ministério, da autarquia ou fundação e se processe fora da sede do ministério ou da entidade: ao órgão descentralizado da União, da autarquia ou da fundação pública federal, com atribuição para responder pelo órgão ou entidade na localidade indicada, ou à autoridade ou servidor que esteja expressamente designado pelo respectivo dirigente para fornecer os elementos solicitados.

§ 1º Nas hipóteses de que tratam os incisos III e IV do caput deste artigo, incumbirá aos órgãos jurídicos ali indicados requisitar, com fundamento no art. 4º da Lei nº 9.028, de 1995, ou no art. 37, § 3º, da Medida Provisória nº 2.229-43, de 2001, ao órgão competente da respectiva estrutura organizacional do Ministério ou entidade, os elementos de fato objeto da requisição, os quais deverão ser entregues no prazo máximo de cinco dias, a contar do recebimento da requisição de que trata este parágrafo.

§ 2º Recebidos os elementos de fato, o órgão jurídico ao qual foi dirigida a requisição examinará a questão, os elementos de fato recebidos, sobre os quais emitirá a manifestação cabível, e os encaminhará ao órgão solicitante no prazo fixado.

§ 3º O prazo de que trata o § 2º não será inferior à metade do prazo processual, podendo ser aumentado mediante pedido fundamentado aceito pelo órgão jurídico requisitante.

A Portaria inova ao estabelecer prazo de 5 (cinco) dias para apresentação de informações, após o recebimento do pedido, repassá-las ao órgão requisitado (Consultoria Jurídica de determinado Ministério, por exemplo) e não o prazo para atendimento da requisição pelo órgão requisitado, o qual não poderá ser inferior à metade do prazo processual.

#### **4 DIFERENCIAMENTO ENTRE O “PODER DE REQUISIÇÃO” CONFERIDO AO MINISTÉRIO PÚBLICO E O “PODER DE REQUISIÇÃO” DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO**

Desde a Constituição de 1988 o Ministério Público figura ao lado da Advocacia Pública, da Defensoria Pública e da Advocacia, como instituição ou *função essencial à Justiça*, situadas em Título e Capítulo próprio, apartados dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Estão todas essas instituições razoavelmente diferenciadas, embora possuam, em certos casos, atribuições concorrentes (e disjuntivas), que permitem a atuação conjunta ou isolada.

Especialmente sobre o poder de requisição há que se distinguir aquele que é atribuído ao Ministério Público, capaz de permitir a “condução de pessoas” e a configuração do crime de desobediência (art. 330 CP) somente quando particulares sejam os destinatários da requisição ministerial, daquele conferido à Advocacia Pública federal, que permite principalmente a requisição de informações.<sup>25</sup>

A previsão do poder de requisição do Ministério Público tem sede constitucional:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

---

<sup>25</sup> O crime de desobediência previsto no art. 330 do CP somente pode ser praticado por particular, ou seja, servidor público, no exercício de suas funções não comete tal crime, conforme posição predominante na jurisprudência do STJ. Há, contudo, tipos específicos de desobediência, que afastam o tipo do art. 330 do CP, como: art. 10 da Lei n. 7.347/1985 (negativa em fornecer documentos requisitados pelo Ministério Público para instruir a ação civil pública; art. 1º, § único, da Lei n. 8.137/1990 (negativa em entregar documentos requisitados pela administração fazendária).

[...]

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

[...]

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva.

A Lei Complementar nº 75/1993, que organiza e define as atribuições do Ministério Público da União<sup>26</sup>, prevê que:

Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

I - notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada;

II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;

III - requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas.

O objeto da requisição do Ministério Público pode consistir na condução coercitiva de testemunhas, informações, exames, perícias, documentos em poder de autoridade da Administração direta ou indireta, serviços temporários de servidores públicos e materiais necessários à realização de atividades específicas. Já o objeto da requisição formulada pelo advogado público serão documentos ou informações necessários à instrução de processos administrativos e judiciais, para defesa da União.

<sup>26</sup> A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei nº 8.625/1993, que organiza o MP dos Estados também prevê no art. 26 que Ministério Público poderá no exercício de suas funções, instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos (inc. I): e, para instruí-los expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva (a), assim como, requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (b).

As consequências decorrentes do não atendimento de ambas as requisições também difere. O não atendimento de uma requisição formulada por um advogado público poderá ensejar a responsabilização disciplinar do servidor público competente para prestar as informações ou fornecer os documentos, objeto da requisição. Já, em se tratando de requisição formulada pelo Ministério Público, o não atendimento injustificado poderá ensejar a condução coercitiva de testemunhas, poderá ensejar a configuração do tipo penal específico previsto no art. 10 da Lei 7347/85- negativa em fornecer documentos requisitados para instruir ação civil pública, e ainda o crime de desobediência (art. 330 CP), quando o destinatário da requisição for um particular, e não servidor público no exercício de suas funções.<sup>27</sup>

São evidentes as diferenças entre os dois poderes de requisição, dos membros das duas instituições, em virtude da natureza das funções exercidas em cada uma delas. Isso não exclui os limites que têm sido prontamente estabelecidos pelo Poder Judiciário, como nos casos em que o Ministério Público pretende determinar o “fazer ou não fazer” da Administração, por meio, exclusivamente, da requisição ou quando pretende criminalizar o descumprimento a essas ordens<sup>28</sup>.

Contudo, essas diferenças genéticas e de amplitude não impedem uma larguíssima possibilidade de atuação da Advocacia Pública, ainda mais se considerarmos que a legitimidade para a proposição da ação civil pública é idêntica, pois considerada concorrente e disjuntiva, a ponto de permitir que mais de um legitimado proponha (concorrente), com ou sem a participação do outro (disjuntiva)<sup>29</sup>.

---

27 É predominante a orientação no sentido de que, por estar o crime no capítulo dos crimes praticados por particular contra a Administração em Geral, não pode ser praticado por funcionário público no exercício das funções (STF, HC 7688/PI, Carlos Velloso, Inf.132, 25.11.98), sendo cabível eventualmente, sanção de ordem administrativa ou processual. Assim: “O funcionário somente pratica esse delito, caso a ordem desrespeitada não seja referente às suas funções.” (STJ, HC 92001294/GO, Luiz Vicente Cernichiaro, 6ª. T, un, DJ 08.09.92) Ver: BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes Federais: contra a administração pública, a previdência social, a ordem tributária, o Sistema Financeiro Nacional, as telecomunicações e as licitações, estelionato, moeda falsa, abuso de autoridade, tráfico internacional de drogas, lavagem de dinheiro.*

28 Ver: Ministério Público de Goiás, Parecer Técnico-Jurídico nº 02/2009, Assunto: Poder de requisição do Ministério Público,<[http://www.mp.gov.br/portalweb/hp/2/docs/poder\\_de\\_requisicao\\_de\\_medicamento\\_do\\_mp\\_02-2009.pdf](http://www.mp.gov.br/portalweb/hp/2/docs/poder_de_requisicao_de_medicamento_do_mp_02-2009.pdf)>.

29 A própria Constituição Federal, no mesmo art. 129, cuidou de assegurar que a legitimidade de outros entes estatais ou não para a proposição das ações civis nas quais é legitimado o MP: “§ 1º - A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.”

## **REFERÊNCIAS**

ANDRADE, Marcio Pereira de; HOSSNE, Dennys Casellato; LIMA, Carlos Eduardo Dantas de Oliveira; NAKAGUMA, Marcos Ossamu; NARITA, Katia Naomi; SANTOS, Diogo Palau Flores dos. *Manual de procedimentos de iniciativas administrativas e judiciais para atuação pró-ativa*. Coordenação de André Luiz de Almeida Mendonça. Brasília: Escola da AGU, 2009. Disponível em: <<https://redeagu.agu.gov.br/PaginasInternas/Apostila/Apostila.aspx>>

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes Federais: contra a administração pública, a previdência social, a ordem tributária, o Sistema Financeiro Nacional, as telecomunicações e as licitações, estelionato, moeda falsa, abuso de autoridade, tráfico internacional de drogas, lavagem de dinheiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Convênios e outros repasses*. 2. ed. Brasília: Secretaria- Geral de Controle Externo, 2008.

GUEDES, Jefferson Carús. *Anotações sobre a história dos cargos e carreiras da Procuradoria e da Advocacia Pública no Brasil: começo e meio de uma longa construção*. Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

LACOMBE, Américo Jacobina; TAPAJÓS, Vicente. *História administrativa do Brasil: organização e administração do Ministério da Justiça no Império*, v. 12. Brasília: Ministério da Justiça – FUNCEP, 1986.

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

SCHUBSKY, Cássio. *Advocacia pública: apontamentos sobre a história da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo: CEPGE – Imprensa Oficial, 2009.



# **DIREITO INTERTEMPORAL PREVIDENCIÁRIO – AS ALTERAÇÕES DO PRAZO DA DECADÊNCIA PREVIDENCIÁRIA E OS LIMITES DO DIREITO ADQUIRIDO**

***INTERTEMPORAL PENSION LAW –CHANGES IN  
PRESCRIPTION PERIODAND THE LIMITATIONS OF  
VESTED RIGHT***

*João Marcelo Torres Chinelato  
Procurador Federal  
Mestrando em Direito*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Direito Adquirido como Limite à Aplicação Imediata da Lei; 2 Categorias Diversas: expectativa de direito e faculdade jurídica; 3 A Decadência do art. 103: Prazos não Iniciados em Curso e Encerrados no Momento da Alteração Legislativa; 4 Prazo Decadencial Não Iniciado (inexistente); 5 Prazo Decadencial em Curso; 6 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** este estudo pretende abordar o direito intertemporal e os limites do direito adquirido na aplicação da legislação previdenciária. Como atua sobre uma política pública complexa, de difícil controle e fundamental para a estabilidade orçamentária, a legislação que regulamenta a seguridade social é constantemente alterada. Essas alterações resultam em típicos problemas de direito intertemporal, cujas soluções foram construídas por uma doutrina bem estruturada e acolhida, às vezes corretamente, às vezes com equívocos, pela jurisprudência dos tribunais. Torna-se importante, então, examinar e distinguir conceitos jurídicos fundamentais, que foram elaborados por autores influentes e aperfeiçoados ao longo do tempo. Também é fundamental verificar criticamente a forma como o Poder Judiciário vem compreendendo e aplicando essas ideias.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Intertemporal. Direito Adquirido. Direito Previdenciário. Decadência. Doutrina.

**ABSTRACT:** this study aims to address the intertemporal law and the limits of the vested right in the application of pension law. As a result of operating a complex public policy, difficult to control, and basic for the public accounts stability, the legislation that regulates the pension law is constantly in change. These changes cause typical problems of intertemporal law, which solutions have been built by a solid doctrine and used, sometimes uncorrectly, by the courts. It becomes important, than, to examine and to distinguish basic legal concepts, that were constructed by influential authors and improved over time. It's also essential to check critically how the judges has understanding and applying these concepts.

**KEYWORDS:** Intertemporal Law. Vested right. Pension law. Doctrine. Jurisprudence..

## INTRODUÇÃO

A lei previdenciária hoje estabelece o prazo de dez anos para que os segurados possam pedir a revisão de seus benefícios<sup>1</sup>. Esse lapso decadencial, que antes não existia, foi introduzido em 1997, mas já no ano seguinte foi reduzido para cinco anos, por regra que teve vigência até 2003, quando o decênio foi restabelecido.<sup>2</sup>

De outro lado, se estabelece o mesmo prazo para que a Previdência possa revisar benefícios por ela concedidos<sup>3</sup>. Também aqui houve sucessão de leis no tempo: inicialmente aplicava-se a Lei 9.784/99, que prevê cinco anos; depois, e antes de decorrido esse quinquênio, adveio o dispositivo que atualmente fixa a decadência em dez anos.

Ao longo desse período concederam-se inúmeros benefícios, havendo durante a vigência de cada uma dessas normas prazos decadenciais iniciados, consumados e em curso. Evidentemente, essa sucessão de leis complica a definição da regra aplicável a cada caso e invariavelmente produz – como tem produzido – muita confusão na jurisprudência.

Este artigo examinará algumas das situações mais frequentes nos tribunais e, à luz da noção de direito adquirido e das categorias jurídicas a ele associadas, buscará apontar soluções adequadas para os diversos casos concretos.

---

1 Artigo 103 da Lei n. 8.213/91:

Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

2 O quadro é o seguinte:

1 – até 27/06/1997 – não havia previsão legal de prazo decadencial para a revisão dos benefícios previdenciários (art. 103 da Lei n. 8.213/91 em sua redação original);  
2 – de 28/06/1997 a 22/10/1998 – revisões sujeitas a prazo decadencial de 10 anos (Medida Provisória nº 1.523-9/1997, em 28 de junho de 1997, convertida na Lei nº 9.528, de 1997);  
3 – de 23/10/1998 a 19/11/2003 – revisões sujeitas a prazo decadencial de 05 anos (Medida Provisória nº 1.663-15, de 1998, convertida na Lei nº 9.711, de 1998);  
4 – a partir de 20/11/2003 – revisões sujeitas a prazo decadencial de 10 anos (Medida Provisória nº 138, de 19.11.2003, convertida na Lei nº 10.839, de 2004).

3 Artigo 103-A da Lei n. 8.213/91:

Art. 103-A. O direito da Previdência Social de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os seus beneficiários decai em dez anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

## 1 O DIREITO ADQUIRIDO COMO LIMITE À APLICAÇÃO IMEDIATA DA LEI

A doutrina brasileira sobre o direito intertemporal em geral adere à proposição de Limongi França, que tratou do tema basicamente conciliando o princípio da *aplicação imediata* da lei com o da proteção ao *direito adquirido*<sup>4</sup>. Daí a sua conclusão de que, no sistema brasileiro, “*a despeito do efeito imediato, a atuação das leis encontra limite no Direito Adquirido*”<sup>5</sup>.

Portanto, a doutrina tradicional<sup>6</sup> costuma ver o “direito adquirido” como uma categoria precisamente construída para a solução dos problemas de direito intertemporal. Tratar-se-ia de “[...] expressão técnica, que tem lugar somente em caso de conflito de leis no tempo”<sup>7</sup>.

Torna-se então fundamental conceituar *direito adquirido*. E para isso mais uma vez Limongi França detém as ideias de maior prestígio na doutrina nacional. Baseando-se nas expressões utilizadas por Francesco Gabba, Limongi França afirma que direito adquirido<sup>8</sup>:

[...] é a consequência de uma lei, por via direta ou por intermédio de fato idôneo<sup>9</sup>; consequência esta que, tendo passado a integrar o

<sup>4</sup> Essa diretriz, construída a partir de elementos da teoria do direito adquirido, de Francesco Gabba, e da teoria das situações jurídicas, de Paul Roubier, também se manifesta no Art. 6º da atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”. Essa redação foi precedida pela Lei n. 3.071/16 (após alteração da Lei n. 5.725/19), cujo art. 3º falava em direito adquirido sem mencionar a aplicação imediata da lei. Depois, seguiu-se o Decreto-Lei n. 4.657/42, que aludia ao efeito imediato e substituía a expressão “direito adquirido” por “situação jurídica”. Sobreveio, então, a Lei n. 3.238/57, que voltou a conjugar aplicação imediata com direito adquirido, em redação que é hoje a vigente.

<sup>5</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito intertemporal brasileiro: doutrina a irretroatividade das leis e do direito adquirido*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 510.

<sup>6</sup> Como o clássico ensino de Francesco Gabba: “le leggi non possono essere retroattive in modo di violare diritti acquisiti” (GABBA, Carlos Francesco. *Teoria della retroattività delle leggi*. 3. ed. Torino: Torino Unione Tipografico Editrice, 1891. v. 1, p. 44.)

<sup>7</sup> RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 182.

<sup>8</sup> FRANÇA, op. cit., p. 431.

<sup>9</sup> Essa expressão “por via direta ou por intermédio de fato idôneo” foi um melhoramento feito por Limongi França na teoria de Gabba, cujo conceito fala apenas em “fato idôneo”. É que, às vezes, a lei não condiciona a aquisição do direito à ocorrência de um fato posterior, mas atribui diretamente, ela própria, a lei, um direito a alguém. No conceito do jurista italiano, direito adquirido é todo aquele que “a) è conseguenza di un fatto idoneo a produrlo, in virtù delle lege del tempo in cui il fatto venne compiuto, benché l'occasione di farlo valere non siasi presentata prima dell'attuazione di una legge nuova intorno al medesimo, e che b) a termini

patrimônio material ou moral do sujeito, não se fez valer antes da vigência da lei nova sobre o mesmo objeto.

A compreensão exata de cada um dos elementos desse conceito é fundamental para a solução dos problemas de direito intertemporal.

Assim, a frase “*consequência de uma lei, por via direta ou por intermédio de fato idôneo*” significa que a aquisição de um direito acontece quando uma lei o atribui diretamente ao sujeito; ou quando uma lei prevê que a ocorrência de determinado fato resultará na aquisição de um direito.

Quanto à expressão “integrar o patrimônio material ou moral do sujeito”, pode-se dizer, em uma abordagem bastante prática, que essa ideia de “incorporação ao patrimônio” existe para distinguir direito adquirido de *expectativa de direito* e de *faculdade jurídica*. Os traços distintivos entre essas categorias serão analisados abaixo, bastando, por ora, assinalar que direito “integrado ao patrimônio” é aquele que, em virtude do suprimento dos requisitos legais, deixa a condição de *expectativa* ou de *faculdade* para se tornar *adquirido*.

Por fim, a afirmação de que direito adquirido é aquele que “*não se fez valer antes da vigência da lei nova sobre o mesmo objeto*”. Por definição, direito adquirido é aquele ainda não exercido. Gabba o caracteriza como aquele adquirido mas ainda não consumado<sup>10</sup>. José Afonso da Silva o define como o “direito que já integrar o patrimônio mas não foi ainda exercido”<sup>11</sup>.

Essa compreensão – que serve como uma distinção entre *direito adquirido* e *ato jurídico perfeito* – é a que prevalece em nossa jurisprudência e tem como marco importante a decisão do Supremo Tribunal Federal que culminou com a revisão da Súmula 359. Em sua anterior redação, o verbete dizia que os proventos da inatividade regular-se-iam pela lei vigente ao tempo em que o interessado requereu o benefício. A nova redação passou a estabelecer, como marco de incidência, o tempo em que beneficiário “*reuniu os requisitos necessários*”. A mudança ocorreu no RE 72.509 ED-EDv, DJ de 30.03.1973, Rel. Min. Luiz Gallotti<sup>12</sup>, que em seu voto afirmou:

---

della legge, sotto l’impero della quale accadde il fatto da cui trae origine, entrò immediatamente a far parte del patrimonio di chi lo há acquistato”. (GABBA, Carlos Francesco, op. cit., p. 190-191).

10 GABBA, op. cit., p. 191.

11 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1988. p. 436.

12 E continua sendo a orientação mais recente do STF: RE 227755 AgR, DJ 23.10.2012, AI 655.393, DJ 23.10.2009, dentre inúmeros outros.

A aposentadoria e a reforma regem-se pela lei vigente ao tempo de sua concessão, exceto se a lei nova já encontra uma situação revestida dos requisitos necessários para a concessão da aposentadoria ou reforma.

E mostrei, reproduzindo trechos de GABBA (vol. 4º) e de ROUBIER (vol. 2º), que nesse sentido é a lição dos Mestres em direito inter-temporal.

[...]

Um direito já adquirido não se pode transmudar em expectativa de direito, só porque o titular preferiu continuar trabalhando e não requerer a aposentadoria antes de revogada a lei em cuja vigência ocorreria a aquisição do direito.

[...]

Uma coisa é a aquisição do direito. Outra, diversa, é o seu uso ou exercício. Não devem as duas ser confundidas.

## 2 CATEGORIAS DIVERSAS: EXPECTATIVA DE DIREITO E FACULDADE JURÍDICA

A distinção entre direito adquirido, expectativa de direito e faculdade jurídica tem importância decisiva na solução dos problemas de direito intertemporal. A ideia sempre repetida de que não há “direito adquirido a regime jurídico”, embora correta, não é mais do que uma objetivação da separação conceitual que existe entre essas categorias<sup>13</sup>. É essa compreensão que assegura ao intérprete o poder de generalizar esse conhecimento para aplicá-lo a situações várias.

Expectativa de direito, segundo Sérgio Pinto Martins: “ocorre quando o beneficiário ainda não reuniu todas as condições para adquirir o direito, que não

<sup>13</sup> Isso fica claro quando se realça a obviedade de que, na verdade, do regime jurídico se podem sim extraír direito adquiridos: se um servidor preenche os requisitos de seu estatuto jurídico para obter promoção, haverá direito adquirido, não podendo a lei suprimir o incremento em sua condição funcional, ainda que esta não tenha sido efetivada. Por outro lado, se algum requisito ainda falta, não haverá direito, senão expectativa, sendo legítima a eventual alteração do regime jurídico. Nesse sentido:

Não nega a agravante que não tenha preenchido o requisito temporal para fazer jus à concessão da promoção em virtude da lei revogada. Isso basta para a caracterização da ocorrência, no caso, de expectativa de direito e não de direito adquirido, ainda que sob a modalidade de direito condicional, pois a necessidade do preenchimento de requisito dessa natureza não é condição em sentido técnico, mas pressuposto do nascimento do próprio direito incondicionado. Agravo a que se nega provimento. (STF, AI 183561 AgR, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.06.1997)

*faz parte do seu patrimônio jurídico, nem pode ser exercitado de imediato*".<sup>14</sup> Na expectativa, ainda falta algum requisito, que, se realizado, encontrará lei vigente para incidir e produzir direito adquirido. Seria o exemplo daqueles que têm 17 anos e aguardam a capacidade civil absoluta para praticarem todos os atos da vida civil. Se sobrevier uma lei que amplie essa idade, aquele que ainda não atingiu os 18 anos não terá sofrido a violação de um direito adquirido. Terá sofrido a *frustração* de uma expectativa.

Faculdades jurídicas, segundo Francisco Amaral, “são poderes de agir, contidas no direito subjetivo. Consistem em possibilidade de atuação jurídica que o direito reconhece na pessoa que se encontra em determinada situação”.<sup>15</sup> Se uma pessoa planeja financiar uma casa e um carro, e sobreveem uma norma que proíbe a consignação de mais de um empréstimo em folha de pagamento, essa norma não terá violado nenhum direito adquirido. Terá impedido a realização de uma faculdade jurídica que era viável ao tempo da legislação pretérita. Se a pessoa tivesse deixado o campo da cogitação e efetivamente contraído os dois empréstimos antes da lei nova, esta não poderia retroagir, sob pena de desfazer ato jurídico perfeito.

Embora a doutrina aponte dificuldades na delimitação precisa de cada uma dessas figuras<sup>16</sup>, predomina o entendimento de que a *expectativa* caracteriza uma esperança cuja ocorrência não depende da vontade do titular, ao passo e a *faculdade* ocorre quando sua efetivação depende apenas da vontade do próprio sujeito<sup>17</sup>.

De fato, a depender do ângulo que se leve em conta, uma mesma situação pode aparecer como expectativa ou como faculdade<sup>18</sup>. De toda forma, a separação mais importante e de maior valia prática é que se

<sup>14</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. Direito adquirido e reforma previdenciária. *Revista de Previdência Social*, São Paulo, ano 23, n. 222, 1999. p. 454.

<sup>15</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. aumentada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 192.

<sup>16</sup> LEMOS FILHO, Flávio Pimentel de. *Direito potestativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 19.

<sup>17</sup> SIDOU, J. M. Othon. A “existência” da lei (regras de direito intertemporal). In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 330.

<sup>18</sup> É bem conhecida no direito norte-americano essa perspectiva, de que nos casos concretos a expressão “direito” pode encobrir um feixe de “pretensões”, “deveres”, “imunidades” e “faculdades”, categorias materialmente distintas, mas que se reduzem linguisticamente à expressão “direito”. Nesse sentido, a obra clássica de Hohfeld: *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*. New Haven: Yale University Press, 1964.

faz em relação ao *direito adquirido*, ao qual o sistema brasileiro confere proteção constitucional.

### **3 A DECADÊNCIA DO ART. 103: PRAZOS NÃO INICIADOS, EM CURSO E ENCERRADOS NO MOMENTO DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA**

Falando sobre a decadência, é possível que uma norma sobre esse tema sobrevenha quando não havia prazo, quando o prazo estava em curso ou quando já se tinha expirado. Com as sucessivas redações da Lei n. 8.213/91 não foi diferente.

Quando o prazo já se consumou, não há maiores dificuldades. Se após isso surge lei nova, ampliando-o, o titular terá em seu favor um direito adquirido – à imunização contra pretensões revisionais –, que é uma *consequência* da conjugação de dois *fatos idôneos*: o transcurso do tempo e a inércia.

No que se refere às duas outras hipóteses – prazo decadencial não iniciado e em curso –, vale examinar cada situação com maior detalhamento e traçar, à luz dos conceitos acima, uma solução em conformidade com o sistema.

### **4 PRAZO DECADENCIAL NÃO INICIADO (INEXISTENTE)**

Em sua redação original, o artigo 103 da Lei n. 8.213/91 não previa decadência, situação que durou até 27.06.1997, quando o prazo de dez anos foi introduzido por medida provisória. A partir daí, tornou-se necessário definir a situação das relações jurídicas anteriores, decorrentes dos benefícios concedidos antes da nova regra.

A Primeira Seção do STJ, revisando a jurisprudência que até então prevalecia no tribunal, fixou o entendimento de que as relações jurídicas anteriores também se sujeitariam ao prazo decadencial<sup>19</sup>. Isso ocorreu no REsp 1.309.529-PR, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 28.11.2012, que foi submetido o rito dos recursos especiais repetitivos (art. 543-C do CPC).

Embora até a finalização deste artigo o acórdão desse processo não tenha sido publicado, o novo entendimento do STJ já foi reproduzido

---

<sup>19</sup> Esse entendimento teve início no julgamento do RESP 1.303.988/PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 21/3/2012.

em decisões turmárias mais recentes, como a do REsp 1262743, relatado pelo mesmo Min. Herman Benjamin, DJe 19.12.2012, de cujo voto se extrai o seguinte:

Primeiramente cabe definir sobre o que incide o prazo decadencial em comento. Para isso, imprescindível uma distinção entre o direito ao benefício e o direito à revisão do benefício, o que também é fundamental para averiguar o respeito ao direito adquirido.

O direito ao benefício nasce com a implementação do respectivo suporte fático e se materializa com o ato de concessão. Nenhuma lei poderia desconstituir um benefício concedido sob a égide de lei anterior, o que é garantido pelo princípio constitucional do direito adquirido.

Já o direito de revisão dos benefícios é a prerrogativa da Administração ou do segurado de provocar a modificação do ato de análise concessória. Esse direito não se confunde com o próprio direito ao benefício. Consiste na possibilidade de provocar revisão. É sobre o exercício desse direito que incide o prazo decadencial do art. 103 da Lei 8.213/1991.

[...]

Sob esses pressupostos, a tese de violação ao direito adquirido não merece acolhimento. Como demonstrado, o direito de revisão é respeitado se aplicado o prazo decadencial aos benefícios concedidos anteriormente à lei instituidora, cuja vigência define o termo inicial de contagem do prazo.

À luz da doutrina do direito adquirido, pontuada nos tópicos anteriores, essa visão está correta. A distinção entre direito ao *benefício* e direito de *revisão* encontra correspondência na distinção entre direito adquirido e faculdade jurídica. Está última, entendida como um “poder de agir”, se amolda à possibilidade de ajuizar ação revisional. É de fato uma faculdade – e faculdade não possui a mesma proteção que o direito adquirido<sup>20</sup>.

Quanto ao termo inicial de contagem, para o caso desses benefícios deferidos anteriormente, o STJ fixou-o na vigência MP 1.523-9/1997, que introduziu o prazo até então inexistente. Esse entendimento se baseou na jurisprudência da Corte Especial, sobre a decadência

---

<sup>20</sup> Nesse sentido, a decisão do STF na ADC 29/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 28.06.2012.

administrativa do art. 54 da Lei n. 9.784/99, firmada no julgamento do Mandado de Segurança n.º 9.112/DF, em que se afirmou: “[...] a lei veio para normatizar o futuro e não o passado. Assim, quanto aos atos anteriores à lei, o prazo decadencial de cinco anos tem por termo a quo a data da vigência da lei, e não a data do ato”.

## 5 PRAZO DECADENCIAL EM CURSO

Os prazos decadenciais em curso podem ser reduzidos ou ampliados antes de se consumarem. Um exemplo desse tipo de problema está justamente na interpretação do art. 103-A da Lei n. 8213/91, que estabelece a decadência que corre, *contra a Previdência*, quanto ao direito de revisar benefícios por ela concedidos. Antes da atual redação do dispositivo, que prevê dez anos, aplicava-se o prazo de cinco.

A situação foi concretamente debatida no Processo n. 2009.71.57.006520-0, julgado pela Turma Suplementar às Turmas Recursais da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul. No caso, o prazo de cinco anos ainda estava em curso no momento em que houve a sua ampliação para dez, mas aplicou-se o quinquênio, sob o fundamento de que esse era o prazo previsto pela norma vigente ao tempo da concessão<sup>21</sup>.

O equívoco dessa decisão está em ampliar a proteção dada ao direito adquirido para a figura, distinta, da “expectativa de direito”. No caso, a decadência corria em favor do segurado: ele tinha uma expectativa, derivada da lei, de que o seu benefício estaria imunizado contra pretensões revisionais após 5 anos. Antes da configuração dos requisitos para essa imunização, o regime decadencial foi alterado. Não se violou nenhum direito adquirido – frustrou-se uma expectativa<sup>22</sup>.

Nesse sentido, o STJ, no REsp 1114938, submetido ao rito do art. 543-C, decidiu o seguinte:

*Recurso especial repetitivo. Art. 105, iii, alínea a da cf. Direito previdenciário.  
Revisão da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos*

<sup>21</sup> Entendeu-se que os “benefícios concedidos entre 01.02.1999 e 19.11.2003, estão sujeitos ao prazo decadencial de 05 anos”. No caso, a autoria era beneficiária desde 20.07.2001, quando se aplicava o prazo da Lei n. 9.784/99, de modo que a decadência se operaria em 2006. No entanto, antes disso, sobreveio a MP nº 138/2003, que estabeleceu o decênio, e o INSS tentou revisar o benefício em 2008, ou seja, após 5 e antes de 10 anos.

<sup>22</sup> A propósito, e reforçando esse ponto de vista, o referido acórdão foi corretamente reformado pela Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência, em julgamento realizado em 20.02.2013, não publicado até a data de finalização deste artigo.

*em data anterior à vigência da lei 9.787/99. Prazo decadencial de 5 anos, a contar da data da vigência da lei 9.784/99. Ressalva do ponto de vista do relator. Art. 103-a da lei 8.213/91, acrescentado pela mp 19.11.2003, convertida na lei 10.839/2004. Aumento do prazo decadencial para 10 anos. Parecer do ministério público federal pelo desprovimento do recurso. Recurso especial provido, no entanto.*

1. A colenda Corte Especial do STJ firmou o entendimento de que os atos administrativos praticados antes da Lei 9.784/99 podem ser revistos pela Administração a qualquer tempo, por inexistir norma legal expressa prevendo prazo para tal iniciativa. Somente após a Lei 9.784/99 incide o prazo decadencial de 5 anos nela previsto, tendo como termo inicial a data de sua vigência (01.02.99). Ressalva do ponto de vista do Relator.
2. Antes de decorridos 5 anos da Lei 9.784/99, a matéria passou a ser tratada no âmbito previdenciário pela MP 138, de 19.11.2003, convertida na Lei 10.839/2004, que acrescentou o art. 103-A à Lei 8.213/91 (LBPS) e fixou em 10 anos o prazo decadencial para o INSS rever os seus atos de que decorram efeitos favoráveis a seus beneficiários.
3. Tendo o benefício do autor sido concedido em 30.7.1997 e o procedimento de revisão administrativa sido iniciado em janeiro de 2006, não se consumou o prazo decadencial de 10 anos para a Autarquia Previdenciária rever o seu ato.
4. Recurso Especial do INSS provido para afastar a incidência da decadência declarada e determinar o retorno dos autos ao TRF da 5a. Região, para análise da alegada inobservância do contraditório e da ampla defesa do procedimento que culminou com a suspensão do benefício previdenciário do autor.

Nesse precedente houve extensa discussão do tema, com sucessivos pedidos de vista, que serviram para agregar fundamentos importantes à posição adotada. O Min. Og Fernandes, por exemplo, pontuou o seguinte:

Nessa esteira, parece-me oportuno referir o jurista Wilson de Souza Campos Batalha (apud: Gagliano, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, Novo Curso de Direito Civil, Parte Geral, vol. I, São Paulo: Saraiva, 2002), para quem, havendo alterações ao prazo decadencial, pela lei nova, especialmente ampliativas,

“aplica-se o novo prazo, computando-se o tempo decorrido na vigência da lei antiga”.

A par dessas premissas, tendo a concessão do benefício ocorrido em 30 de julho de 1997 e o procedimento de revisão administrativa iniciado em janeiro de 2006, entendo, tal qual o em. Relator, não haver se consumado o prazo decadencial de 10 anos para que a autarquia previdenciária procedesse à revisão do benefício previdenciário em tela.

A Min. Maria Thereza de Assis Moura aduziu:

Assim, pergunta-se: se o prazo decadencial ainda em curso foi aumentado pela nova lei de cinco para dez anos, qual legislação regulamentará tais hipóteses, ou seja, qual prazo decadencial será aplicável?

A respeito do tema, a doutrina civilista pátria, de forma majoritária, entende inexistir direito adquirido à imunidade de prazos que a lei futura venha a ampliar para o exercício do direito. Pelo contrário, o posicionamento dominante, em situações como a que ora se coloca, é no sentido de que o novo lapso temporal se aplicará imediatamente, devendo ser computado o período já transcorrido sob o manto da legislação anterior.

Nesse sentido, cumpre trazer a lume o magistério de CLÓVIS BEVILÁQUA, in “Código Civil dos Estados Unidos do Brasil”, aplicável também à decadênciа:

“1º Se a lei nova estabelece prazo mais longo, do que a antiga, prevalece o prazo mais longo, contado do momento em que a prescrição começou a correr.

2º Se o prazo da lei nova é mais curto, cumpre distinguir: a) Se o tempo; que falta para consumar-se a prescrição, é menor do que o prazo estabelecidos pela lei nova, a prescrição se consuma de acordo com o prazo da lei anterior. b) Se o tempo que falta para se consumar a prescrição pela lei anterior, excede o fixado pela nova, prevalece o desta última, contado do dia em que ela entrou em vigor.

Essas regras racionaes, que se fundam no princípio de que a prescrição iniciada não constitui direito adquirido, e que, por outro

lado, atendem a equidade, estão de acordo com os ensinamentos de Gabba, *Theoria della retroattività delle leggi*, 3º edição, ns. 374 e 375, [...] “(in “Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua”, 9ª Edição, Rio de Janeiro, Editora Rio, Vol. 1/3, 1980, pág. 458/459203).

Sobre o tema, esclarece a ilustre mestre Maria Helena Diniz, que, ao cuidar da prescrição, esposou entendimento que também se aplica à decadência:

“A nova lei sobre prazo prescricional aplica-se desde logo se o aumentar, embora deva ser computado o lapso temporal já decorrido na vigência da norma revogada. Se o encurtar, o novo prazo de prescrição começará a correr por inteiro a partir da lei revogadora. Se o prazo prescricional já se ultimou, a nova lei que o alterar não o atingirá [...]” (in “Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada”, 9ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 203).

Nessa mesma linha de entendimento, em uma lição bastante esclarecedora a respeito do tema, confirmam-se os comentários de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

“A situação, porém, é mais complexa em relação às situações jurídicas pendentes (*facta pendentia*), nas quais se incluem as situações futuras ainda não concluídas quando da edição da nova norma.

No caso de uma nova lei não estabelecer regras de transição, o saudoso Wilson de Souza Campos Batalha, inspirado nas diretrizes do Código Civil alemão, aponta alguns critérios:

I - Se a lei nova aumenta o prazo de prescrição ou de decadência, aplica-se o novo prazo, computando-se o tempo decorrido na vigência da lei antiga;

II - Se a lei nova reduz o prazo de prescrição ou decadência, há que se distinguir:

a) se o prazo maior da lei antiga se escoar antes de findar o prazo menor estabelecido pela lei nova, adota-se o prazo da lei anterior;

b) se o prazo menor da lei nova se consumar antes de terminado o prazo maior previsto pela lei anterior, aplica-se o prazo da lei nova, contando-

se o prazo a partir da vigência desta. [...]” (in Novo Curso de Direito Civil, vol. 1, Parte Geral, São Paulo: Saraiva, 2004, pág. 507-508).

Na esteira desse raciocínio, na espécie deve prevalecer a lei nova que dilatou o prazo decadencial. Frise-se, ainda, que, como a nova lei mantém os mesmos parâmetros estabelecidos na lei pretérita, o tempo decorrido entre a legislação revogada e a atual será descontado do total previsto na novel legislação.

Como se vê, o entendimento foi no sentido de que, por ter sido a MP nº 138/2003 publicada ainda dentro do prazo de cinco anos, previsto na regra anterior, o prazo decenal para que a Previdência revise os benefícios por ela concedidos se aplica imediatamente. E sua contagem terá como termo inicial: (a) para os benefícios concedidos antes da Lei nº 9.784/99, a vigência desta norma; e (b) para os benefícios posteriores, a concessão<sup>23</sup>, ou, no caso de efeitos patrimoniais contínuos, a percepção do primeiro pagamento<sup>24</sup>.

O STF, por sua vez, tem julgado no sentido de que “*a prescrição em curso não cria direito adquirido, podendo o seu prazo ser reduzido ou dilatado por lei superveniente*”<sup>25</sup>. E, para as hipóteses em que a lei nova *reduz* o prazo, já se decidiu que se aplica a lei nova, contando-se porém a fluência a partir de sua vigência:

Prescrição extintiva. Lei nova que lhe reduz o prazo. Aplica-se à prescrição em curso, mas contando-se o novo prazo a partir da nova lei. Só se aplicará a lei antiga se o seu prazo se consumar antes que se complete o prazo maior da lei nova, contando da vigência desta, pois seria absurdo que, visando a lei nova reduzir o prazo, chegasse ao resultado oposto, de ampliá-lo.<sup>26</sup>

Ação Rescisória. Decadência. Direito Intertemporal. Se o restante do prazo de decadência fixado na lei anterior for superior ao novo prazo estabelecido pela lei nova, despreza-se o período já transcorrido, para levar-se em conta, exclusivamente, o prazo da lei nova, a partir do início da sua vigência.<sup>27</sup>

---

<sup>23</sup> Art. 103-A, caput.

<sup>24</sup> Art. 103-A, § 1º.

<sup>25</sup> RE 21341, Rel. Min. Nelson Hungria, julgado em 21.05.1953.

<sup>26</sup> RE 37223, Rel. Min. Luiz Gallotti, julgado em 10.07.1958.

<sup>27</sup> AR 905/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 28.04.78.

Essas orientações não destoam das outras que foram citadas. Aplicando-se os dois precedentes do Supremo *a contrario sensu*, a lei nova que *amplia* o prazo se aplica imediatamente, porém, nessa hipótese, o lapso de tempo já transcorrido não é desprezado, mas computado.

## 6 CONCLUSÃO

Não há tema mais frequente nas ações previdenciárias do que o da sucessão de leis no tempo. Nesse campo ainda podem ser muito úteis as ideias tradicionais do direito. A visão conservadora, que muitas vezes significa intolerância com aquilo que é novo, noutras indica a sensibilidade para reconhecer que existe alguma sabedoria no passado. É exatamente o fato de algumas ideias resistirem ao teste do tempo que deve ser levado em conta no momento de se apontar o que é ou não retrocesso.

A doutrina do direito adquirido nasceu para ser prática e essa sua vocação tem se reafirmado nos casos difíceis. Daí a importância de se saber o raciocínio que está por detrás de jargões como o que diz não existir “*direito adquirido a regime jurídico*”. Esse trabalho de genealogia é e sempre será fundamental na atividade de quem pretende desvendar os problemas do Direito.

## REFERÊNCIAS

- FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito intertemporal brasileiro: doutrina a irretroatividade das leis e do direito adquirido*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- GABBA, Carlos Francesco. *Teoria della retroattività delle leggi*. 3. ed. Torino: Torino Unione Tipografico Editrice, 1891. v. 1.
- RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1988.
- MARTINS, Sérgio Pinto. Direito adquirido e reforma previdenciária. *Revista de Previdência Social*, São Paulo, ano 23, n. 222, 1999.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Aumentada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

LEMOS FILHO, Flávio Pimentel de. *Direito potestativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SIDOU, J. M. Othon. A “existência” da lei (regras de direito intertemporal). In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

Hohfeld: Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. New Haven: Yale University Press, 1964.

# **ATUAÇÃO DO BRASIL NA OMC E OS NOVOS INFLUXOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

***PERFORMANCE OF BRAZIL IN THE WTO AND  
THE NEW INFLUENCES OF DEMOCRACY AND THE  
ROLE OF LAW***

*Júlio César Melo Borges  
Procurador Federal/AGU*

*Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília – UnB*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Globalização, Democracia e a Volatilidade do Atual Cenário Econômico Mundial; 2 Aspectos da Globalização Econômica sobre a Atuação dos Estados na OMC; 3 Atuação Perante a OMC e Discricionariedade: Mitigação Democrática; 3.1 Estado Democrático de Direito Procedimental e o Controle Social da Política Exterior; 3.2 Interesse Estatal *Versus* Interesse Público; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Os elementos caracterizadores do Estado Democrático de Direito têm desempenhando papel progressivamente decisivo e inovador no âmbito da atividade administrativa dos governos em geral. A atuação internacional do Estado brasileiro, enquanto expressão de uma atividade estatal volvida à política com outras nações, merece permanente análise a partir dos novos valores lançados pela confluência entre democracia e Estado de Direito. Nesse contexto, as particularidades que envolvem a atuação dos países na Organização Mundial do Comércio, sobretudo ligadas às possíveis consequências sobre esferas de direitos individuais e coletivos envolvidos diretamente ou indiretamente nas demandas presentes naquela Organização, torna necessário o estudo acerca do papel do Brasil na defesa do interesse público perante aquela instância internacional, levando-se em consideração inclusive a globalização da economia e a função do direito frente a esse novo cenário.

**PALAVRAS-CHAVE:** Organização Mundial do Comércio - OMC. Estado Democrático de Direito. Globalização. Transnacionalidade da Economia. Discretoriedade Administrativa. Controle Social. Comércio Internacional.

**ABSTRACT:** The characteristic elements of the democracy and the role of law have increasingly decisive role playing and innovative within the administrative activity of government in general. The international role of the Brazilian government, as an expression of administrative activity towards politics with other nations, deserves permanent analysis using new values released by the confluence between democracy and rule of law. In this context, particular involving the performance of countries in the World Trade Organization, especially related to possible consequences on spheres of individual and collective involved directly or indirectly in the present that demands organization, makes it necessary to study about the role of Brazil in the defense the public interest towards that international body, taking into consideration including globalization of the economy and the role of law in this new scenario.

**KEYWORDS:** World Trade Organization - WTO. Democracy and the Rule of Law. Globalization. Transnational Economy. Discretionary Management. Social Control. International Trade.

## INTRODUÇÃO

Usufruindo de posição privilegiada no cenário comercial internacional, ao dispor sobre interesses econômicos os mais variados, a Organização Mundial do Comércio – OMC tem assumido inédito protagonismo internacional no âmbito das políticas nacionais internas referentes às transações mercantis entre Estados<sup>1</sup>, tendo como objetivo principal de sua agenda a plena liberdade comercial entre os mercados do mundo, seja através da abolição das barreiras tarifárias, seja por meio da extinção dos subsídios financeiros. Cumpre dizer, contudo, não constituir o livre comércio o único escopo daquela Organização, merecendo fazer menção a algumas outras preocupações globais, como em relação ao meio ambiente e ao pleno emprego, que constituem direitos fundamentais e igualmente norteiam as atividades da OMC<sup>2</sup>.

Nessa ordem de ideias, pode-se afirmar que a tendência à manutenção de um livre comércio global, em que se destaca o papel da OMC, deriva em grande escala do próprio caráter globalizado dos atuais mercados<sup>3</sup>, cada vez mais imunes a barreiras territoriais. Há, no entanto, permanente confluência entre os valores econômicos ainda sobrepujantes, e outras matérias ligadas à fruição de direitos humanos potencialmente atingidos por demandas comumente levadas àquele organismo internacional. Tal contexto apenas reforça, particularmente em relação ao Brasil, relevante premissa de ordem democrática a guiar sua postura nas demandas comerciais internacionais, tendo-se sempre em consideração os objetivos fundamentais da República<sup>4</sup>,

1 FARIA, José Eduardo. *Direito e Conjuntura*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 12.

2 Trecho do préambulo da Ata de Constituição da OMC: “As partes do presente Acordo, Reconhecendo que as suas relações na esfera da atividade comercial e econômica devem objetivar a elevação dos níveis de vida, o pleno emprego e um volume considerável e em constante elevação de receitas reais e demanda efetiva, o aumento da produção e do comércio de bens e serviços, permitindo ao mesmo tempo a utilização ótima dos recursos mundiais em conformidade com o objetivo de um desenvolvimento sustentável e buscando proteger e preservar o meio ambiente e incrementar os meios para fazê-lo, de maneira compatível com suas respectivas necessidades e interesses segundo os diferentes níveis de desenvolvimento econômico”. [on line] Disponível na internet via WWW.URL: www.planalto.gov.br/ccivil\_03/decreto/1990-1994/anexo/andec1355-94.pdf. Acesso em: 10 ago. 2008.

3 HABERMAS, Jürgen. *Era das Transições*. Traduzido por Eduardo Portella. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. p. 103: “As tendências e processos de globalização, que hoje atraem nossa atenção, modificam uma constelação histórica na qual o Estado, a sociedade e a economia tinham a mesma extensão, no âmbito de fronteiras nacionais. Ora, o sistema econômico internacional, no qual os Estados fixam limites entre a economia interna e as relações de comércio externas, transformou-se, no decorrer da globalização dos mercados, numa economia transnacional”.

4 Constituição Federal de 1988: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover

comumente alcançados naquela instância internacional por intermédio da defesa dos interesses econômico-sociais brasileiros envolvidos em litígio.

## 1 GLOBALIZAÇÃO, DEMOCRACIA E A VOLATILIDADE DO ATUAL CENÁRIO ECONÔMICO MUNDIAL

Em um mundo cada vez mais interligado sob diversos aspectos, o contexto econômico – até algum tempo atrás notadamente limitado apenas aos territórios dos Estados nacionais – passa a ganhar crescentes contornos globais<sup>5</sup>, escapando de alguma forma ao controle estatal tradicional. Verifica-se contínuo processo de influência desse mercado transnacional no próprio futuro político dos Estados-nações<sup>6</sup>, enquanto entes dotados de soberania para o controle da prática de atos de toda a natureza no âmbito do seu território.

Essa avaliação, inclusive, retrata reflexão promovida por Jürgen Habermas, ao analisar o fenômeno unificador da União Européia. Até que ponto o poderio das forças econômicas que hoje atuam globalmente podem alterar a própria dinâmica de formação e organização dos Estados, constitui um dos questionamentos básicos à análise acerca do futuro quanto à natureza nacional ou transnacional das organizações estatais vindouras<sup>7</sup>.

---

o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

5 “O processo de globalização teve grande evolução com o incremento de acumulação de capitais e sua internacionalização, possibilitando a empresas, nações e indivíduos investir em países onde não estejam fisicamente instalados, atribuindo novo perfil à distribuição de capitais e ao poder dela decorrente”. SANTOS, Karla Margarida. *Primazia das convenções internacionais em matéria tributária sobre o direito interno*, p. 110. In: *Revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização*. v. 3, n. 1, Brasília: Centro Universitário de Brasília – UNICEUB, p.109-124, jan./jun. 2006. [on line] Disponível em <[http://www.mestrado.uniceub.br/revistamestrado/vol3-1/pdf/5\\_Artigo\\_%20MARGARIDA\\_Karla2.pdf](http://www.mestrado.uniceub.br/revistamestrado/vol3-1/pdf/5_Artigo_%20MARGARIDA_Karla2.pdf)>

6 “[...] uma parte das nações européias, ou melhor, suas classes dirigentes tentaram replicar iniciando uma transferência das instituições ao escalação supra-nacional: processo cujo próprio significado (o estatuto jurídico-político, o valor que confere à ideia de comunidade) continua e continuará provavelmente a dividi-los sobre a união, por um período imprevisível”. HABERMAS, Jürgen. *Balibar*, 1997: 385, apud FARIA, Flávio Bezerra de. *A Globalização e o Estado Cosmopolita. As antinomias de Jürgen Habermas*. São Paulo: Cortez, 2001, p. 90.

7 “A questão decisiva, nos dias de hoje, é a seguinte: “será que a força explosiva do capitalismo internacional, que domina o contexto cultural, social e ecológico, pode ser colocada novamente sob controle num plano supranacional e global, situado além dos Estados nacionais? Ninguém questiona o fato de que os mercados exercem uma função de descoberta e de orientação. No entanto, eles só reagem a mensagens codificadas na linguagem dos preços. Isso significa que são surdos em relação aos efeitos externos que eles mesmos geram em outras esferas”. HABERMAS, Jürgen, 2003a, op. cit. p. 101.

O avanço das economias de mercado para além dos territórios nacionais, na escala hoje percebida, configura elemento recente à perspectiva histórica conhecida<sup>8</sup>, sobretudo em face do avanço tecnológico atualmente alcançado<sup>9</sup>, o que pode ensejar a necessidade do surgimento e do correspondente fortalecimento de instituições políticas transnacionais, fundadas em ambiente democrático, com forma de atender à demanda provocada por esse novo cenário econômico aberto e imprevisível<sup>10</sup>.

Esse recente contexto mundial envolve necessariamente a discussão a respeito do papel do direito frente ao super-dimensionamento de uma área específica de conhecimento (a economia), na projeção das opções políticas possíveis num futuro próximo, inclusive sob ângulos avaliados como ameaçadores ao contexto cultural, social e ecológico.

Fruto desse novo cenário, e sem desconhecer as críticas à atuação da Organização Mundial do Comércio<sup>11</sup>, reconhece-se como um importante sinal institucional dessa nova conformação mundial a sua

8 “A história do Ocidente mediterrâneo e da cristandade medieval está cheia de tentativas imperialistas com pretensões ‘mundiais’ muito afastadas daquilo que se entende, hoje em dia, por ‘globalização’. O mundo romano, o papado, os Estados nascentes na Idade Média, Portugal, Espanha, França, Inglaterra, Alemanha, tiveram todos, a seu tempo, tais pretensões, mas esses esforços sucessivos de dominação estavam longe daquilo que entendemos hoje por ‘globalização’”. ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999. p. 7.

9 “A unificação do mundo já vem sendo realizada desde os grandes descobrimentos, há cerca de cinco séculos, e mesmo a Antiguidade não desconheceu experiências unificadoras. O que nunca ocorreu até o presente foi a presença de uma base tecnológica tão potente que a possibilitasse. Essa base resulta da síntese das telecomunicações com a informática, sob a ação dissolvente do capitalismo, com sua característica de homogeneizar espaços. O reconhecimento da globalização, que não é novidade em inúmeras formulações desde o século XIX, avança no sentido de passarmos das considerações nacionais e regionais para um plano efetivamente mundial”. ZAJDSZNADJER, Luciano. *Ética, Estratégia e Comunicação*. Rio de Janeiro: FGV, 1999. p. 36.

10 “A globalização do comércio e da comunicação, da produção econômica e das finanças, da expansão da tecnologia e dos armamentos, e acima de tudo dos riscos ecológicos e militares, coloca problemas que não podem mais ser resolvidos no seio da estrutura de Estados-nações ou através do método tradicional de acordos entre Estados soberanos. Se as tendências atuais persistem, a progressiva deterioração da soberania nacional necessitará da fundação e da expansão de instituições políticas no nível supranacional”. FARIAZ, Flávio Bezerra de. op. cit. p. 62.

11 “É verdade que a globalização capitalista trouxe formas novas e mais intensas de exploração mundo afora, mas isto não significa que nós devamos tentar ressuscitar os poderes do Estado-nação como uma defesa contra a globalização. O que afirmamos é que a globalização capitalista atual apresenta as condições para uma globalização não-capitalista alternativa. Isto tem a ver [...] com muita confusão sobre os movimentos de protesto contra a Organização Mundial do Comércio em Seattle no ano passado, bem como aqueles contra o FMI (Fundo Monetário Internacional) em Washington e, logo, logo, novamente em Praga. Esses movimentos são sempre vistos na mídia como sendo contra a globalização, mas isso não

própria criação, tendo como finalidade primordial o estabelecimento do livre comércio entre as nações, eliminando de vez as barreiras tarifárias ou subsidiárias existentes em virtude tão-somente dos delimitados interesses comerciais estabelecidos internamente no âmbito territorial de cada Estado.

É fato que se verifica um aumento na participação dos países em desenvolvimento ou pertencentes ao “terceiro mundo” no mercado internacional, passando os mesmos a assumirem função decisória de destaque no âmbito das negociações comerciais<sup>12</sup>. Porém, embora reconhecido o avanço desses países na seara econômica mundial, persiste a constatação de que ainda comungam de dificuldades para participar ativamente dos mercados mais sofisticados pertencentes aos países desenvolvidos<sup>13</sup>, o que tem gerado avaliações negativas em relação à postura da OMC frente às dificuldades atravessadas pelos países menos favorecidos economicamente nas disputas no âmbito do comércio multilateral<sup>14</sup>.

---

é verdade [...] Os envolvidos são contra a forma atual da globalização, contra a globalização capitalista, e favoráveis a uma globalização nova, democrática”. FARIAZ, Flávio Bezerra de. op. cit. p. 65.

<sup>12</sup> PINHEIRO, Silvia Marina. op. cit. p. 41. “Mais inseridos no mercado internacional, estes países vêm demandando participação cada vez maior na elaboração das políticas. As novas negociações comerciais dependem cada vez mais para seu sucesso da anuência dos países em desenvolvimento sobre as novas regras”.

<sup>13</sup> “As dificuldades atuais dos países em desenvolvimento ou em transição, no acesso aos mercados dos principais atores do comércio internacional têm as suas origens em períodos anteriores à instauração dos acordos do General Agreement on Tariffs and Trade-GATT, ocorrida em 1947. Ao analisarmos o percurso histórico do multilateralismo, deparamo-nos com a primazia do que se convencionou chamar de trifâde do comércio internacional: Estados Unidos e Canadá, União Européia e Japão. A análise isolada da construção da nova ordem mundial, a partir das ações empreendidas no pós-guerra, não nos permitiria compreender todo o alcance das estratégias delineadas naquele período. Com efeito, a vasta literatura sobre a gênese do multilateralismo tem privilegiado, principalmente, o período iniciado em 1945. Contudo, para uma melhor compreensão do fenômeno do livre-comércio, tal como conhecemos nos dias de hoje, seria preciso que recuássemos até o Século XIX. A notável influência política do Concerto Europeu(1815-1871) concedeu às nações daquele continente quase um século de predominio sobre o comércio internacional”. FALCÃO, Maurin Almeida Falcão. *Livre-comércio: que contexto político? Aspectos históricos das dificuldades dos países em desenvolvimento ou em transição, no acesso a mercados*, p. 3. In: Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB. Brasília, v. 2, n. 2, p.1-11, jul./dez. 2005. [on line] Disponível em: <<http://www.mestrado.uniceb.br/revistamestrado/pdf/ed3/1%20Artigo%20Maurin%20Almeida.pdf>>.

<sup>14</sup> “Um dos maiores problemas nas negociações e na implementação de regras multilaterais de comércio é a aferição da extensão de quais são os direitos e obrigações dos países em desenvolvimento, levando-se em conta os baixos níveis de desenvolvimento e suas diferenças dos países desenvolvidos. O maior e mais frequente ponto de controvérsias, durante as negociações, tem sido a maneira como que devem ser tratados os países de acordo com seu grau de desenvolvimento. É de fundamental importância, para os países em desenvolvimento, que exista alguma espécie de tratamento especial e diferenciado aos

## 2 ASPECTOS DA GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA SOBRE A ATUAÇÃO DOS ESTADOS NA OMC

Com a crescente desfiguração territorial do comércio internacional, causada pelo permanente progresso do capitalismo globalizado (sobretudo nos mercados de insumo, produção, capitais, finanças e consumo), o modelo institucional e os elementos políticos de afirmação do Estado-nação surgido no século XVIII (após as revoluções inglesa, americana e francesa) parecem cada vez mais sucumbir à força e à influência de fatores e elementos externos à sua extensão territorial, a exemplo dos organismos multilaterais (como a OMC), dos mercados transnacionais e de instâncias regionais supranacionais, que passam a condicionar a ação estatal – sobretudo nos países em desenvolvimento dependentes de financiamentos externos – ao cumprimento de uma agenda comum para a economia global (nela incluída a liberalização do comércio<sup>15</sup>).

Como resultado imediato desse enfraquecimento progressivo das estruturas soberanas estatais, os centros de decisão das principais soluções para os problemas macroeconômicos mundiais tendem a se afastar da esfera do Estado clássico para se concentrar em instâncias supranacionais democraticamente deficitárias, posto não legitimadas pela participação da sociedade, “pouco transparentes ao grande público e fora do alcance dos mecanismos de controle via representação partidária”, no que se poderia reconhecer a possibilidade da própria substituição da política pelo mercado “como fator determinante do ‘âmbito público’”<sup>16</sup>.

Nesse contexto de crescente dúvida acerca das capacidades de atuação do Estado moderno, e ainda que precipuamente voltada à análise dos acordos e regras inerentes à organização do comércio internacional<sup>17</sup>, os efeitos das decisões adotadas no âmbito da OMC, não raro, podem repercutir na esfera de direitos individuais ou difusos

requerimentos e às necessidades especiais dos Estados mais fracos”. MARNE, Carlos. *Relações Norte-Sul e o tratamento especial e diferenciado na OMC*, p. 13. In: *Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB*, Brasília, v. 2, n. 2, p.12-41, jul./dez. 2005. [on line] Disponível em: <<http://www.mestrado.uniceub.br/revistamestrado/pdf/ed3/2%20Artigo%20Carlos%20Marne.pdf>>.

15 FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. Malheiros. p. 23.

16 FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. Malheiros. p. 27 e 28.

17 “O conhecido déficit de democracia, transparência, característico do processo de negociação dos acordos no âmbito das organizações internacionais acabou por criar um modelo de cooperação entre poucos. Este modelo é alvo de duras críticas da sociedade civil, sendo as manifestações ocorridas em novembro de 1999 em Seattle, durante a reunião de ministros da OMC, um importante exemplo”. PINHEIRO, Silvia Marinho. *Responsabilidade Internacional dos Estados na OMC*. São Paulo: Aduaneiras, 2007. p. 40.

protegidos pela ordem jurídica interna dos países envolvidos<sup>18</sup>, o que tem induzido seus órgãos decisórios internos a utilizarem normas e princípios oriundos não apenas dos aspectos econômicos dos pactos comerciais firmados, mas de toda a ordem de valores, acordada desde a própria constituição da OMC<sup>19</sup>.

Nesse sentido, também o preâmbulo do ato de constituição da OMC faz expressa referência a princípios outros – além do livre comércio – enquanto parâmetros capazes de interferir nas tomadas de decisão daquela Organização. Muito além dos interesses de atores privados econômicos, constantemente envolvidos nas demandas contenciosas da organização, há evidente interesse público a ser resguardado através do respectivo Estado-membro que atua junto à OMC.

Por esses motivos, a busca por caminhos adequados de conformação e legitimação democrática dos interesses econômicos (especialmente em relação à adequada fruição de direitos humanos) tem despertado a atenção de toda a comunidade internacional.

### **3 ATUAÇÃO PERANTE A OMC E DISCRICIONARIEDADE: MITIGAÇÃO DEMOCRÁTICA**

Muito embora a Constituição Federal designe o chefe do Poder Executivo da União Federal como representante do país no âmbito internacional, particularmente em relação à OMC sua representação tem sido notoriamente realizada pelo ministério das Relações Exteriores – órgão do Poder Executivo da União –, que, por sinal, encontra legitimidade internacional largamente reconhecida no âmbito do Direito Internacional Público, conforme doutrina autorizada<sup>20</sup>.

18 Ibidem. p. 38. “O comércio é uma matéria de interesse dos Estados e, por consequência, do Direito Internacional. As regras da OMC não vinculam apenas duas partes privadas com relação a certa transação comercial. Elas disciplinam as regulações governamentais relacionadas ao comércio exterior, com impacto sobre as relações comerciais entre agentes econômicos particulares”.

19 Ibidem. p. 121. “Da leitura do preâmbulo do Acordo da OMC, acordo constitutivo da Organização Mundial do Comércio, depreende-se, como mencionado anteriormente, que os objetivos da intensificação do comércio entre os membros são ‘elevar a qualidade de vida, fomentar o emprego, o incremento da renda e da demanda, a expansão da produção e do comércio de bens e serviços e o uso adequado dos recursos naturais com vistas à preservação do desenvolvimento sustentável e do meio ambiente [...]’”

20 “[...] um terceiro dignitário possui ainda essa qualidade representativa ampla: trata-se do ministro de Estado responsável pelas relações exteriores, em qualquer sistema de governo”. RESEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 35.

Dentro do processo de desenvolvimento democrático de funcionamento das órbitas estatais de decisão, tem-se por oportuno avaliar a natureza jurídica dos atos praticados por seus agentes oficiais (especialmente a diplomacia), especificamente em relação à participação do Brasil na OMC<sup>21</sup>. Seriam tais atos inteiramente discricionários, posto serem oriundos da prerrogativa política do governo brasileiro, ou vinculados ao controle social e carecedores, portanto, de contínua legitimidade democrática?

No desenvolvimento da compreensão acerca dos limites à discricionariedade administrativa, tem a doutrina nacional considerado novos parâmetros de legitimação à atuação do administrador público, diante de determinadas opções políticas<sup>22</sup>, seja no âmbito da Administração Federal, Estadual ou Municipal<sup>23</sup>. Aliás, mesmo quando a lei oportuniza alguma margem de liberdade ao administrador público, por intermédio de conceitos jurídicos indeterminados, os estudos acerca do avanço do controle judicial sobre os atos do Poder Executivo têm revelado avanços<sup>24</sup>.

Na linha da reflexão aqui realizada, e quanto a diplomacia brasileira exerce preferencialmente a defesa de interesses econômicos específicos do mercado interno brasileiro junto à OMC, parece haver sempre a necessidade dessa atuação avaliar diversos outros aspectos contemplados

21 No caso da polêmica acerca da importação de pneus usados, o papel destacado de determinados setores do governo brasileiro (a exemplo do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e do Comércio Exterior e do Ministério do Meio Ambiente) na formulação das normas internas proibitivas daquele comércio culminou por orientar a posição oficial do governo brasileiro.

22 “[...] muitos atos discricionários da Administração brasileira permitem e merecem um maior controle por parte dos tribunais, especialmente as decisões que estão baseadas na interpretação de conceitos normativo-objetivos e de experiência. De qualquer forma, a sindicância deve abranger não somente os atos assinalados pela doutrina mais antiga de ‘vinculados’, que representam só uma pequena minoria. A diferenciação pode levar também a uma redução conceitual da nebulosa expressão do ‘mérito’ do ato administrativo e sujeitar ao controle judicial uma boa parte dos casos, que antes se considerava estarem motivados por razões de conveniência e oportunidade”. KRELL, Andreas. *A recepção das teorias alemãs sobre “Conceitos Jurídicos Indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil*, p. 35. In: *Revista Interesse Público*. N. 23. Editora Notadez. Porto Alegre: 2003/2004. p. 21-49.

23 Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. “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”.

24 KRELL, Andreas. op. cit. p. 32: “Assim, parece equivocada a distinção rígida no tratamento do controle dos conceitos jurídicos indeterminados – que exigem interpretação, sendo o seu pleno controle judicial a regra – e, por outro lado, dos atos discricionários como decisões baseadas na conveniência e oportunidade, sindicáveis somente nos casos de graves erros de avaliação ou arbitrariedade. Muitas vezes, a questão não passa de uma contingência na formulação do próprio texto legal”.

pela Constituição Federal, especialmente voltados à fruição de direitos humanos, o que parece apontar para a necessidade de aperfeiçoamentos jurídicos em relação à legitimação popular dessa atividade<sup>25</sup>.

Dessa forma, assim como se verifica em relação à definição das políticas públicas em geral, adotadas pelo país no âmbito interno de sua aplicação, toda a margem de decisão acerca do comércio internacional merece sofrer os influxos do Estado Democrático de Direito e seus valores constitucionais; caso contrário, decisões ou medidas tomadas pelos governos, capazes de obstruir a efetividade de direitos subjetivos, pode potencializar o espaço de avaliação cognitiva de seu mérito administrativo pelo Poder Judiciário<sup>26</sup>, com possibilidade de recuos políticos cujos efeitos podem influenciar negativamente a reputação do país perante a comunidade internacional.

### **3.1 Estado Democrático de Direito procedural e o controle social da política exterior**

A partir da análise do desenvolvimento dos paradigmas do Direito (Estado Liberal de Direito, Estado Social e Estado Democrático de Direito)<sup>27</sup>, a participação dos atores sociais em relação à formação das decisões do Estado tem permanentemente aumentado em relevância. Sob as regras do Estado Democrático de Direito, mais que um poder, constitui um poder-dever dos agentes oficiais de governo zelar pelo compromisso de sujeição das suas atividades, inclusive quando afetas à política externa nacional, à participação popular. Assim poderia ter ocorrido, por exemplo, no caso da importação de “pneus usados”, com a antecipação do debate democrático no âmbito da Administração Pública Federal por meio dos instrumentos já disponíveis (audiências ou consultas públicas)<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> Sempre que envolver assunto de interesse geral, o ordenamento jurídico pátrio já facilita a utilização de alguns instrumentos jurídico-administrativos de democratização das decisões estatais, a teor da *consulta pública e da audiência pública* previstas nos artigos 31 a 34 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (Lei do Processo Administrativo).

<sup>26</sup> A exemplo das disputas judiciais envolvendo a indústria nacional e o governo brasileiro no caso da importação de pneus usados.

<sup>27</sup> Ibidem. p. 123.

<sup>28</sup> Procedimento esse adotado pelo Supremo Tribunal Federal, ao realizar audiência pública para tratar de ação judicial que questionava a importação de pneus usados pelo Brasil. Relato sobre a audiência pública encontra-se disponível em: <[www.jusbrasil.com.br/noticias/40145/audiencia-publica-no-stf-debate-importacao-de-pneus-usados](http://www.jusbrasil.com.br/noticias/40145/audiencia-publica-no-stf-debate-importacao-de-pneus-usados)>.

Sem que se olvidem as competências institucionais de cada Poder do Estado, o dever de concretizar o interesse público não escapa à responsabilidade de quaisquer dos agentes públicos do país. Não se permite estabelecer maior ou menor grau de responsabilidade, em relação à abertura democrática para as decisões estatais, apenas em função da instância estatal de poder. Tal fato constitui ônus de todos aqueles que, sob o exercício de uma atividade administrativa, detêm prerrogativas funcionais essencialmente públicas.

Nesse sentido, para Jürgen Habermas, na perspectiva proceduralista do direito e da democracia, a atividade político-jurídica do Estado, enquanto instrumento de garantia à adequação da atuação estatal ao interesse público, possibilita o protagonismo do cidadão, em contraposição à exclusividade dos agentes de mercado e à própria máquina estatal, permitindo-se, assim, a proteção aos valores da democracia participativa<sup>29</sup>. Estabelece-se, assim, uma clara divisão entre o conteúdo do interesse público e o do interesse estatal, revelando-se inadequada a pressuposição de que o Estado encarna – como premissa básica fundamental – todo e qualquer interesse público.

A fundamentar a abertura democrática das decisões estatais, é necessário considerar o controle social sobre os atos administrativos<sup>30</sup>, inclusive quanto às manifestações diplomáticas, em nome do país, no âmbito internacional<sup>31</sup>. Isto se justifica pelo elevado grau jurídico-político de importância dos atos internacionais, através dos quais o país assume obrigações perante organismos ou instâncias internacionais (a exemplo da OMC), passando a responsabilizar-se jurídica e politicamente perante

29 HABERMAS, Jürgen, 2003b, op. cit. p. 183. “O paradigma proceduralista do direito procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático. Elas adquirem um estatuto que permite analisar, numa outra luz, os diferentes tipos de conflito. Os lugares abandonados pelo participante autônomo e privado do mercado e pelo cliente de burocracias do Estado social passam e a ser ocupados por cidadãos que participam de discursos políticos, articulando e fazendo valer interesses feridos, e colaboram na formação de critérios para o tratamento igualitário de casos iguais e para o tratamento diferenciado de casos diferentes”.

30 “Transparência, participação popular e controle social estão intimamente interligados e decorrem de um mesmo fator, o Estado moderno, um Estado policrático, que resultou no Estado Democrático de Direito”. MILESKI, Helio Saul. Controle Social: um aliado do controle oficial, p. 87. In: *Revista Interesse Público*. Ano VIII – 2006. N. 36. p. 85-97.

31 PINHEIRO, Silvia Marina. op. cit. p. 41. “O desejo da comunidade internacional de ver refletido nos regimes internacionais os princípios democráticos, além de valores como a proteção ao meio ambiente, direitos humanos e desenvolvimento, tem provocado torrente de anseios por mudanças inadiáveis por muito mais tempo”.

tais instâncias e demais países, inclusive por meio de sanções, a reforçar a perspectiva de legitimização democrática aqui defendida.

Se as políticas públicas em geral adotadas no Brasil estão sujeitas ao controle social, nenhum fundamento jurídico existe à imunização de idêntica correição quanto aos seus atos realizados no âmbito da OMC. Como afirmado anteriormente, a defesa do interesse público em âmbito internacional – também em relação ao comércio multilateral – pressupõe certo grau de legitimização democrática por parte de quem a realiza. E essa transparência institucional não se auto-adquire pura e simplesmente através da capacitação dos agentes públicos ou unicamente da legitimidade popular detida pelo chefe do Poder Executivo, mas se revela por meio de mecanismos de inserção e participação democrática acerca dos temas afetos à sociedade no âmbito interno de governo.

Nesse sentido, a democracia habermasiana seguida por este artigo significa ir além dos modelos de representação político-partidária existentes no mundo, para permitir um sistema de governança pública baseado no experimentalismo democrático, por meio da permanente confluência de iniciativas e ações entre governos e sociedades. A administração dos negócios públicos passa a se legitimar a partir da transparência e da dialética.

Embora careçam de aperfeiçoamentos de natureza política e jurídica, alguns exemplos dessa democracia participativa já existem na Administração Pública Federal e podem ser adotados por mais instâncias de governo, a exemplo dos conselhos sociais nas estruturas de alguns ministérios de Estado, com significativa participação de setores organizados da sociedade na discussão de políticas públicas<sup>32</sup>, além da realização de conferências nacionais para a definição de políticas relativas a determinados setores da sociedade<sup>33</sup>.

À vista dessas considerações, e levando-se em conta que a Constituição Federal qualifica o Brasil como um Estado Democrático de Direito, os atores sociais potencialmente envolvidos direta ou indiretamente em demandas comerciais perante a OMC devem ter voz e participação na constituição da posição brasileira perante aquela

---

<sup>32</sup> São exemplos destacados o Conselho Nacional de Saúde e o Conselho Nacional do Meio Ambiente.

Mais detalhes sobre outros conselhos sociais podem ser encontrados no sítio eletrônico [http://www.secretariageral.gov.br/art\\_social/conselhos-e-conferencias](http://www.secretariageral.gov.br/art_social/conselhos-e-conferencias).

<sup>33</sup> O calendário de conferências nacionais para o ano de 2013 pode ser encontrado no sítio eletrônico: <[http://www.secretariageral.gov.br/art\\_social/publicacoes/folder-conferenciais-2013](http://www.secretariageral.gov.br/art_social/publicacoes/folder-conferenciais-2013)>.

organização internacional. Caso contrário, a política brasileira para o comércio exterior invariavelmente potencializará inadequadamente os riscos de fragilização jurídica decorrente do seu déficit de legitimidade popular.

### 3.2 Interesse Estatal *versus* Interesse Público

A partir da perspectiva de aprofundamento da democracia participativa e à vista da quantidade de direitos potencialmente conflitantes quando da atuação do país perante a OMC (a exemplo do caso da já referida ADPF nº 101/DF – sobre a importação de pneus usados, em que se buscou harmonizar diversos direitos constitucionais, como o direito ao meio ambiente saudável, à saúde pública, ao pleno emprego e à livre iniciativa), cabe aqui breve reflexão sobre a avaliação de elemento central à atuação externa do governo brasileiro: a burocracia oficial encarregada de representá-lo no âmbito daquela Organização. Isso porque o conceito atribuído pela moderna doutrina constitucional e do direito administrativo ao conteúdo da expressão “interesse público” parece ultrapassar as instâncias oficiais e hierárquicas de poder, exigindo-se ao seu alcance a via da abertura política à manifestação democrática dos setores da sociedade envolvidos<sup>34</sup>.

A definição do interesse público a ser resguardado nas decisões sobre comércio exterior, portanto, parte da interpretação dos valores jurídicos que sustentam a própria República Federativa do Brasil<sup>35</sup>, decorrentes de um maior envolvimento entre sociedade e Estado, em busca da mais adequada legitimação democrática para a posição internacional tomada pelo agente oficial do Estado brasileiro<sup>36</sup>. Assim

<sup>34</sup> “A emancipação de uma esfera pública independente dos comandos estatais e que viabiliza a redefinição da relação entre a dimensão privada da existência e o aspecto público da organização social constitui o maior desafio a ser enfrentado por sociedades que se pretendam democráticas”. PINTO, Cristiano Paixão. Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito, p. 46. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda Oliveira (org.). *O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 19-50.

<sup>35</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emaná do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

<sup>36</sup> “Isso seria possível através da institucionalização de uma esfera pública jurídica capaz de ultrapassar a atual cultura de especialistas e suficientemente sensível para transformar as decisões problemáticas em foco de controvérsias públicas”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b. p. 183-184.

ao interesse público parece não servir tão-somente a aprimorada técnica de seus servidores. É preciso refletir-se sobre alguma diferença entre o interesse estatal (baseado preponderantemente no conhecimento técnico-especializado) e o interesse público, num movimento voltado constantemente à oitiva da sociedade, de modo a preservar, sobretudo, a fruição plena de direitos humanos fundamentais.

Muito embora não se coloque em dúvida a imprescindibilidade do aparato estatal especializado (corpo diplomático, por exemplo), a subsidiar a atuação do país perante organismos internacionais, defende-se, todavia, contínua necessidade de aperfeiçoamento dos instrumentos de controle social da atuação do Estado, fortalecendo a parceria entre técnica estatal (fornecida pela burocracia oficial especializada) e povo. Essa abertura democrática do Estado, ademais, prestigiará o fundamental princípio constitucional da publicidade – imanente a toda a administração pública, através do qual se possibilita a efetiva participação da sociedade nas discussões governamentais, no âmbito nacional e internacional.

#### 4 CONCLUSÃO

A promoção dos valores do Estado Democrático de Direito, aqui considerado no espectro de contínuo filtro constitucional das tomadas de decisão do Brasil perante a OMC, permite o aperfeiçoamento contínuo de sua atividade diplomática, aproximando-a inevitavelmente do cidadão. Através do exercício permanente de legitimação democrática da atuação internacional do país, estarão presentes as condições jurídicas adequadas à defesa dos seus interesses mais justos e legítimos.

Nesse sentido, a atuação internacional do país deve acatelar-se quanto à possibilidade de vulnerabilidade jurídica decorrente de seu eventual déficit democrático, especialmente quanto ao risco de judicialização excessiva das decisões tomadas, expondo o país à possibilidade de, eventualmente, ver-se forçado a descumprir acordos internacionais.

Este trabalho propõe um caminho que pode servir à permanente e contínua conformação da atuação do governo brasileiro ao processo de transformação decorrente dos influxos do Estado Democrático de Direito, tornando sua política resultado de maduros e contínuos consensos nacionais<sup>37</sup>.

<sup>37</sup> Nesse sentido, cumpre destacar o papel a ser desempenhado pela Advocacia-Geral da União, como instituição responsável por toda a política oficial de assessoramento jurídico e de representação judicial dos governos, no sentido da prevenção e solução de conflitos de natureza jurídica, gerados a partir de contendas comerciais internacionais.

Muito além da democracia representativa baseada em eleições periódicas e tradicionais estruturas partidárias, este artigo aponta no sentido da intensificação da participação popular sobre a gestão pública, permitindo à sociedade apropriar-se definitivamente das questões pertencentes aos espaços públicos de decisão do Estado, na linha do paradigma habermasiano para o Estado Democrático de Direito.

No contexto de um mundo globalizado, em que as ações estatais progressivamente perdem espaço para o protagonismo de instituições transnacionais – a exemplo da OMC –, ao tempo em que aumentam as pressões por uma maior transparência nos foros internacionais de discussão em torno da funcionalidade dos mercados, faz ressurgir o direito – enquanto instrumento indutor à fruição de direitos humanos fundamentais – como instrumento útil e essencial à consolidação do processo de legitimação democrática das políticas públicas.

## REFERÊNCIAS

- ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Texto constitucional de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas emendas constitucionais e de revisão subsequentes. Brasília: Senado Federal, 2008.
- MARNE, Carlos. Relações Norte-Sul e o tratamento especial e diferenciado na OMC. In: *Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB*, Brasília, v. 2, n. 2, p.12-41, jul./dez. 2005. [on line] Disponível em: <<http://www.mestrado.uniceub.br/revistamestrado/pdf/ed3/2%20Artigo%20Carlos%20Marne.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2008.
- FARIAS, Flávio Bezerra de. *A Globalização e o Estado Cosmopolita*. As antinomias de Jürgen Habermas. São Paulo: Cortez, 2001.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. *A Era das Transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.
- \_\_\_\_\_. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. II 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

KRELL, Andreas. A recepção das teorias alemãs sobre “Conceitos Jurídicos Indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. In: *Revista Interesse Público*. N. 23. Porto Alegre: Notadez, 2003/2004. p. 21-49.

FALCÃO. Maurin Almeida Falcão. Livre-comércio: que contexto político? Aspectos históricos das dificuldades dos países em desenvolvimento ou em transição, no acesso a mercados. *Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB*. Brasília, v. 2, n. 2, p.1-11, jul./dez. 2005. [on line] Disponível em: <<http://www.mestrado.uniceub.br/revistamestrado/pdf/ed3/1%20Artigo%20Maurin%20Almeida.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2008.

MILESKI, Helio Saul. Controle Social: um aliado do controle oficial. In: *Revista Interesse Público*. Ano VIII, 2006. n. 36. p. 85-97.

PINHEIRO, Silvia Marinho. *Responsabilidade Internacional dos Estados na OMC*. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

PINTO, Cristiano Paixão. Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito. In: OLIVEIRA PEREIRA, Cláudia Fernanda (org.). *O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 19-50.

RESEK, Francisco. *Direito Internacional Públco*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTOS, Karla Margarida. Primazia das convenções internacionais em matéria tributária sobre o direito interno. *Revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização*. v. 3, n. 1, Brasília: Centro Universitário de Brasília – UNICEUB, p.109-124, jan./jun. 2006. [on line] Disponível em: <[http://www.mestrado.uniceub.br/revistamestrado/vol3-1/pdf/5\\_Artigo\\_%20MARGARIDA\\_Karla2.pdf](http://www.mestrado.uniceub.br/revistamestrado/vol3-1/pdf/5_Artigo_%20MARGARIDA_Karla2.pdf)>. Acesso em: 10 set. 2008.

ZAJDSZNADJER, Luciano. *Ética, Estratégia e Comunicação*. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

# **OS LIMITES À PRIVACIDADE DO CIDADÃO PERANTE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO COMPLEXO ESTADO BRASILEIRO NA ATUALIDADE**

***THE LIMITS TO PRIVACY OF CITIZENS BEFORE THE  
PUBLIC ADMINISTRATION TODAY IN THE COMPLEX  
BRAZILIAN STATE***

*Leandro Ferreira Bernardo*

*Procurador Federal com exercício na Procuradoria-Seccional Federal em Maringá/PR*

*Especialista em Direito Constitucional pela PUC/PR*

*Especialista em Direito Ambiental pela UnB*

*Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC/PR*

*Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá/PR*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A Expansão da Atividade Estatal ao Longo dos Últimos Séculos; 1.1 A Expansão das Políticas Públicas no Brasil; 1.2 Exemplos de Algumas das Principais Políticas Públicas Implementadas nas Últimas Décadas; 1.3 Necessidade de Redefinição dos Limites da Administração no Controle dos Gastos Públicos voltados à Efetivação das Políticas Públicas; 2 Acesso de Dados sobre

a Vida dos Indivíduos pela Administração como Ferramenta Indispensável para o Correto Emprego do Dinheiro Público; 2.1 Breve Contextualização da Proteção à Vida Privacidade e Intimidade do Cidadão no Sistema Jurídico Brasileiro; 2.2 O Sigilo e a Proteção da Privacidade no Brasil e no Mundo; 2.3 Causas Flexibilizadoras da Proteção da Intimidade e Vida Privada; 2.4 Os Sigilos Telefônico, Fiscal e Bancário; 2.5 A Pessoa Jurídica e Direito à Intimidade e à Privacidade ; 2.6 Esclarecimento dos Limites à Atividade Fiscalizatória da Administração; 3 A Expansão das Políticas Públicas e a Necessidade de Controle do Dinheiro Público para além dos Interesses Arrecadatórios Diretos; 3.1 Histórico Recente da Legislação em Favor de uma maior Transparéncia do uso de Recursos Públicos; 3.2 A Publicidade dos Dados das Pessoas Beneficiárias de Políticas Públicas como Elemento Fundamental na Construção de um Estado Verdadeiramente Republicano; 4 Considerações Finais; Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo analisar os limites do direito constitucional à privacidade e intimidade do cidadão perante o Estado, e de modo mais especial, diante da administração pública, sobretudo à luz do incremento de novas políticas públicas nas últimas décadas e que possibilitam a destinação, direta ou indiretamente, de verbas públicas, em favor de indivíduos e grupos dentro da sociedade e que, por consequência, torna fundamental uma maior eficiência na fiscalização do uso de dinheiro público. Nesse sentido, analisa-se, também, as hipóteses em que resta admitida a flexibilização daqueles direitos individuais, ante a demonstração de preenchimento de requisitos previstos no ordenamento jurídico, bem como as perspectivas para o futuro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito à Privacidade. Direito à Intimidade. Interesse público. Administração Pública. Políticas Públicas. Poder de Fiscalização.

**ABSTRACT:** This study aims to analyze the limits of the constitutional right to privacy and intimacy of the citizen against the state, and more specifically before the public administration, especially because of the increase of new public policies in recent decades and that allow the allocation directly or indirectly of public funds on behalf of individuals and social groups and therefore becomes essential for greater efficiency in monitoring the use of public money. In this way, we analyze also the

hypothesis that remains in the relaxation of those individual rights before the demonstration of the submission under the obligations of the law, as well as prospects for the future.

**KEYWORDS:** Right to Privacy. Right to Intimacy. Public Interest. Public Administration. Public Policy. Supervisory Power.

## INTRODUÇÃO

Os limites do acesso pelo poder público sobre informações ou dados relacionados aos cidadãos é um tema que tem ensejado diversos debates e divergências de entendimentos doutrinários, sobretudo ao se colocar em lados opostos os valores referentes à preservação da intimidade da pessoa e a imprescindibilidade de se garantir maior efetividade à defesa do interesse público.

O presente texto, contudo, tem por objeto de estudo mais tema mais restrito, consistente na análise daqueles limites de restrição a informações ou dados relativos à vida privada do cidadão frente à administração pública, à luz, especialmente, da atual conformação do Estado brasileiro, da ampliação das políticas públicas estatais<sup>1</sup> e, consequentemente, da distribuição do dinheiro público ou a sua renúncia, em favor de indivíduos e grupos dentro da sociedade.

## 1 A EXPANSÃO DA ATIVIDADE ESTATAL AO LONGO DOS ÚLTIMOS SÉCULOS

O modelo de Estado ocidental passou, ao longo dos últimos séculos, por profundas transformações. O Estado liberal, que representou a superação do modelo dos Estados monárquicos absolutistas europeus – estes marcados pela absoluta submissão do interesse individual ao do soberano – teve seu desenvolvimento

<sup>1</sup> Importante, desde já, definir o termo “Políticas Públicas”. Concordamos com Fabio Konder Comparato, para quem: “Quando, [...] a legitimidade do Estado passa a fundar-se [...] na realização de finalidades coletivas, a serem concretizadas programadamente, o critério classificatório das funções e, portanto, dos Poderes estatais só pode ser o das políticas públicas ou programas de ação governamental. E aí, à falta de uma consequente reorganização constitucional de Poderes, a qual dê preeminência à função planejadora, que ordena estrategicamente as múltiplas atividades estatais, é ao Governo, impropriamente chamado agora Poder Executivo, que incumbe o papel hegemônico” (COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. *Revista dos Tribunais Online*, São Paulo, v. 5 p. 149, Maio, 2011. Acesso em: 16 fev. 2013).

Assim, entendemos como políticas públicas a ação estatal voltada para a garantia de seus deveres constitucionais, sobretudo a garantia dos direitos fundamentais, em todas as suas dimensões.

fundado, sobretudo, na preocupação em se estabelecer claros direitos de liberdade ao indivíduo e, em contrapartida, a obrigação do Estado em respeitar tais liberdades, abstendo-se de se intrometer irrestritamente na vida privada das pessoas.

Já o Estado social acrescenta ao dever de abstenção do Estado novas obrigações, em especial aquelas que passam a exigir do poder estatal uma atitude positiva, de ação, de dar, fazer, prestar diretamente ao indivíduo e à coletividade. Não basta, neste novo modelo estatal, a passividade do Estado. Pelo contrário, passa-se ao reconhecimento da imprescindibilidade da presente atuação do Estado no sentido de garantir os direitos mais básicos da população<sup>2</sup>.

Em que pese se observe, também, no Brasil a transformação paulatina de um Estado liberal para um Estado voltado às preocupações sociais, observa-se que aqui a efetivação, na prática, de um verdadeiro ou Estado de bem-estar-social tem ocorrido de forma mais lenta do que aquela que se deu, p. ex., nos países da Europa e América do Norte.

De acordo com Mariane Shiohara:

No Brasil, as primeiras manifestações do Estado de bem estar social surgiram a partir da década de 1930, que historicamente significou um momento de ruptura tanto no plano político como no econômico

---

<sup>2</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo poder judiciário. In: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. *Revista dos Tribunais Online*, São Paulo. v. 4, p. 563, maio, 2011. Acesso em: 12 fev. 2013. De acordo com a autora: “A transição entre o Estado liberal e o Estado social promove alteração substancial na concepção do Estado e de suas finalidades. Nesse quadro, o Estado existe para atender ao bem comum e, consequentemente, satisfazer direitos fundamentais e, em última análise, garantir a igualdade material entre os componentes do corpo social. Surge a segunda geração de direitos fundamentais – a dos direitos econômico-sociais –, complementar à dos direitos de liberdade. Agora, ao dever de abstenção do Estado substitui-se seu dever a um dare, facere, praestare, por intermédio de uma atuação positiva, que realmente permita a fruição dos direitos de liberdade da primeira geração, assim como dos novos direitos”.

Nas palavras de Mariane Shiohara: “Assim, a ideia liberal de que o Estado mínimo (não somente no tocante a sua interferência na economia) garantiria um máximo de liberdade, restou superada. Nesse sentido, Paulo Bonavides assevera que ‘sem um Estado social e sem Constituição, não há como criar a ordem econômica e social de uma democracia pluralista, mormente na sociedade de massa do século XX’” (SHIOHARA, Mariane Yuri. *Serviço público e controle social: cultura participativa e desenvolvimento*. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=1864](http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1864)>. Acesso em: 22 jan. 2013. p. 14).

e social, destacando-se a inscrição no ordenamento jurídico pátrio de normas que possibilitavam a intervenção estatal na economia<sup>3</sup>.

A partir deste período histórico o Estado vem absorvendo responsabilidades sociais em suas Constituições e outros documentos legislativos. Como se verá adiante, a Constituição da República acabou por ampliar vários dos direitos sociais já declarados por suas antecessoras.

### **1.1 A expansão das políticas públicas no Brasil**

No esteio dessa busca na consolidação daquele Estado social, não se desconhece que o campo de atuação da administração pública, no Brasil, é incomparavelmente maior na atualidade do que fora há algumas décadas. A par das funções originárias da administração, como a de arrecadar tributos e exercer o poder de polícia, outras foram se agregando ao longo dos séculos, sobretudo nas últimas décadas.

Atualmente, a administração pública tem como uma de suas mais relevantes atribuições a efetivação ou promoção das políticas públicas preconcebidas pela constituinte e pelo legislador constituído, em especial aquelas que concorrem para a melhoria das condições de vida do cidadão mais marginalizado.

Na promoção de várias daquelas políticas públicas, ao passo que o Estado aparece na posição de fomentador, promotor, executor, o cidadão, individual ou coletivamente, ocupa o espaço de beneficiário ou destinatário daquelas políticas. Em muitos casos, aquelas políticas consistem, prioritariamente, na concessão de dinheiro ou na renúncia, pelo Estado, do ingresso de recursos em seus cofres, em favor do cidadão.

### **1.2 Exemplos de algumas das principais políticas públicas implementadas nas últimas décadas**

A seguridade social é definida pela Constituição da República como “o conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinados a garantir os direitos relativos à saúde, à

---

<sup>3</sup> SHIOHARA, op. cit., p. 15.

De acordo, ainda, com a referida autora, *ibid.*, p. 16: “Desde então, o Estado de bem estar social brasileiro se consolidou cada vez mais. Do ponto de vista de sua ordem econômica, criou-se efetivamente uma ordem jurídica econômica por meio da sistematização de dispositivos constitucionais tendentes a harmonizar a liberdade das pessoas privadas e a intervenção do Estado para garantia de uma ordem estatal econômica com justiça social”.

previdência e à assistência social<sup>4</sup>. Embora seus objetivos já viessem concebidos no regime anterior à atual Constituição, a partir de 1988 houve uma significativa expansão<sup>5</sup>.

A assistência social, um dessas bases da seguridade social, implica em ações voltadas para a manutenção de condições mínimas de vida ao cidadão, à família, à promoção de sua integração à sociedade. Dentro do país, em que pese existir, ainda, uma grande quantidade de pessoas à margem da atenção estatal, não se pode desconhecer os grandes valores, crescentes nas últimas décadas, destinados a programas assistenciais criados pelo poder público.

Apenas no âmbito federal, podem ser citados programas como o: a) Bolsa-Família, voltado para famílias em situação de extrema pobreza, que atende mais de 11 milhões de famílias<sup>6</sup>; b) o Benefício Assistencial de Prestação Continuada, criado pela Lei orgânica de Assistência Social (LOAS<sup>7</sup>); c) Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI)<sup>8</sup>.

A previdência social, sobretudo por meio do Regime Geral da Previdência Social, gerido pelo INSS<sup>9</sup>, da mesma forma, corresponde a mais um importante instrumento promotor de políticas públicas sociais, sobretudo na concessão de benefícios previdenciários aos trabalhadores por todo o Brasil<sup>10</sup>.

As políticas na área da saúde também merecem especial destaque. Atualmente a Lei Orgânica da Saúde, Lei Federal 8.080/90, dispõe, dentre outras coisas, da organização da prestação de serviço público de

---

<sup>4</sup> Art. 194 da CF.

<sup>5</sup> O projeto de Lei Orçamentária Federal de 2013 prevê um gasto de R\$ 643,8 bilhões para este ano, somente pela União Federal.

<sup>6</sup> O projeto de Lei Orçamentária de 2013 prevê um gasto de R\$ 22,1 Bilhões para o referido programa. Disponível em: <[http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/sof/orcamento\\_13/OFAT\\_2013.pdf](http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/sof/orcamento_13/OFAT_2013.pdf)>. Acesso em: 19 fev. 2013.

<sup>7</sup> Lei 8742/93.  
O projeto de Lei Orçamentária de 2013 prevê um gasto de R\$ 32,9 Bilhões para o referido programa.

<sup>8</sup> Segundo dados do Ministério do Desenvolvimento Social, atualmente são atendidos mais de 820 mil crianças, afastadas do trabalho infantil. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/assistenciasocial/peti>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

<sup>9</sup> Lei 8213/91.

<sup>10</sup> O projeto de Lei Orçamentária de 2013 prevê um gasto da ordem de R\$ 428 bilhões.

saúde e cria o Sistema Único de Saúde (SUS), sistema integrado entre os entes da federação na promoção da saúde da população<sup>11</sup>.

No âmbito das políticas públicas voltadas ao desenvolvimento agrário, pode ser citado o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF), que consiste no financiamento de projetos voltados para pequenos produtores rurais e famílias assentadas<sup>12</sup>.

O poder público atua, ainda, como importante agente no estímulo de atividades econômicas de relevância para a sociedade<sup>13</sup>. Seja, p. ex., na concessão de financiamento, por meio dos órgãos de fomento, tais como o BNDES, seja pela concessão de isenções fiscais ou outros instrumentos, a presença do Estado e de políticas na área tem se mostrado, muitas vezes, fundamental para o desenvolvimento da economia e no estímulo à geração de empregos.

Os casos acima citados de políticas públicas estatais somente têm por objetivo demonstrar a inegável e inarredável presença do Estado como promotor do desenvolvimento da vida das pessoas e que para tanto se utiliza da destinação de vultosas quantias de dinheiro público, diretamente – como no caso da concessão de bolsas assistenciais – ou por via reflexa – como no exemplo da criação de isenção tributária com o fim de fomentar o desenvolvimento de determinado setor da economia ou para reduzir desigualdades sociais<sup>14</sup>.

---

11 A previsão de despesa orçamentária com a saúde, no âmbito da União em 2013 é de R\$ 87,7 bilhões, segundo o referido projeto de Lei Orçamentária Anual.

12 Disponível em:<<http://portal.mda.gov.br/portal/saf/programas/pronaf>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

13 Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

14 Acerca das principais funções do Estado contemporâneo, afirma José Delgado: “A pretensão é de ser construída uma Democracia para o Século XXI com preceitos que, ao serem aplicados, abram espaços para a execução de medidas concretas que resultem em oferecer ao cidadão, qualquer que seja a escala a que ele pertença na grade social, segurança pública e jurídica, assistência à saúde, atendimento escolar, guarda da moralidade, liberdade, amplo emprego, respeito aos seus direitos fundamentais e outros valores que estão inseridos no contexto representativo da dignidade humana” (DELGADO, José Augusto. Os Sígilos Bancários e Fiscal no Ordenamento Jurídico Brasileiro. *Interesse Públíco-IP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul./set., 2002. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=51230>>. Acesso em: 14 jan. 2013. p. 12).

### **1.3 Necessidade de redefinição dos limites da administração no controle dos gastos públicos voltados à efetivação das políticas públicas**

Por outro lado, à luz do aumento da complexidade do Estado contemporâneo, que passou a ser importante garantidor dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo e da sociedade, entende-se necessária uma reanálise dos limites, por parte da própria administração pública, com base no princípio da autotutela, do controle dos gastos do dinheiro público.

Apenas para deixar mais factível a complexidade que a questão implica, tome-se o exemplo da já citada política estatal voltada à assistência social. A Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), ao criar o benefício assistencial de prestação continuada, no valor de um salário-mínimo às pessoas portadoras de deficiência ou com idade superior a 65 anos, impõe, como requisito fundamental ao postulante, para fins de consideração de incapacidade de prover seu sustento, a obtenção, pela sua família, de renda *per capita* que não supere um total de  $\frac{1}{4}$  do salário-mínimo.

Em casos como este, o amplo acesso, p. ex., a dados relativos à existência de atividade remunerada, propriedade de imóveis urbanos ou rurais, veículos automotores ou outros bens, participação em sociedade empresarial pelos membros da família, são informações que podem facilitar, por parte do servidor público, a concessão do benefício ou justificar a sua negativa, com a consequente garantia da repressão ao ilegítimo uso do dinheiro público.

Assim, é fundamental para o Estado, no exercício de fiscalização do bom emprego do dinheiro público, de acesso ao maior número de dados possíveis daquele solicitante e de sua família, a fim de poder evitar fraudes. E ante o reconhecimento da imprescindibilidade de tais informações, necessário investigar quais os limites dos órgãos de controle dos gastos públicos, em especial os integrantes da própria administração pública.

## **2 ACESSO DE DADOS SOBRE A VIDA DOS INDIVÍDUOS PELA ADMINISTRAÇÃO COMO FERRAMENTA INDISPENSÁVEL PARA O CORRETO EMPREGO DO DINHEIRO PÚBLICO**

A questão que ora se coloca diz respeito à delimitação de quais os limites impostos à administração na fiscalização do uso dos valores retirados dos cofres públicos e empregados nas políticas estatais. Estaria

a administração pública, de uma forma geral, limitada a alguma espécie de sigilo garantido em favor do beneficiário ou solicitante daquela política pública?<sup>15</sup>

## 2.1 Breve contextualização da proteção à vida privacidade e intimidade do cidadão no sistema jurídico brasileiro

A preservação da privacidade do indivíduo ante a sociedade e ao Estado não é tema recente. Pelo contrário, a liberdade do indivíduo e a demarcação, dentro das constituições de cada país, dos limites de Estado para garantir tais liberdades são postulados fundamentais do constitucionalismo moderno, já em fins do século XVIII<sup>16</sup>.

Inicialmente, necessário se faz definir os limites do conceito de privacidade e outros a ele relacionados, mas que com ele não se confundem. Tratam-se, p. ex., de conceitos como os de intimidade, segredo e sigilo.

O direito à privacidade constitui a garantia da preservação de um espaço mínimo de desenvolvimento da personalidade e da fixação dos laços mais íntimos entre as pessoas, longe dos holofotes da curiosidade alheia<sup>17</sup>. A privacidade, nas palavras da Ministra Carmen Lúcia Antônio Rocha, consiste no:

<sup>15</sup> A respeito das profundas mudanças pelas quais tem passado as relações entre Estado e indivíduo, afirma Jose Delgado, op. cit., p. 12: "O ordenamento jurídico brasileiro submete-se, na época contemporânea, a um intenso processo de transformações, em decorrência dos novos impactos sociais, econômicos, financeiros, éticos e globalizantes que estão afetando as relações entre Estado e cidadão, cidadão e seu semelhante e deste com grupos institucionalizados oficiais ou não oficiais. Esses fenômenos, quando bem dirigidos, procuram valer-se de regras dispostas no Direito e que sejam capazes de aprimorar a função estatal e de consagrar, de modo mais hierarquizante possível, os direitos fundamentais da cidadania".

<sup>16</sup> "O direito à privacidade, há muito tempo vindo sendo discutido e, já em 1873, o Juiz americano Cooley identificou a privacidade como o direito de ser deixado tranquilo, em paz, de estar só: Right to be alone" (BATISTA, Liliane Maria Busato. A quebra do sigilo bancário como meio de prova no direito processual civil brasileiro. *Pontifícia Universidade Católica do Paraná*. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucpr.br/tde\\_tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=1380](http://www.biblioteca.pucpr.br/tde_tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1380)>. Acesso em: 22 jan. 2013. p. 40).

<sup>17</sup> BATISTA, op. cit., p. 41: "[...] é necessário garantir ao cidadão a faculdade de manter sua vida privada fora do alcance de terceiros, permitindo o desenvolvimento da própria personalidade e o reconhecimento do direito à privacidade e à intimidade". Segundo a Ministra do STF Carmen Lucia: "A dimensão individual do homem, que se conjuga com a cidadania a completar a humanidade do ser, é que erigiu a privacidade como conteúdo do direito à vida, na ressonância burguesa da conquista de direitos que se projetou no curso do medievo e amadureceu na fase das revoluções modernas (ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Direito à privacidade e os sigilos fiscal e bancário. *Interesse Público IP*, Belo Horizonte, n. 20, ano 5 jul./ago 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntrd=50821>>. Acesso em: 14 jan. 2013. p. 3).

[...] direito que tem uma pessoa de manter sob a sua esfera de decisão, nos termos do direito vigente no sistema considerado, o conhecimento de dados relativos à sua pessoa, sejam eles referentes à sua intimidade, a seus bens, opções pessoais, profissionais, patrimoniais, ou quaisquer fatos que respeitem à sua vida<sup>18</sup>.

A intimidade possui um âmbito de reserva ainda maior do que a privacidade. Dentro desta esfera está o foro mais íntimo do ser humano. De acordo com Saraiva Filho “[...] direito à intimidade é o direito de estar sozinho. Intimidade é aquilo que não se compartilha com ninguém, são os pensamentos mais íntimos e secretos, os sentimentos, desejos e as tendências, às vezes, inconfessáveis”<sup>19</sup>.

Já a garantia do sigilo, de acordo com Antonio Scarance Fernandes, corresponde à garantia de proteção ao indivíduo de “seus segredos, tanto os de sua esfera íntima, quanto os de sua vida privada”<sup>20</sup>. Diz respeito à preservação, dentro de uma coletividade, dos dados que importam, em princípio, apenas ao indivíduo ou a um grupo reduzido.

O sigilo não se confunde, por outro lado, com o segredo. Enquanto o segredo está relacionado a um âmbito de maior intimidade e, consequentemente, a um maior espectro de proteção da curiosidade alheia, o sigilo é passível de flexibilização em determinadas circunstâncias, embora a regra geral seja também a sua preservação<sup>21</sup>. Melhor dizendo, o sigilo pode, atendidos alguns pressupostos, ser quebrado, quando as informações por ele

18 ROCHA, op. cit., p. 3.

Já nas palavras de Saraiva Filho: “Direito à vida privada é o direito que tem a pessoa de só compartilhar algo a um grupo restrito de pessoas mais íntimas, cônjuge, familiares, alguns poucos amigos ou profissionais da inteira confiança do indivíduo que faz a discrição (sacerdotes, psicólogos, advogados)”. (SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. O sigilo bancário e a administração tributária (LC nº 105/2001; INRFB nº 802/2007). *Revista Fórum de Direito – RFDT*, Tributário, Belo Horizonte, ano 6 , n . 34, p. 311, 09, jul./ago. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntr=54628>>. Acesso em: 14 jan. 2013. p. 9).

19 SARAIVA FILHO, op. cit., p. 9.

Para a Ministra Carmen Lucia: “A intimidade compõe o espaço de privacidade, desgarrando da definição constitucional de vida privada por não ser apenas ambiente de segregação vedado à intrusão indébita ou indesejada de terceiros, mas âmbito de segredo de cada um” (ROCHA, Carmen Lúcia Antunes, op. cit., p. 5).

20 FERNANDES, Antonio Scarance. O sigilo e a prova criminal. In: Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa. *Revista dos Tribunais Online*, São Paulo, v. 5, p. 1043, julho, 2011. Acesso em: 06 fev. 2013.

21 ROCHA, op. cit., p. 8.

protegidas possuir alguma relevância que extrapole o mero interesse pessoal do indivíduo.

## **2.2 O SIGILO E A PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE NO BRASIL E NO MUNDO**

O respeito à intimidade e a privacidade tem sido estampado nos mais importantes documentos de proteção de direitos humanos no mundo.

No plano do direito internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, prevê, em seu art. 12, que:

Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

No mesmo sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, estabelece, no art. 11, dentre outros, o direito de toda pessoa a não ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem traz algumas balizas mais concretas na proteção da indevassibilidade da vida privada do cidadão. Dispõe o art. 8º daquele documento:

### **ARTIGO 8º - Direito ao respeito pela vida privada e familiar**

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Da mesma forma como se dá no âmbito de direito internacional, a quase totalidade dos países possui uma legislação interna protetiva das garantias individuais de proteção à vida privada e íntima do cidadão e

de sua família<sup>22</sup>. Por outro lado, também é comum àquelas legislações o fato de que a preservação do sigilo é relativizada ante a caracterização de alguma relevância pública<sup>23</sup>.

A legislação brasileira não foge àquela regra geral. As Constituições anteriores à vigente protegiam alguns direitos individuais, tais como a inviolabilidade de domicílio e de correspondência, como forma de preservar a intimidade e vida privada do indivíduo.<sup>24</sup>

A Constituição da República, inegavelmente imbuída de uma repulsa ao preexistente regime ditatorial que se instalou no país nas décadas anteriores, foi pródiga na estipulação detalhada dos vários direitos individuais do cidadão, a serem obedecidos, sobretudo e antes de qualquer um, pelo próprio Estado<sup>25</sup>.

Em seu art. 5º, X, prevê a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e imagem das pessoas como direito fundamental. O inciso XII prevê, também, a garantia da inviolabilidade do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das

<sup>22</sup> ROCHA, op. cit., p. 26: “Os Estados que compõem a União Europeia são pioneiros nas declarações de direitos fundamentais em seus sistemas constitucionais, incluídos aqueles que tiveram interregno histórico de agressão grave a eles. Inglaterra e França foram dos primeiros Estados a formalizarem normas de direitos constitucionais fundamentais em seus respectivos sistemas dos quais foram divulgados e passaram a influenciar todo o mundo. Poder-se-ia alegar serem eles os destruidores conscientes do quanto construído abrindo fendas para o autoritarismo e a ruptura dos direitos que são base da formação da modernidade jurídico-política”.

<sup>23</sup> Ibid., p. 27: “Os Estados (como a França, Itália, Inglaterra, Bélgica, Estados Unidos, dentre outros) buscaram a relativização da garantia do sigilo fiscal e do bancário, adotando legislação que permite à Administração Pública o acesso aos dados da vida econômica das pessoas naquilo que respeita ao interesse público, às origens legítimas do patrimônio e à sua destinação, uso e adimplemento de suas obrigações administrativas e, especialmente, tributárias”.

<sup>24</sup> Dispunha, p. ex., o art. 122, da Constituição de 1937:  
Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:  
[...]  
6º a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei.

<sup>25</sup> ROCHA, op. cit., p. 18: “[...] após um período ditatorial [período anterior à aprovação da Constituição de 1946], no qual as violações de correspondência deram aos ditadores de plantão os elementos de informação com os quais combateram todos aqueles que expressaram ideias, ideologias, pensamentos ou intenções contrárias às determinações dos governantes de ocasião, fazia-se mister modelar um novo sistema de direitos fundamentais que respondesse, adequadamente, ao quanto sofrido pelo cidadão e que teria que ficar preservado de novas investidas, que nunca se pode dizer, infelizmente, de uma ditadura seja ela a última que um povo vive. Mas é imprescindível munir-se o povo de instrumentos jurídicos com os quais ele possa combater novas investidas que se anunciem, de modo a dificultar a ação dos que ditadores se querem tornar, e que os há sempre”.

comunicações telefônicas, como regra geral, ressalvado, no caso das comunicações telefônicas a possibilidade a hipótese de sua quebra, por determinação judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, nos termos da legislação infraconstitucional. O inciso XI daquele dispositivo prevê, ainda, a casa como asilo inviolável do indivíduo.

As garantias estabelecidas nos incisos XI e XII do art. 5º da Constituição da República tratam, na verdade, de mais uma explicitação do direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, já expressamente garantidos a partir do disposto no inciso X do mesmo dispositivo.

A regra geral, dessa forma, estabelecida pela Constituição de 1988 é a preservação da vida privada e da intimidade das pessoas, resguardando-as da curiosidade alheia, inclusive do próprio poder público, embora no seu corpo existam expressas exceções, como será visto adiante.

No âmbito infraconstitucional, há diversas leis regulamentadoras da proteção à privacidade e intimidade das pessoas. Referidas leis, em geral, estabelecem, também, as excepcionalidades que possibilitam o acesso a dados e informações privadas, bem como as sanções àquele que violar ou invadir, indevidamente, a esfera da vida íntima de terceiro<sup>26</sup>.

### **2.3 Causas flexibilizadoras da proteção da intimidade e vida privada**

Nenhum direito ou garantia, nem mesmo aqueles considerados pela Constituição como fundamentais, possuem grau de impositividade absoluto. Assim se dá em relação à proteção ao direito à privacidade, eis que a própria Constituição reconhece a possibilidade de, em determinadas situações, quando um interesse relevante justifique a medida, conhecer-se de informações relativas à vida privada de um indivíduo ou um grupo.

A Constituição prevê, por exemplo, em seu art. 136 e seguintes, que, em caso de instituição de Estado de Defesa, o decreto que estabelecer tal regime de exceção deverá indicar as medidas coercitivas que entrarão em vigor, dentre as quais a de restrições ao sigilo de correspondência (art. 136, § 1º, I, b) e de sigilo de comunicação e telefônica (art. 136, § 1º, c).

---

<sup>26</sup> No Brasil, a Lei 5.250/67 ainda em vigor (Lei de Imprensa) estabelece responsabilidade civil nos casos de calúnia e difamação se o fato imputado, ainda que verdadeiro, disser “respeito à vida privada do ofendido e a divulgação não foi motivada em razão de interesse público”.

Além disso, o § 1º do art. 145 da Constituição, que inicia o capítulo relativo ao sistema tributário nacional, estabelece a possibilidade de a administração tributária, a fim de conferir maior efetividade aos princípios da pessoalidade dos impostos e da capacidade contributiva, identificar, nos termos da legislação, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

O próprio art. 5º, em seu inciso XII estabelece uma exceção ao sigilo de comunicação, ao estabelecer a possibilidade de quebra do sigilo telefônico, por ordem judicial, nos termos prefixados pela legislação infraconstitucional<sup>27</sup>.

## 2.4 Os sigilos telefônico, fiscal e bancário

Na atualidade, ante a assunção pelo Estado de um papel de maior protagonismo, como, p. ex., na garantia do desenvolvimento de direitos fundamentais à população, a repressão a grupos criminosos cada vez mais organizados, reconhece-se a necessidade premente do poder público agir de modo eficiente, com a utilização das mais variadas ferramentas para ter acesso a informações sobre fatos relacionados a alguns aspectos da vida das pessoas, tal como a vida econômica.

Por outro lado, muitas vezes torna-se necessário que o Estado, ainda que no intuito de tornar efetiva sua fiscalização com base no interesse público, lance mão de instrumentos que possam vir a alcançar, em graus mais acentuados, a vida privada do cidadão. Exemplos típicos desses instrumentos de intromissão do poder público na privacidade ocorrem por meio das quebras de sigilo.

Passa-se a tratar dos limites do sigilo e das possibilidades de sua superação por parte do Estado, em especial na atuação administrativa.

### a) O sigilo telefônico

A quebra de sigilo telefônico, regulamentada pela lei federal 9.296, de 24 de julho de 1996, por previsão expressa do Constituinte, no art. 5º, XII, somente é possível por determinação judicial e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Assim, fica clara a restrição

<sup>27</sup> Atualmente, regulamenta este tema a Lei federal 9.296, de 24 de julho de 1996.

De acordo Saraiva Filho, op. cit., p. 15: “Em verdade, o Excelso Supremo Tribunal Federal tem afirmado, em várias ocasiões, que a inviolabilidade referida do inciso XII do artigo 5º da Carta Magna refere-se à intromissão ou interceptação da comunicação de dados e não ao registro de dados”.

de utilização deste instrumento por parte da administração, mesmo mediante provocação ao judiciário, para a realização de fiscalização em assuntos de caráter extrapenal, como, p. ex., a fiscalização sobre o pagamento de tributos.

b) O sigilo fiscal

A administração pública, sobretudo no exercício da administração tributária, utiliza-se da quebra do sigilo de dados fiscais, tais como as declarações de impostos, a fim de garantir maior efetividade à fiscalização sobre o contribuinte, sobretudo para evitar casos de evasão de valores devidos à fazenda pública.

A proteção de dados de caráter fiscal não possui previsão expressa entre os direitos e garantias elencados como direitos fundamentais pela Constituição da República. A restrição àqueles dados ocorre reflexamente, como decorrência à proteção à intimidade e à vida privada do indivíduo, prevista no art. 5º, X, da Constituição<sup>28</sup>.

A regulamentação dos limites ao acesso dos dados de caráter fiscal se dá, assim, no plano infraconstitucional. Exemplo de regulamentação à forma como se dá o acesso aos dados fiscais ocorre no art. 198 do Código Tributário Nacional. Referido dispositivo veda, dentre outras coisas, relativa liberdade no acesso a dados relacionados à situação econômica ou financeira de pessoas obtidos pela Fazenda Pública ou seus servidores em razão da atividade administrativa<sup>29</sup>.

Não faria sentido a imposição do sigilo fiscal perante o agente público, ao analisar eventual omissão ou irregularidade dos dados informados pelo contribuinte ao

28 SARAIWA FILHO, op. cit., p. 15: "Assim, no inciso XII do art. 5º da Lei Fundamental, o que se protege é a comunicação de dados, é a interceptação indevida da comunicação de dados, por quem não tem justo motivo de ter acesso aos mesmos, não os dados em si mesmos, o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa, fosse qual fosse, e a própria declaração dos contribuintes para fins do imposto de renda.

29 Em relação à possibilidade de acesso, pela administração pública, aos dados fiscais, dispõe o art. 37, XXII, da CF – incluído pela Emenda Constitucional 42, de 19 de dezembro de 2003.

Art. 37.

[...]

XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.

fisco. Pelo contrário, o exercício da atividade arrecadatória reveste-se de interesse público, que justifica a intromissão nos dados relativos à vida particular do indivíduo<sup>30</sup>.

O acesso às informações de caráter fiscal diretamente pela administração, sem qualquer necessidade de solicitação ao poder judiciário, concorre para garantir um grau mais elevado de eficiência, valor este alcado pela Constituição da República como um dos princípios regentes da atuação administrativa<sup>31</sup>.

#### a) Sigilo bancário

Diversamente do acesso dos dados fiscais, a abertura do sigilo bancário pela administração pública implica maiores controvérsias, sobretudo por tratar da possibilidade do poder público alcançar dados da vida econômica do indivíduo que, em última análise, retratam muito de seus hábitos e preferências<sup>32</sup>.

Inicialmente é fundamental repisar que a Constituição da República não criou qualquer proibição expressa à possibilidade de quebra de sigilo bancário – ao contrário do que fez com o sigilo de correspondência e demais formas de comunicações, no inciso XII –, a não ser de forma reflexa, ao tratar, no art. 5º, X, da inviolabilidade da intimidade e da vida privada das

30 SARAIVA FILHO, op. cit., p. 5: “Em verdade, interessa à Administração tributária federal dados objetivos e numéricos que possam identificar ou corroborar eventual omissão ou irregularidade fiscal lesiva ao interesse público e aos direitos dos contribuintes que agem com obediência às leis. Não interessa à Receita Federal do Brasil adentrar na privacidade de quem quer que seja”.

31 Ibid., p. 22: “Todavia, ficou demonstrado que a Constituição Federal exige da Administração eficiência (CF, art. 37, caput), e, para que isso possa se tornar realidade, no âmbito da fiscalização tributária, facilita à Administração identificar, mantendo-se o sigilo e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes, em especial, para que seja real, e não meramente para “inglês” ver, a maior vivência do caráter pessoal do imposto de renda e dos princípios da igualdade material, não só formal, do tratamento tributário e da capacidade contributiva (CF, art. 145, §1º; art. 150, II)”.

De acordo com a Min. Carmen Lucia, op. cit., p. 12: “Por isto é que não se cogita de ser o acesso do Estado aos dados relativos ao patrimônio, rendimentos e atividades econômicas do particular quebra do seu direito à privacidade, quando a entidade pública se atém aos limites legalmente fixados. É a limitação legal imposta ao ente público que evita abusos no conhecimento dos dados relativos a uma pessoa sem permitir que a indevassabilidade absoluta torne alguém excluído da sociedade, dos seus meios de atuação controladora naquilo que se refira ao interesse de todos”.

32 BATISTA, op. cit., p. 27: “Atualmente, prevalece o entendimento que o segredo bancário é instrumento que ampara o direito à privacidade, pois nesta esfera, incluem-se tanto fatos de ordem espiritual como de ordem material. Assim, o patrimônio e a atividade negocial de uma pessoa constituem projeção de sua personalidade, que merecem ser preservadas da indiscrição alheia”.

pessoas<sup>33</sup>. Assim, compete à legislação infraconstitucional regulamentar as situações e a forma como se dará o acesso aos dados de caráter bancário<sup>34</sup>.

No âmbito infraconstitucional, em 10 de janeiro de 2001 restou promulgada a Lei Complementar 105/2001, que dispõe, dentre outras coisas, sobre o sigilo das operações das instituições financeiras. Referido documento regulamenta, no art. 5º, as hipóteses e a forma como se dará o acesso a estes dados por parte da administração pública, no exercício da administração tributária<sup>35</sup>.

Reconhece-se a existência de posições refratárias à possibilidade de quebra de sigilo pela própria administração pública, sem a necessidade de intervenção do judiciário para tanto, e que advogam a inconstitucionalidade da Lei Complementar 105/2001<sup>36</sup>.

33 SARAIVA FILHO, op. cit., p. 4: “Em primeiro lugar, cabe ressaltar que a Constituição Federal, de 1988, não assegura, expressamente, em nenhum dos seus dispositivos, o sigilo bancário como um dos direitos individuais e coletivos, o que garante é a vida privada e a intimidade das pessoas, de modo que só quando algum dado ou alguma informação bancária seja suscetível de causar alguma repercussão relevante na vida privada ou na intimidade dos clientes das instituições financeiras, quando, indiretamente, com esses elementos, se puder desvendar algo da vida privada ou da intimidade das pessoas, como de quem determinada pessoa recebeu recursos financeiros, ou a quem cedeu ou pagou certa importância, ou o que determinada pessoa comprou, ou em que loja comprou, bem, apenas, em casos como esses, é que se pode cogitar de sigilo bancário, amparado, implicitamente, pela Constituição”.

34 No sentido de que o sigilo bancário não é um direito absoluto e que a existência de leis que regulamentam os casos passíveis de sua quebra não constitui, por si só, causa de inconstitucionalidade já se pronunciou o STF:  
CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO: QUEBRA. ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. CF, ART. 5º, X. I. Se é certo que o sigilo bancário, que é espécie de direito à privacidade, que a Constituição protege, não é um direito absoluto, que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da Justiça, certo é, também, que ele há de ceder na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei e com o respeito ao princípio da razoabilidade. No caso, a questão foi posta, pela recorrente, sob o ponto de vista puramente constitucional, certo, entretanto, que a disposição constitucional é garantidora do direito, estando as exceções na norma infraconstitucional. II. RE não conhecido. (Os destaques não constam do original). (STF, RE nº 219.780/PE, Relator Min. Carlos Velloso).

35 A Lei Complementar, em seu art. 3, §3º, prevê a obrigatoriedade do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários em fornecer para a Advocacia-Geral da União as informações e os documentos necessários à defesa da União nas ações em que seja parte. No referido dispositivo a LC não restringe o acesso de dados pela AGU apenas em questões de caráter tributário. Assim, entende-se que se torna possível a solicitação e uso, nas ações de interesse da União, de dados dos indivíduos que estejam protegidos pelo sigilo bancário, respeitadas as demais restrições legais.

36 Tramitam no STF as seguintes Ações Diretas de Inconstitucionalidade contrárias a dispositivos da Lei Complementar 105/2001: ADIs nº 2.386, 2.390, 2.397, 4.010. Até o presente momento, nenhuma dessas ações foi apreciada em seu mérito.

Por outro lado, entende-se no presente texto que a possibilidade deste acesso por parte da fazenda pública, quando devidamente justificado, permite a garantia do interesse público perante o interesse meramente particular e possibilita uma maior eficiência na defesa do erário, sem que se infrinjam os princípios e leis constitucionais<sup>37</sup>.

Não se pode ignorar que um das grandes preocupações que permeiam os dispositivos da Lei Complementar 105/2001 é de se possibilitar o rastreamento da prática de ilícitos que se caracterizam, em sua operacionalização, por se colocar muito longe dos olhares da fiscalização do Estado. Citem-se, como exemplo, os crimes de terrorismo, tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, contrabando de armas, praticados contra o erário público.

Nestes casos, sabe-se que os indivíduos ou grupos criminosos contam, muitas vezes, com sofisticados sistemas de atuação que dificultam o conhecimento por parte das autoridades públicas. Assim, a possibilidade de acesso aos dados bancários diretamente por parte da administração pública, por seus órgãos de fiscalização, acaba se transformando em uma das únicas formas de perseguição dos agentes criminosos.

A necessidade de prévia autorização pelo poder judiciário aos dados bancários, em casos de apuração de ilícitos como aqueles acima apontados, poderia corresponder, na prática – sabendo-se da inerente lentidão da máquina judiciária, já sobrecarregada de uma quantidade absurda de processos em todo o país –, à total ineficiência da medida<sup>38</sup>.

---

37 ROCHA, op. cit., p. 15: “O mesmo dá-se relativamente ao sigilo bancário. Os bancos não podem transmitir a terceiros, tornar comum a quem não é parte na relação contratual ajustada entre a instituição financeira e o interessado informações pertinentes a este. Contudo, os limites deste sigilo podem ter, na legislação do Estado, condicionamento que permita o acesso ao próprio ente estatal, sem que se possa considerar, apenas por isso, invasão de privacidade”.

O ex-Min. do STJ, José Delgado, op. cit., p. 34, embora reconheça a inexistência de direito absoluto ao sigilo bancário, destaca a necessidade de intervenção por parte do judiciário: “Esclareço, desde logo, que não comungo com o pensamento de determinada corrente no sentido de ser absoluto o direito ao sigilo bancário. Tenho-o como relativo, porém, vinculado aos princípios da razoabilidade, da moralidade, da legalidade e da motivação explícita e detalhada, sob pena de ser impossível a sua quebra”.

No mesmo sentido, Liliane Busato, op. cit., p. 39: “Estando o sigilo bancário inserido no panorama constitucional, por se configurar em verdadeira projeção do direito à intimidade, deve ser tratado como direito fundamental do indivíduo e, portanto, abrangido no rol daquelas cláusulas protegidas pelo artigo 60, parágrafo 4º, IV, da Constituição Federal”.

38 SARAIVA FILHO, op. cit., p. 16: “Assim, contrariamente ao previsto para a quebra do sigilo telefônico, a transferência do sigilo bancário não está dentro do âmbito da reserva judicial”.

Discorda-se, da mesma forma, da alegação de que somente o juiz, figura dotada de imparcialidade, é quem melhor deteria condições de analisar os casos em que a medida de quebra de sigilo bancário seria conveniente<sup>39</sup>. Por óbvio, o acesso aos dados bancários por parte dos órgãos de controle da administração pública implica na imposição de diversos deveres aos órgãos e servidores públicos que a ele tiverem acesso. Nesse sentido, a Lei Complementar 105/2001 e outras leis extravagantes impõem as condutas vedadas e penalidades correspondentes à sua violação, de modo que o acesso aos dados bancários sem a observância daqueles parâmetros, por si só, sujeita o agente público às punições cabíveis<sup>40</sup>.

Com essa premissa, concordamos com a observação de Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho, para quem, na verdade, a legislação em vigor que dispõe sobre o sigilo de informações relativas às operações das instituições financeiras trata mais da transferência do sigilo bancário para dentro da própria administração pública, uma vez que o órgão ou servidor que tiver acesso a tais dados passa a se submeter à confidencialidade que aqueles dados impõem<sup>41</sup>.

39 Diferente se dá em relação ao Ministério Público, que não possui as prerrogativas da administração pública para ter acesso, sem a adequada intervenção do judiciário, aos dados bancários dos indivíduos. Compartilha deste entendimento a Min. Carmen Lucia, op. cit., p. 27: “Atua, portanto, o Ministério Público, no exercício de suas atividades, por meio de aquiescência judicial prévia quando buscar dados que estejam reservados ao conhecimento de terceiros, assim considerados aqueles que não dispõem nem podem deles dispor sem a aquiescência do próprio interessado. Considerando necessário em determinado caso e comprovando, na espécie, ser preciso o conhecimento de informações havidas no âmbito resguardado pelo sigilo fiscal ou bancário, haverá que buscar, então, o Ministério Público autorização judicial específica para aceder ao conhecimento do quanto tido e comprovado como necessário para o seu desempenho eficiente”.

40 Ainda sobre o tema, não se pode ignorar o fato que o exercício da atividade administrativa disciplinar em órgãos da administração pública tem sido mais eficaz do que aquele exercido dentro do judiciário, em seu controle interno, sobretudo em função das amarras previstas nas protetivas leis que disciplinam a carreira da magistratura. Apenas a título de exemplo, observe-se que, segundo dados da Controladoria-Geral da União, nos últimos 10 anos foram expulsos administrativamente do poder executivo federal 4064 servidores estatutários. Somente no ano de 2012 foram um total de 531. Disponível em: <[http://www.cgu.gov.br/Correcao/Arquivos/Expulsoes\\_2012\\_Estatutarios.pdf](http://www.cgu.gov.br/Correcao/Arquivos/Expulsoes_2012_Estatutarios.pdf)>. Acesso em: 14 fev. 2013.

De acordo com notícia divulgada pelo periódico Valor Econômico, entre o início de 2008 até meados de 2012, o Conselho Nacional de Justiça teria condenado 31 juízes em sua pena máxima no âmbito administrativo, a aposentadoria compulsória, pena máxima no âmbito administrativo. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/2755322/cnj-condena-31-juizes-aposentadoria-compulsoria>>. Acesso em: 14 fev. 2013.

Tal quantidade pode ser considerada relativamente baixa quando se analisa o total de processos administrativos disciplinares movidos em todo o Brasil nos últimos anos, que, segundo relatório do Conselho Nacional de Justiça, somam cerca de 3.818 processos. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/systemas/600-presidencia/19112-cadicor>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

41 SARAIWA FILHO, op. cit., p. 13: “Pode-se dizer, então, em quaisquer hipóteses, que não há, a rigor, previsão de quebra de sigilo bancário, mas a mera transferência, com todas as garantias, de sigilo bancário para sigilo fiscal”.

## 2.5 A pessoa jurídica e direito à intimidade e à privacidade

A pessoa jurídica, assim como a pessoa natural, é detentora de direitos e assume obrigações em seu nome perante ante o Estado, a sociedade e os indivíduos. Da mesma forma que a pessoa natural é detentora do direito fundamental à privacidade, de modo que o poder público não pode proceder a qualquer devassa às dependências ou exercer qualquer ingerência ou controle sobre suas relações com terceiros sem que haja o respaldo por interesse público devidamente justificado.

Por outro lado, a pessoa jurídica não possui direito à intimidade. Este direito é inerente ao ser humano, uma vez que pressupõe como requisito básico a existência de uma consciência interior e um núcleo de individualidade que não se apresenta passível de conhecimento e que deve ser protegido da curiosidade alheia<sup>42</sup>. Dessa forma, as relações promovidas internamente à pessoa jurídica, bem como aquelas que esta toma com terceiros são passíveis, em tese, de conhecimento por parte dos órgãos de fiscalização da administração pública, na forma que possibilita a legislação em vigor<sup>43</sup>.

## 2.6 Esclarecimento dos limites à atividade fiscalizatória da administração

Necessário se faz uma análise de algumas regras e limites gerais do poder de persecução da administração pública, no exercício do controle dos gastos públicos.

- a) regra geral: preservação da intimidade e privacidade dos cidadãos.

Inicialmente, não se pode deixar de elencar como princípio geral, norteador da função administrativa, a impossibilidade de acessar dados e informações de caráter privado e íntimo das pessoas e que não possuam qualquer importância para a atuação fiscalizatória do poder público.

---

<sup>42</sup> Segundo a Min. Carmen Lucia, op. cit., p. 6: "Parece mais correto, portanto, afirmar-se que, no constitucionalismo contemporâneo, a pessoa jurídica dispõe de direito à privacidade, resguardado como direito fundamental que lhe deve ser garantido tanto quanto à pessoa humana. Não assim em relação à intimidade, que respeita ao ser humano em sua vida anímica, na qual se centra o íntimo".

<sup>43</sup> SARAIVA FILHO, op. cit., p. 40: "Despiciendo é voltar a falar sobre as pessoas jurídicas. Estas, inofismavelmente, não há qualquer sigilo bancário, vida privada, intimidade oponível ao Fisco. Aliás, como já dito, elas não têm alma, e algumas sociedades são obrigadas, por lei, a publicar, em jornais, os seus balanços".

Tal imposição se faz em obediência ao que dispõe o art. 5º, X, da Constituição da República. Contudo, tal regra não possui caráter absoluto e pode ser flexibilizada em determinadas situações pela administração pública.

- b) possibilidade de acesso de dados que não estão cobertos por sigilo e são de conhecimento público.

Como consequência da regra anterior (preservação da privacidade), não há qualquer óbice para o conhecimento de informações, por parte da administração, que não se limitam à esfera doméstica da pessoa.

Pode-se citar como exemplos de informações referentes à vida da pessoa e que não são revestidas de qualquer sigilo aquelas arquivadas em cartórios de Registros Públicos, tais como registros de nascimento, casamento de indivíduos, inscrição de pessoas jurídicas, bem como seu quadro societário, registro de aquisição de propriedades.

Observe-se que, nos termos que dispõe o art. 17 da Lei 6015, de 31 de janeiro de 1973 – Lei dos Registros Públicos – é garantido a qualquer pessoa o direito a pedir certidão de qualquer registro, sem a necessidade de motivação do pedido<sup>44</sup>.

Desse modo, se a qualquer cidadão é garantido o livre acesso a tais informações, não há justificativa plausível para que ao Estado seja imposto algum limite maior. Desse modo, não se impõe, em casos de acesso a tais dados, a observância de formalidades tão rígidas como aquelas que se dão por ocasião da quebra de sigilo bancário ou telefônico, estas sim inseridas em um círculo de maior restrição de conhecimento por terceiros.

- c) necessidade de comprovação de defesa do interesse público no acesso a quaisquer dados ou informações sobre o indivíduo.

---

<sup>44</sup> Art. 17. Qualquer pessoa pode requerer certidão do registro sem informar ao oficial ou ao funcionário o motivo ou interesse do pedido.

Da mesma forma, o art. 29 da Lei 8934/94 reconhece a publicidade dos atos registrados nas juntas comerciais:

Art. 29. Qualquer pessoa, sem necessidade de provar interesse, poderá consultar os assentamentos existentes nas juntas comerciais e obter certidões, mediante pagamento do preço devido.

O direito à privacidade e intimidade do indivíduo não possuem caráter absoluto e devem ser relativizados quando se está em jogo a defesa do interesse público. Assim, não são oponíveis à administração pública aqueles direitos individuais quando o seu reconhecimento significar, p. ex., um obstáculo à fiscalização de práticas ilícitas ou malversação de dinheiro público. Nesse sentido, afirma Tercio Sampaio Ferraz Júnior:

Na verdade, o que se observa destes dispositivos, constitucionais e legais, é que, no confronto entre o princípio da transparéncia, que domina a esfera pública, e o da exclusividade, que domina a privacidade, há uma percepção de que entre as duas esferas se insere a esfera do social e do mercado. Por isso, há uma forte tendência em submeter a privacidade à transparéncia, se o interesse público é primário e patente, mas procurando garantir a privacidade contra os interesses do mercado<sup>45</sup>.

Dessa forma, o reconhecimento do interesse público, como regra geral, possibilita ao agente público ter acesso a dados relativos à vida privada, salvo quando a legislação fizer expressa restrição, como no caso de acesso a dados garantidos pelo sigilo bancário. Conforme já explicado anteriormente, a Lei Complementar 105/2001, traz uma série de restrições e condicionamentos ao acesso de tais dados por parte da administração<sup>46</sup>.

### **3 A EXPANSÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A NECESSIDADE DE CONTROLE DO DINHEIRO PÚBLICO PARA ALÉM DOS INTERESSES ARRECADATÓRIOS DIRETOS**

Como já demonstrado acima, a legislação pátria já vem reconhecendo amplos poderes de fiscalização à administração pública, especialmente quando esta se volta ao controle da arrecadação tradicionalmente conhecida como fiscal<sup>47</sup>, sobretudo a de caráter

<sup>45</sup> FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Sigilo das operações de instituições financeiras*. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/124>>. Acesso em: 11 jan. 2013.

<sup>46</sup> SHIOHARA, op. cit., p. 43: “A supremacia do interesse público sobre o particular revela certas prerrogativas que a administração pública se reveste para a consecução do interesse público primário, ligado à satisfação de interesses da sociedade na promoção do bem estar social, e aos objetivos fundamentais da República (art. 3º da Constituição Federal). Tais prerrogativas são conferidas à administração para dar efetividade ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, colocando-a, muitas vezes, em posição de aparente ‘privilegio’ em relação aos seus administrados”.

<sup>47</sup> A legislação pátria estabelece para o “crédito fiscal” a condição de gênero, da qual o “crédito tributário” não passa de espécie. Assim, o crédito fiscal abrange, como regra geral, todos os ingressos do erário, sejam eles tributários ou não.

tributário. De uma forma geral, à administração tributária é reconhecido, p. ex., o acesso a dados de caráter fiscal e bancário.

Por outro lado, ante a expansão das políticas públicas do Estado contemporâneo, com a consequente expansão do gasto público em favor de indivíduos e coletividades, entende-se necessário perquirir sobre os limites fiscalizatórios da administração pública sobre o correto uso do dinheiro público para além dos limites arrecadatórios diretos.

Observe-se que a economia de dinheiro público mal empregado pode significar, ao fim, uma verdadeira forma de arrecadação fiscal indireta em favor dos cofres públicos, de modo a possibilitar a inversão daqueles recursos (já relativamente limitados), em áreas ou em favor de pessoas que atendam os requisitos previamente estabelecidos pelas políticas públicas.

Sem dúvida, ao lado da preocupação com a arrecadação fiscal direta, o controle do correto gasto do dinheiro público, dentro dessa nova realidade complexa do Estado e, em especial, das novas atribuições atualmente incorporadas pela administração pública<sup>48</sup>, não pode ser considerada menos relevante e, por isso, sua proteção deve permitir que se garanta, como regra geral e salvo restrição expressa prevista pela legislação, as mesmas prerrogativas já reconhecidas em favor da administração fiscal<sup>49</sup>.

### **3.1 Histórico recente da legislação em favor de uma maior transparência do uso de recursos públicos**

Acerca dos limites entre a esfera da vida exclusivamente privada e aquela esfera que comporta o interesse público, tem-se observado, sobretudo em virtude do conhecimento público de constantes escândalos envolvendo a malversação de dinheiro público, um gradual aumento da exigência de maior

---

<sup>48</sup> A respeito da necessidade de se redefinir os contornos do direito administrativo, ante a mudança da realidade fática, afirma Mariane Shiohara, op. cit., p. 54: “O conteúdo do direito administrativo não é estático, mas sim dinâmico, variando de acordo com o tempo e com o tipo de Estado”.

<sup>49</sup> ROCHA, op. cit., p. 2: “A questão sobre a qual aqui se observa tangencia exatamente este momento que se põe entre os direitos individuais, mormente o que diz respeito à expressão do que é privado e próprio do indivíduo, e os interesses da sociedade, naquilo que se traduz em dados que, apresentados sob determinados contornos, precisam ser objeto de fiscalização e controle pelo Estado, em sua dimensão administrativa, fazendária, controladora e sancionatória, se for o caso”.

transparéncia sobre as contas estatais e sobre informações de pessoas que direta ou indiretamente são destinatárias de verbas públicas<sup>50</sup>.

Seguem abaixo alguns exemplos de leis criadas nas últimas décadas e que comprovam aquela tendência:

- a) Lei que obriga a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A Lei Complementar 131/2009 determina que o gestor público disponibilize, em tempo real, inclusive por meios eletrônicos de acesso público, dados relativos à execução orçamentária e financeira do ente público. A referida legislação permite um maior controle dos gastos públicos pela população<sup>51</sup>.

Referida lei vem atender o princípio da publicidade, um dos princípios constitucionais de maior relevância na regência da administração pública, previsto expressamente no art. 37 da Constituição da República.

- b) Poder de requisição de informações pelos órgãos de fiscalização da administração pública, necessárias para o exercício de suas funções.

A legislação brasileira garante em favor de vários entes públicos a prerrogativa de requisição de informações a pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, que lhe garantam o exercício de sua atividade, na defesa do interesse público.

---

<sup>50</sup> SHIOHARA, op. cit., p. 74-75: “Diante dos constantes escândalos políticos envolvendo o uso indevido dos recursos públicos e casos de favorecimentos pessoais em detrimento do interesse público, a pressão dos movimentos da sociedade civil organizada e da própria população fez com que a transparéncia administrativa se tornasse a palavra de ordem da administração pública”.

<sup>51</sup> SHIOHARA, op. cit., p. 75-76: “A grande inovação da Lei Complementar 131/2009 diz respeito à obrigatoriedade de disponibilização em tempo real em meio eletrônico de acesso público, de informações sobre execução orçamentária e financeira da administração pública, o que implica na obrigatoriedade de disponibilizar tais informações na rede mundial de computadores, possibilitando, além da consulta imediata, a formação de banco de dados disponíveis a qualquer momento”. Completa a autora, ibid., p. 76: “A inclusão de tal obrigatoriedade na Lei de Responsabilidade Fiscal visa conferir mais visibilidade à atuação administrativa, tornando-a mais transparente na medida em que possibilita o acesso imediato às informações, e, por conseguinte, a participação popular na gestão pública [...]”.

Apenas a título de exemplo, cite-se o poder de requisição conferido aos órgãos ligados à administração pública federal:

- b.1) Instituto Nacional do Seguro Social: o INSS possui amplo poder de requisição junto a qualquer órgão ou entidade da administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como das demais entidades sob seu controle, garantido pelo art. 15 da Lei 8620/93.
- b.2) Conselho Administrativo de Defesa Econômica: o art. 9º, XVIII, da Lei 12.529/2011 garante ao CADE o poder de requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso;
- b.3) Advocacia-Geral da União<sup>52</sup>: o art. 4º da lei 9028/95 garante aos órgãos da AGU, na defesa dos interesses da União, o acesso a dados dos órgãos ou entidades da Administração Federal. O art. 3º, § 3º da LC 105/2001 garante, ainda, à Advocacia-Geral da União o poder de requisição de informações e documentos em poder do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Imobiliários, cobertas pelo sigilo bancário, quando necessários à defesa da União, independente de prévia autorização judicial.

Vários outros órgãos e entes públicos detêm a prerrogativa de requisição de informações sobre a vida do cidadão. Sem dúvida, a existência desta importante ferramenta permite um maior cruzamento de informações e, consequentemente, viabiliza melhor controle dos gastos públicos.

- c) Lei eleitoral que exige a divulgação da declaração de bens do candidato a cargo eletivo

A lei 9504/97, em seu art. 11, § 1º, IV, impõe como necessário ao candidato a cargo eletivo no Estado a apresentação, perante a Justiça Eleitoral, por ocasião do registro da candidatura, a apresentação de declaração de bens, assinada pelo candidato.

---

<sup>52</sup> Embora dentro da estrutura do Estado a Advocacia-Geral da União, assim como as procuradorias dos Estados e Municípios, esteja inserida entre as funções essenciais à justiça (art. 131 e seguintes), e, portanto, numa posição externa à administração pública, não há dúvida de que para poder defender adequadamente os interesses do executivo em juízo deve gozar daquelas prerrogativas existentes em favor dos órgãos administrativos.

Têm-se, ai, mais um importante instrumento criado pela legislação e que permite ao Estado e à sociedade conhecer a vida econômica do postulante ao exercício de funções políticas, bem como de acompanhar se a sua evolução, ao longo do exercício do mandato, dá-se de forma compatível com a função exercida.

- d) Obrigatoriedade de apresentação regular de declaração de bens e valores a todo agente público

A lei 8429, de 2 de junho de 1992, conhecida como Lei da Improbidade Administrativa, impõe a obrigatoriedade a todo agente público, previamente à posse ao efetivo exercício, de apresentar declaração de bens e valores que compõem seu patrimônio perante os órgãos a que estiver vinculado (art. 13).

Tal exigência abrange não apenas o servidor público, mas também seu cônjuge ou companheiro, bem como quaisquer pessoas que vivam sob sua dependência econômica (art. 13,§ 1º).

Ademais, além da necessidade da apresentação daqueles dados no início do ingresso no serviço público, a referida legislação impõe a exigência de apresentação daquela declaração de bens de forma regular, a cada ano, bem como por ocasião da saída do serviço público.

- e) O compartilhamento de informações com o fito de agilizar o atendimento ao cidadão

O Decreto Federal 6932/09 visa, dentre outras coisas, a simplificação do atendimento ao cidadão. Determina, entre outras medidas, o compartilhamento de informações entre os órgãos públicos (art. 1º, II) e impõe aos órgãos públicos da administração federal a obrigação de busca diretamente junto a outros órgãos as informações que necessitar para o atendimento do cidadão (art. 2º).

A lei cria uma exceção àquela liberdade de compartilhamento das informações entre os órgãos da estrutura administrativa ao deixar de fora aquelas de caráter sigiloso, salvo se o cidadão a quem tais informações digam respeito expressamente autorizar o livre acesso.

f) Garantia ao acesso à informação

A última importante inovação legislativa criada no intuito de garantir maior transparência ao uso do dinheiro público corresponde à chamada Lei de Acesso à Informação, Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011.

Referido documento objetiva dar total publicidade dos gastos realizados pelo poder público, e tem por princípios reitores:

- a) a adoção da publicidade como regra, salvo em casos que a legislação imponha a necessidade de observância do sigilo;
- b) divulgação das informações de interesse público espontaneamente, independente de solicitações de terceiros;
- c) utilização dos meios de comunicação eletrônicos;
- d) contribuição com o desenvolvimento da cultura da transparência na administração pública;
- e) e contribuição para o desenvolvimento do controle social da administração pública.

**3.2 A publicidade dos dados das pessoas beneficiárias de políticas públicas como elemento fundamental na construção de um Estado verdadeiramente republicano**

O princípio republicano, de acordo com Mariane Shiohara:

nas lições de Sahid Maluf, é a forma de governo que se caracteriza pela ideia de que o poder estatal não pertence a uma única pessoa, mas sim ao povo nacional que atribuiu seu exercício aos órgãos representativos instituídos na Constituição<sup>53</sup>.

Não se pode deixar de relembrar que a experiência republicana no Brasil é relativamente curta, de pouco mais de um século, mas marcado por intervalos de períodos de restrição às liberdades individuais no século passado e que concorreram para alterar a ordem de um poder estatal verdadeiramente pertencente ao povo.

---

53 SHIOHARA, op. cit., p. 59.

Somente a partir do avivamento de um verdadeiro espírito republicano, a partir do reconhecimento de que os interesses estatais representam, no fim, o interesse do próprio cidadão e que todos têm a obrigação por zelar pelo bom andamento do Estado é que se torna possível reconhecer que, em determinadas circunstâncias, quando contrapostos os interesse público e o meramente privado, este deve ser submetido àquele.

Para tanto, torna-se necessário, ainda, a superação de alguns dogmas e tabus – muitas vezes propalados sem qualquer sustentação na legislação pátria – e que tem seu início evidentemente em um movimento natural de reação aos recentes períodos de governos ditoriais no país, períodos estes em que os direitos e liberdade individuais foram vilipendiados<sup>54</sup>.

Retrata com muita acuidade esta desconfiança a Ministra do STF, Carmen Lucia Antunes Rocha:

É bem certo que o reconhecimento do dever de atuação administrativa dos entes estatais a permitir o acesso reservado e sigiloso aos dados da vida econômica (fiscal ou bancária) do particular molda-se, lamentavelmente, no pensamento brasileiro e na história de abusos praticados pelo Estado contra os cidadãos, como um sinal de que este seria apenas o primeiro na sequência de outros passos que sobreviriam no sentido da devassa da privacidade das pessoas<sup>55</sup>.

A realidade no atual regime constitucional é muito diversa daquela preexistente. Vivemos em um pleno Estado democrático de Direito – com as suas virtudes e seus problemas, assim como as possuem quaisquer formas de organização estatal existentes no mundo –, em que todos os cidadãos, desde o mais humilde até os ocupantes das mais importantes funções públicas, submetem-se aos ditames da ordem jurídica vigente,

---

<sup>54</sup> Exemplo clássico de norma do período ditatorial que demonstra o avanço absolutista do Estado contra o cidadão foi o terrível Ato Institucional no. 5, de 13 de dezembro de 1968 e que, dentre outras coisas, deu poder à ditadura de cassar direitos políticos e limitar outros direitos de qualquer cidadão (arts. 4º e 5º), suspendeu o direito ao habeas corpus em crimes considerados políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular (art. 10), impossibilitava de levar ao conhecimento do judiciário medidas restritivas de liberdades aplicadas pelo governo (art. 5º, § 2º).

<sup>55</sup> ROCHA, op. cit., p. 16.

formada com base em leis aprovadas por representantes legitimamente eleitos pelo povo<sup>56</sup>.

O agente público que incorre em abusos no exercício de sua atividade e atinge ilegitimamente direito do indivíduo está sujeito a penalidades nas mais diferentes searas (civil, administrativa e penal). Além disso, o acesso do cidadão ao poder judiciário, quando vê um direito violado ou sob risco de violação, está amplamente resguardado pela Constituição da República<sup>57</sup>.

Por outro lado, a premente necessidade de defesa da correta utilização das verbas públicas deve orientar os limites do poder de fiscalização por parte da administração e fazer com que seja relativizada a garantia à privacidade do indivíduo quando esta possa representar, de forma injustificada, um obstáculo à defesa do interesse público.

Assim, neste período em que a população anseia por maior transparência dos gastos públicos, a flexibilização do direito à privacidade das pessoas, especialmente aquelas que se beneficiam das políticas públicas estatais, apresenta-se como medida fundamental na instrumentalização do controle, por parte da administração pública, dos gastos do erário.

Nesse sentido, necessário se garantir em favor da administração pública, naquele exercício da atividade fiscalizatória do gasto do dinheiro público, de todas as prerrogativas que tradicionalmente já vinham sendo garantidas à administração tributária. Assim, apenas quando a legislação expressamente vede o acesso direto pela administração, como no caso de quebra de sigilo telefônico, ou restrinja expressamente em favor de limitados órgãos, como se dá no caso da quebra do sigilo bancário, é que a administração não fiscal encontraria reais impedimentos para agir diretamente.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado brasileiro contemporâneo detém uma complexidade muito superior àquela existente há algumas décadas. A própria Constituição da República impõe a este Estado uma série de obrigações, muitas delas voltadas

---

<sup>56</sup> De acordo com Aristóteles, na obra *A Política*: “[...] a constituição política não é senão a ordem dos habitantes que o compõem” (ARISTOTELES. *A política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 41).

<sup>57</sup> Dispõe o art. 5º, XXXV da Constituição Federal:

Art. 5º. [...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

para a garantia dos direitos fundamentais dos integrantes da sociedade. Em consequência, houve um enorme incremento das ditas políticas públicas que a sociedade política lança mão para buscar efetivar aquele desiderato.

Por outro lado, a implementação daquelas políticas públicas passa a demandar, primeiramente, um maior ingresso de recursos nos cofres públicos, grande parte deles por meio de tributos pagos por toda a sociedade. De outro lado, a consolidação daquelas políticas públicas implica na transferência direta de recursos, na concessão de favores fiscais por parte do Estado em favor de indivíduos ou grupos, recursos estes que nem sempre são adquiridos ou usados de forma correta.

Tais fatos somente fomentam que a sociedade tenha cada vez maior interesse no bom gasto do dinheiro público – dinheiro este que, em última análise, é transferido ao Estado por toda a população – e que os órgãos públicos, em especial os órgãos da administração pública, responsáveis pela arrecadação dos ingressos e pela efetivação daquelas políticas públicas, possam exercer uma adequada atividade fiscalizatória.

A realidade atual brasileira, após incontáveis casos rotineiros de mau uso do dinheiro público e ante a dificuldade do poder judiciário apresentar rápidas e eficazes respostas à sociedade, impõe um fortalecimento dos órgãos da administração pública, com a garantia de prerrogativas que possibilitem o acesso a informações que permitam garantir a eficiência do controle dos gastos públicos, desde que observados os limites impostos pela legislação.

Necessário, sem dúvida, é o respeito pelos órgãos e servidores da administração, dos limites impostos em homenagem aos direitos fundamentais individuais. Por outro lado, torna-se imprescindível a superação de alguns dogmas, muitas vezes citados e repetidos como mantras, mas sem qualquer consistência sob o aspecto jurídico-constitucional e que vêm no direito à privacidade um limite absolutamente intransponível à ação estatal.

Em especial aqueles que mais diretamente se beneficiam do dinheiro público, seja por meio de políticas assistenciais, de concessões de benefícios fiscais, de remunerações pagas pelos cofres públicos – servidores públicos de carreira, agentes políticos detentores de mandatos públicos eletivos –, seja indiretamente, como, p. ex., ao não pagar os tributos devidos em casos de sonegação fiscal, não podem se

valer da alegação do direito à privacidade para escapar da fiscalização da administração pública e evitar o acesso a dados da sua vida econômica<sup>58</sup>.

A legislação já vem reconhecendo, ao longo das últimas décadas, importantes instrumentos de fiscalização à administração pública, sobretudo em favor da administração tributária. Imprescindível que se reconheça que aqueles poderes expressamente reconhecidos em favor dos órgãos responsáveis pela arrecadação de tributos sejam estendidos a toda a administração pública, na defesa do interesse público, salvo quando houver fundado motivo contrário, previsto na legislação.

Por óbvio, não se está a defender, no presente texto, uma ação absolutista e, portanto, desmesurada, do Estado, mas, sim, a imprescindibilidade, dentro do Estado democrático de direito, da submissão dos interesses individuais ao interesse público, principalmente naqueles casos em que a defesa desproporcional dos direitos individuais é utilizada por aquele que se apropria, direta ou indiretamente, de verbas do erário público.

Não se esqueça que a ação dos órgãos da administração pública devem se pautar pela legalidade e interesse público, sob pena de sujeição dos seus agentes às mais diversas sanções repressoras<sup>59</sup>. Tais limites e obrigações são verdadeiras garantias em favor dos indivíduos que se submetam àquela ação fiscalizatória.

Se, por um lado, o Estado tem dado alguns importantes passos no sentido de se tornar cada vez mais verdadeiramente republicano, ao ampliar a transparência dos gastos públicos e ao tornar mais fácil o controle do erário pelo cidadão, de outro lado, deve-se repisar cada vez mais clara a necessidade de que, em determinadas situações, quando o interesse público assim justificar, o direito à privacidade das pessoas

58 ROCHA, op. cit., p. 4: “Assim, aquele que se oferece à eleição pelo povo a um cargo público não pode decidir que quer exercer um cargo público, pago com dinheiro público, para o exercício de funções públicas e manter a privacidade do mesmo modo de alguém que se mantém nos limites de uma atividade privada, em espaço particular, com recursos particulares e que não se dá à mostra nem participa de atividades ou desempenha funções que atinjam, direta e imediatamente, o interesse público”.

59 A Ministra Carmen Lucia se reporta, com razão, ao malfadado “Patriot Act”, criado nos Estados Unidos após a ocorrência dos atos terroristas em seu território em 11 de setembro de 2001, como exemplo de norma desproporcional e que viola, em muitos aspectos, direitos humanos básicos. De acordo com a autora, op. cit., p. 2: “O *Patriot Act* é prova feroz e surpreendente de que a privacidade cede espaço cada vez maior e apavorante às instâncias e demandas do que o governante de plantão considere necessário à ação estatal para o atingimento dos interesses havidos como legítimos em determinado momento”.

possa ser relativizado, sem que isso signifique qualquer violação de seus direitos fundamentais<sup>60</sup>.

## REFERÊNCIAS

ARISTOTELES. *A política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BATISTA, Liliane Maria Busato. A quebra do sigilo bancário como meio de prova no direito processual civil brasileiro. *Pontifícia Universidade Católica do Paraná*. Disponível em <[http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=1380](http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1380)>. Acesso em: 22 jan. 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. *Revista dos Tribunais Online*, São Paulo, v. 5, maio, 2011. p. 149. Acesso em: 16 fev. 2013.

DELGADO, José Augusto. Os Sigilos Bancários e Fiscal no Ordenamento Jurídico Brasileiro. *Interesse Público-IP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul./set., 2002. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=51230>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

FERNANDES, Antonio Scarance. O sigilo e a prova criminal. In: Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa. *Revista dos Tribunais Online*, São Paulo, v. 5, p. 1043, jul. 2011. Acesso em: 06 fev. 2013.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Sigilo das operações de instituições financeiras*. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/124>>. Acesso em: 11 jan. 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo poder judiciário. In: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. *Revista dos Tribunais Online*, São Paulo. v. 4, p. 563, maio, 2011. Acesso em: 12 fev. 2013.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Direito à privacidade e os sigilos fiscal e bancário. *Interesse Público IP*, Belo Horizonte, n. 20, ano 5, jul./ago. 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=50821>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

---

<sup>60</sup> Ibid., p. 2: “Assim, nem luzes sobre a alma, sobre o íntimo de cada ser humano, nem trevas, sequer sombras sobre as práticas que minam e comprometem o interesse público e que se escondem para furtar-se à resposta que o direito determina como legítimo para a preservação permanente do interesse Público”.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. O sigilo bancário e a administração tributária (LC nº 105/2001; INRFB nº 802/2007). *Revista Fórum de Direito – RFDT*, Tributário, Belo Horizonte, ano 6, n. 34, p. 311, 09, jul./ago. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDIO006.aspx?pdiCntd=54628>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

SHIOHARA, Mariane Yuri. Serviço público e controle social: cultura participativa e desenvolvimento. *Pontifícia Universidade Católica do Paraná*. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=1864](http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1864)>. Acesso em: 22 jan. 2013.



# **A ANISTIA POLÍTICA E SUAS REPERCUSSÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

***THE AMNESTY AND ITS EFFECTS ON BRAZILIAN  
LEGAL ORDER***

*Livia Maria Vasconcelos de Miranda*  
*Advogada da União*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Da anistia política – escorço histórico; 2 Da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153; 3 Da Decisão Proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus Reflexos sobre o Ordenamento Brasileiro; 4 Antecedentes Históricos da Lei nº 6.683/79 sob a Ótica do Supremo Tribunal Federal; 5 Da Fundação do atual Estado Brasileiro; 6 Dos Fundamentos da atual Ordem Constitucional; 7 Da Noção de Bloco de Constitucionalidade; 8 Da Competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria criminal; 9 Conclusões; Referências.

**RESUMO:** O presente estudo pretende se debruçar sobre a anistia política, sua origem, sua natureza, seus destinatários, seu alcance e suas repercussões, passadas três décadas desde que os representantes do Governo Militar e a sociedade civil organizada, após sangrentos embates e acaloradas negociações, acordaram o retorno à democracia, pautados pela reconciliação nacional, ancorada na anistia geral e irrestrita. Trata-se de assunto palpitante no cenário jurídico atual, seja em decorrência do ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, com o fim de ver reconhecida a não-recepção pelo Texto Constitucional de 1988 do comando contido no §1º do art. 1º, da Lei nº 6.683/79, seja pela propositura de diversas Ações Civis Públicas pelo Ministério Públco Federal com vistas à condenação dos ex-militares e integrantes dos órgãos de repressão política durante o regime ditatorial acusados da prática de tortura, ou, ainda, em razão da prolação de sentença condenatória do Estado Brasileiro pela Eg. Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, em 24 de novembro de 2010.

**PALAVRAS-CHAVE:** Anistia Política. ADPF 153. Supremo Tribunal Federal. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

**ABSTRACT:** This study aims to look into the political amnesty, its origin, its nature, its recipients, its scope and its repercussions, three decades since the representatives of the Military Government and civil society, after bloody fighting and inflamed negotiations, agreed the return to democracy, supported by national reconciliation and structured in general and complete amnesty. In the current legal scene we find this exciting topic, either because of the discussion of the non-receipt by the Brazilian Constitution of 1988 of the first paragraph of Article 1 of Law No. 6.683/79, or for the initiatives towards the punishment of military and state officials responsible for political repression or crimes such as torture committed during the dictatorship, or even because of the Brazilian codamnation by the Inter-American Court of Human Rights, November 24, 2010for human rights violations during the military dictatorship.

**KEYWORDS:** Politic Amnesty. ADPF 153. Brazilian Supreme Court. Inter-American Court of Human Rights.

## INTRODUÇÃO

“A palavra verdade, na tradição grega ocidental, é exatamente o contrário da palavra esquecimento. É algo tão surpreendentemente forte que não abriga nem o ressentimento, nem o ódio, nem tampouco o perdão. Ela é só e, sobretudo, o contrário do esquecimento. É memória e é história. É a capacidade humana de contar o que aconteceu.”

Assim a Presidenta Dilma Rousseff, em cerimônia oficial no Palácio do Planalto em 16 de maio de 2012, deu início a um novo período da história democrática brasileira. Ali se instalou a Comissão da Verdade, criada com a finalidade de examinar e esclarecer as violações de direitos humanos ocorridas no período 18 de setembro de 1946 a 5 de outubro de 1988, como efetivação do direito à verdade histórica e com vistas à reconciliação nacional, nos termos do art. 1º da Lei n.º 12.528, de 18 de novembro de 2011. Contudo, o destino da Comissão da Verdade não encontrou dimensão unívoca entre os seus próprios integrantes e se tornou objeto de especulação, assim no âmbito dos movimentos sociais ligados à defesa dos Direitos Humanos como no seio militar, em função de uma única e crucial circunstância: a anistia política concedida pelo Estado Brasileiro pela Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979.

É que a validade da Lei de Anistia foi impugnada pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB perante o Supremo Tribunal Federal, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153. Por ocasião do seu julgamento, em 29 de abril de 2010, a Suprema Corte, por maioria, julgou improcedente o pedido. Entendeu-se, naquela ocasião, pela sua recepção por parte do ordenamento jurídico interno ora vigente.

Contudo, por meio de Embargos de Declaração, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil põe à apreciação do STF fato novo e superveniente à decisão proferida na ADCT nº153, consubstanciado em decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Estado Brasileiro, em 24 de novembro de 2010, que determinou não se considerem abrangidos pela anistia política concedida pela Lei nº 6.683, de 1979, os crimes cometidos por agentes públicos, assim como todos os demais crimes de Estado, praticados durante o regime militar.

Tal é o objeto do presente estudo, a apreciação da constitucionalidade da Lei n.º 6.683/79, à luz da decisão proferida pelo E. Supremo Tribunal Federal e da determinação emanada da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

## 1 DA ANISTIA POLÍTICA – ESCORÇO HISTÓRICO

Antes de adentrarmos propriamente no objeto de estudo, faz-se necessária, até mesmo em respeito aos sentimentos daqueles que sofreram todas as agruras de um regime ditatorial, uma breve situação histórica do assunto. O desenrolar dos eventos sociais, diga-se de passagem, é extremamente relevante para que qualquer solução seja encontrada nesse tema que ainda representa chaga aberta no seio da sociedade brasileira.

Em 1964, a insatisfação era a nota do cenário político brasileiro. Da sociedade civil, passando pelas Forças Armadas, até o Congresso Nacional. As idas e vindas do presidencialismo - decorrentes da edição da Emenda Constitucional n.º 4, de 2 de setembro de 1961, e sua posterior revogação pela Emenda Constitucional n.º 6, de 23 de janeiro de 1963<sup>1</sup> -, a aproximação do Presidente João Goulart com os ideais comunistas<sup>2</sup> e uma possível disputa pela reeleição presidencial em detrimento da ordem constitucional vigente<sup>3</sup>, levaram o Brasil a uma crise política que conduziu à tomada do poder pelos militares em 31 de março de 1964. O que de início apareceu corresponder aos anseios da população inconformada com a grave crise institucional por que passava o país<sup>4</sup>, veio a se mostrar um dos mais tormentosos e sangrentos períodos da história brasileira.

A partir de 1964, instaurou-se no Brasil “um aparelho repressivo incapaz de conviver com um regime constitucional.”<sup>5</sup> Em 8 julho do mesmo ano, o jornal *Correio da Manhã* noticiava que “[t]odos os dias, desde 1º de abril, o público e as autoridades tomam conhecimento com detalhes cada vez mais precisos e em volume cada vez maior de atentados contra o corpo e a mente de prisioneiros culpados e inocentes”<sup>6</sup>. O regime militar foi aparelhado por uma verdadeira “rede de espionagem e repressão”. Os seus 21 (vinte e um) anos de duração foram marcados por períodos alternantes de aberturas e endurecimentos, tomada como parâmetro a prática institucionalizada da tortura pelos agentes do Estado<sup>7</sup>.

1 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 132-3.

2 GASPARI, Élio. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 46-8.

3 *Ibidem*. p.49.

4 *Ibidem*.

5 *Ibidem*. p. 129.

6 Apud GASPARI, op. cit. p. 143.

7 *Idem*. p. 129.

Nos anos que se seguiram, a luta pela anistia representou, segundo o Exmo. Sr. Ministro Eros Grau, por ocasião da relatoria da ADPF n.º 153, “[a] página mais vibrante de resistência e atividade democrática da nossa História”. A sociedade civil mobilizou-se, mais uma vez, sob a forma de movimentos capitaneados pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, pela Ordem dos Advogados do Brasil, pelos comitês pró-anistia e, em especial, pela postura heroica dos presos políticos, que, em greve de fome, ecoaram gritos silenciosos nos porões da ditadura brasileira.

Assim é que lentamente, sangrentamente, bravamente, foi conduzida a luta incessante pelo retorno à democracia que permitisse ao povo brasileiro a retomada do poder, a ser exercido por seus representantes, mediante eleições diretas.

A anistia “ampla, geral e irrestrita” proposta pelo General Ernesto Geisel viu-se transformada em “anistia recíproca”, que beneficiaria “perseguidos mas também perseguidores”. Nas palavras de Dalmo de Abreu Dallari, “[a]ssim se chegou à Lei da Anistia”<sup>8</sup>.

E a “roda viva”<sup>9</sup> passou, “caminhando e cantando”<sup>10</sup> a história prosseguiu, a “esperança equilibrista”<sup>11</sup> conduziu Tancredo Neves à vitória nas eleições presidenciais indiretas de 15 de janeiro de 1985 – e, com isso, ao fim do ciclo militar; a sua sucessão por José Sarney; à convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte pela Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985 – somente instaurada em 1º de fevereiro de 1987; e, finalmente, à promulgação da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988<sup>12</sup>, com a tão ansiada redemocratização do país.

## 2 DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N.º 153

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 foi movida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil com o fim de ver reconhecida a não-recepção pelo Texto Constitucional

8 DALLARI, Dalmo de Abreu. Depoimento prestado à Fundação Perseu Abramo, publicado em 23.04.2006. Disponível em <<http://www.fpabramo.org.br/o-que-fazemos/memoria-e-historia/exposicoes-virtuais/dalmo-dallari>>. Acesso em 19.05.2012.

9 BUARQUE, Chico. *Roda viva*.

10 VANDRÉ, Geraldo. *Pra não dizer que não falei das flores*.

11 BLANC, Aldir. *O bêbado e o equilibrista*.

12 BASTOS, op. cit., p.144-150.

de 1988 do comando contido no §1º do art. 1º<sup>13</sup>, da Lei nº 6.683, de 19 de dezembro de 1979, que considera anistiados todos aqueles que, no período de 02.09.1961 a 15.08.1979, cometaram crimes políticos ou conexos com estes – assim entendidos os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política –, crimes eleitorais, que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores civis e militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

O Conselho Federal da OAB entende que dentre os crimes conexos não estariam abarcados os crimes comuns cometidos por agentes públicos contra os opositores políticos do regime militar durante o período de exceção, tendo em vista que não haveria conexão entre crimes comuns e crimes políticos, seja porque os agentes estatais não poderiam cometer crimes políticos, considerando-se que era, precisamente, o seu dever combatê-los; seja porque os crimes políticos cometidos o foram por opositores do regime, pelo que, sob pena de contradição em seus próprios termos, não se poderia falar de co-autoria em hipóteses tais; ou ainda porque os crimes políticos então cometidos foram perpetrados contra a ordem política vigente e contra a segurança nacional, e, não, contra os agentes públicos, pelo que, inaplicável ao caso seria o art. 76<sup>14</sup> do Código de Processo Penal; e que haveria violação dos preceitos constitucionais relativos à isonomia em matéria de segurança (CF88, art. 5º, *caput* e inciso XXXIX<sup>15</sup>); do dever de não ocultar a verdade (CF88, art. 5º, inciso

---

13 Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometaram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado).

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em 19.05.2012.)

14 Art. 76. A competência será determinada pela conexão:

I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras; [...] (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 19 maio 2012.)

15 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: [...]

XXXIII<sup>16</sup>); dos princípios democrático e republicano (CF88, art. 1º<sup>17</sup>) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III<sup>18</sup>, e art. 5º, XLIII<sup>19</sup>). Busca, por fim, que seja conferida “à Lei nº 6.683, de 8 de agosto de 1979, uma interpretação conforme a Constituição, de modo a declarar, à luz dos seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estenda aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra os opositores políticos, durante o regime militar (1964/1985).”

Em 29 de abril de 2010, o E. Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou improcedente a arguição na esteira do voto proferido pelo Relator, o Exmo. Sr. Ministro Eros Grau. Entendeu-se que “[a] interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos”, pelo que “[é] a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei n.º 6.683.”<sup>20</sup>

---

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em 19.05.2012.)

- 16 XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; (Regulamento) (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em 19.05.2012.)
- 17 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em 19.05.2012.)
- 18 Art. 1º [...] III - a dignidade da pessoa humana;” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em 19.05.2012.)
- 19 XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 19 maio 2012.)
- 20 EMENTA: LEI N. 6.683/79, A CHAMADA “LEI DE ANISTIA”. ARTIGO 5º, CAPUT, III E XXXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL; PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E PRINCÍPIO REPUBLICANO: NÃO VIOLAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS HISTÓRICAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E TIRANIA DOS VALORES. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E DISTINÇÃO ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA. CRIMES CONEXOS DEFINIDOS PELA LEI N. 6.683/79.

CARÁTER BILATERAL DA ANISTIA, AMPLA E GERAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SUCESSÃO DAS FREQUENTES ANISTIAS CONCEDIDAS, NO BRASIL, DESDE A REPÚBLICA. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E LEIS-MEDIDA.

CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES E LEI N. 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997, QUE DEFINE O CRIME DE TORTURA. ARTIGO 5º, XLIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO E REVISÃO DA LEI DA ANISTIA. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985, PODER CONSTITUINTE E "AUTO-ANISTIA". INTEGRAÇÃO DA ANISTIA DA LEI DE 1979 NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. ACESSO A DOCUMENTOS HISTÓRICOS COMO FORMA DE EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VERDADE. 1. Texto normativo e norma jurídica, dimensão textual e dimensão normativa do fenômeno jurídico. O intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade. A interpretação do direito tem caráter constitutivo e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. A interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção no mundo da vida. 2. O argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, não prospera. 3. Conceito e definição de "crime político" pela Lei n. 6.683/79. São crimes conexos aos crimes políticos "os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política"; podem ser de "qualquer natureza", mas [i] hão de terem estado relacionados com os crimes políticos ou [ii] hão de terem sido praticados por motivação política; são crimes outros que não políticos; são crimes comuns, porém [i] relacionados com os crimes políticos ou [ii] praticados por motivação política. A expressão crimes conexos a crimes políticos conota sentido a ser sindicado no momento histórico da sanção da lei. A chamada Lei de anistia diz com uma conexão sui generis, própria ao momento histórico da transição para a democracia. Ignora, no contexto da Lei n. 6.683/79, o sentido ou os sentidos correntes, na doutrina, da chamada conexão criminal; refere o que "se procurou", segundo a inicial, vale dizer, estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. 4. A lei estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção; daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral, que somente não foi irrestrita porque não abrangia os já condenados --- e com sentença transitada em julgado, qual o Supremo assentou --- pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal. 5. O significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Mas essa afirmação aplica-se exclusivamente à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas, designadas leis-medida (*Massnahmegesetze*), que disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas, e consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei n. 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. Exatamente aquela na qual, como afirma inicial, "se procurou" [sic] estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento --- o momento da transição conciliada de 1979. A Lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. 6. A Lei n. 6.683/79

Assim, considerando-se que a Lei n.º 6.683/79, é anterior à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e à Lei n.º 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura, as anistias concedidas com amparo na decisão política assumida naquele momento histórico de transição para a democracia não poderiam ser atingidas.

Não resignado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em 13 de agosto de 2010, opôs embargos de declaração, por entender que a v. decisão teria sido omissa acerca de diversos fundamentos invocados na exordial, dentre eles a premissa segundo a qual “os criminosos políticos anistiados agiram contra o Estado e a ordem política

---

precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes --- adotada pela Assembléia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 --- e a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição --- que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes --- não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido. 7. No Estado democrático de direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever leis de anistia. 8. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá --- ou não --- de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário. 9. A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade. A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental. De todo modo, se não tivermos o preceito da lei de 1979 como ab-rogado pela nova ordem constitucional, estará a coexistir com o § 1º do artigo 4º da EC 26/85, existirá a par dele [dicção do § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil]. O debate a esse respeito seria, todavia, despicando. A uma por que foi mera lei-medida, dotada de efeitos concretos, já exauridos; é lei apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material. A duas por que o texto de hierarquia constitucional prevalece sobre o infraconstitucional quando ambos coexistam. Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável. A nova ordem comprehende não apenas o texto da Constituição nova, mas também a norma-origem. No bojo dessa totalidade --- totalidade que o novo sistema normativo é --- tem-se que “[é] concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos” praticados no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Não se pode divisar antinomia de qualquer grandeza entre o preceito veiculado pelo § 1º do artigo 4º da EC 26/85 e a Constituição de 1988. 10. Impõe-se o desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento do quanto ocorreu no Brasil durante as décadas sombrias da ditadura.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Constitucional. Controle abstrato de constitucionalidade. Anistia política. Improcedência. ADPF nº 153. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 19 maio 2012.)

vigente, ao passo que os outros atuaram em nome do Estado e pela manutenção da ordem política em vigor”; real caráter bilateral da anistia concedida não haveria sido enfrentado pelo v. acórdão, tendo em vista que “a interpretação da Lei nº 6.683/79 viola princípios fundamentais do direito internacional – fonte autônoma do direito internacional”; e que a Assembléia Geral das Nações Unidas, haveria qualificado o “assassinio, o extermínio, [...] e todo ato desumano, cometido contra a população civil” por autoridades públicas como *crimes contra a humanidade*, mesmo entendimento esposado, posteriormente, pelo Estatuto do Tribunal Penal Internacional; a interpretação conferida à Lei nº 6.683/79 chancelaria verdadeira auto-anistia criminal - considerando-se que o referido diploma haveria sido sufragado por um Órgão Legislativo cujos integrantes teriam sido investidos com o beneplácito das próprias autoridades militares - em oposição à jurisprudência consolidada da Corte Interamericana de direitos humanos; não se busca a revisão da Lei de Anistia, mas, sim, a atribuição de interpretação que lhe dê conformidade à Constituição Federal de 1988, ao argumento de que o Texto Maior - ao seu entender – não pretendeu anistiar autoridades estatais; nos termos da Mensagem de Veto nº 267, o Exmo. Sr. Presidente haveria deixado clara a intenção de não conceder anistia “a todo e qualquer ilícito cometido”, mas apenas àqueles de cunho político, pelo que o v. acórdão andaria em descompasso com a real intenção da lei; por força do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Brasil, constitui obrigação dos Estados convenientes o dever de investigação e punição dos responsáveis por violações aos direitos nele tutelados, o que não haveria sido considerado pela v. Decisão.

Posteriormente, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em 21 de março de 2011, compareceu aos autos para alegar a superveniência de fato novo, consubstanciado na prolação de sentença condenatória pela Eg. Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, em 24 de novembro de 2010.

Até o presente momento, os aclaratórios ainda não foram apreciados.

### **3 DA DECISÃO PROFERIDA PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E SEUS REFLEXOS SOBRE O ORDENAMENTO BRASILEIRO**

Posteriormente ao julgamento da ADPF nº 153, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do caso Gomes

Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, manifestou-se contrariamente à legitimidade da Lei de Anistia, para, ao condenar o Estado Brasileiro, declarar que “[a]s disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil”<sup>21</sup>. Declarou-se, ainda, ser o Estado Brasileiro responsável pelo desaparecimento forçado e pela consequente violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal das partes lesionadas indicadas na referida Sentença.

Esse é, especificamente, o ponto controvertido. Indaga-se ora, antes mesmo da decisão definitiva a ser proferida pelo E. Supremo Tribunal Federal – considerando-se que os embargos de declaração opostos pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ainda não foram apreciados, se a decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos possuiria o condão de modificar o entendimento da E. Corte, que, na apreciação da ADPF nº 153, assentou a plena recepção da Lei de Anistia pelo ordenamento jurídico pátrio e, portanto, a impossibilidade de se proceder à persecução penal dos agentes da repressão durante o regime militar.

A decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil e seus efeitos sobre o ordenamento jurídico brasileiro foi objeto de estudo pelo I Workshop Internacional sobre Justiça de Transição, realizado em Brasília, em 12 e 13 de setembro de 2011, resultado da junção de esforços da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, do Centro Internacional para a Justiça de Transição – ICTJ, da Procuradoria Federal dos Direitos dos Cidadãos e da 2a Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal<sup>22</sup>. Naquela oportunidade, entendeu-se que o Ministério Público Federal estaria vinculado ao cumprimento da mencionada decisão, sendo-lhe devido “dar início à investigação criminal para responsabilizar

<sup>21</sup> Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf)>. Acesso em: 19 maio 2012.

<sup>22</sup> Documento nº 02/2011 MPF, 2a Câmara de Coordenação e Revisão Criminal (MPF), de 3 de outubro de 2011, in: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição/Ministério da Justiça*. Brasília, 2012, n. 7, jan./jun. 2012. p. 358.

os agentes das condutas violadoras de direitos humanos em episódios abrangidos pela decisão da Corte e identificar as vítimas”<sup>23</sup>.

Uma análise sistemica do Texto Constitucional se faz, no presente momento, necessária.

Desde o seu preâmbulo<sup>24</sup>, observa-se no Texto Constitucional de 1988, um especial relevo no tratamento dos direitos humanos por parte do Constituinte originário. A dignidade da pessoa humana constitui-se em fundamento da República Federativa do Brasil, conforme preceitua o art.1º<sup>25</sup>, da Constituição Federal de 1988.

No seu rol de direitos e garantias fundamentais, foram incluídos direitos sociais e políticos, bem como coletivos e difusos, ao lado dos direitos civis, todos considerados cláusula pétreia, núcleo intangível da Constituição. Em que pese a enumeração de diversos direitos de primeira, segunda, terceira e, mesmo, quarta geração, pelo art. 5º, §2º<sup>26</sup>, da CF88, outros direitos e garantias, decorrentes de tratados internacionais de que o Estado Brasileiro seja parte, poderão ser agregados àqueles previstos originalmente pelo Constituinte.

Nos termos do §3º<sup>27</sup> do referido dispositivo, incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, os tratados e convenções internacionais

---

23 Idem, p. 363.

24 Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 19 maio 2012.)

25 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 19 maio 2012.)

26 § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 19 maio 2012.)

27 § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão

sobre direitos humanos serão equivalentes às emendas constitucionais, desde que aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

Da leitura conjunta dos §§2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal, depreende-se que a incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro de outros direitos e garantias, decorrentes de tratados e acordos internacionais, na hierarquia de norma constitucional será possível se, e somente se, for observado o *iter legislativo* legitimante do referido §3º.

A saber, apenas equivalem às normas constitucionais os tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos e desde que aprovados em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

Apenas a título de ilustração, registre-se que, até a presente data, um único tratado internacional foi aprovado na forma do §3º do art. 5º da CF88, qual seja, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto-legislativo nº186, de 2008, e promulgado pelo Exmo. Sr. Presidente da República através do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009<sup>28</sup>. Portanto, apenas os direitos e garantias naquele compromisso internacional assumidos foram alçados ao *status* de norma constitucional.

Destarte, ainda que encarte compromisso internacional assumido pelo Estado Brasileiro, devidamente ratificado em 1992 - antes, portanto, do advento da Emenda Constitucional nº45/2004-, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica não possuiria o condão de suplantar os princípios fundantes da ordem constitucional brasileira, dentre eles a anistia ampla, geral e irrestrita, como pedra fundamental de toda a ordem constitucional vigente. Assim entendeu o E. Supremo Tribunal Federal, o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro e a quem compete, precípuamente, a guarda da Constituição.

---

equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo) (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 19 maio 2012.)

28 Fonte: Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República. (BRASIL. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/internacional/tratados-equivalentes-a-emendas-constitucionais-1#content>>. Acesso em: 22 maio 2012.)

Com efeito, por ocasião da apreciação dos reflexos da ratificação do Pacto de São José da Costa Rica sobre a legislação ordinária pátria acerca da prisão civil do depositário infiel, a E. Suprema Corte brasileira firmou entendimento no sentido de que os direitos e garantias decorrentes de compromissos internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro ingressam no ordenamento jurídico interno em posição hierárquica intermediária, a saber, encontram-se acima da legislação ordinária, mas se submetem aos preceitos constitucionais.

Foi o que entendeu o E. Supremo Tribunal Federal, por sua composição plenária, na sessão de 03 de dezembro de 2008, no julgamento conjunto do Recurso Extraordinário nº 349.703 e dos *Habeas Corpus* nº 87.585 e nº 92.566, os quais restaram assim ementados:

Ementa PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI N° 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a

garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão “depositário infiel” insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO<sup>29</sup>.

Ementa DEPOSITÁRIO INFIEL - PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel<sup>30</sup>.

Ementa PRISÃO CIVIL - PENHOR RURAL - CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA - BENS - GARANTIA - IMPROPRIEDADE. Ante o ordenamento jurídico pátrio, a prisão civil somente subsiste no caso de descumprimento inescusável de obrigação alimentícia, e não no de depositário considerada a cédula rural pignoratícia<sup>31</sup>.

Observa-se, pois, que E. Suprema Corte brasileira construiu firme jurisprudência acerca da supremacia das normas constitucionais sobre os tratados internacionais, ainda que em temas de direitos humanos fundamentais.

É o que se verifica do seguinte excerto:

Supremacia da CF sobre todos os tratados internacionais. O exercício do ‘treaty-making power’, pelo Estado brasileiro, está sujeito à observância das limitações jurídicas emergentes do texto

---

<sup>29</sup> RE 349703/RS Relator(a): Min. CARLOS BRITTO Julgamento: 03/12/2008. Tribunal Pleno.

<sup>30</sup> HC 87585/ TO Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 03/12/2008 Tribunal Pleno DJe-118 DIVULG 25-06-2009 PUBLIC 26-06-2009.

<sup>31</sup> HC 92566/SP Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 03/12/2008 Tribunal Pleno DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009.

constitucional. Os tratados celebrados pelo Brasil estão subordinados à autoridade normativa da CF. Nenhum valor jurídico terá o tratado internacional, que, incorporado ao sistema de direito positivo interno, transgredir, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. Precedentes.<sup>32</sup>e<sup>33</sup>

#### 4 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA LEI Nº 6.683/79 SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Forte argumento contra a Lei de Anistia parece repousar na alegação de que, à época da edição da Lei nº 6.689/79, o Poder Legislativo encontrava-se submisso e agrilhoado ao regime militar, pelo que não se haveria de conferir legitimidade nem à Lei de Anistia nem à participação dos organismos da sociedade civil – dentre eles a própria Ordem dos Advogados do Brasil – nos debates que levaram aos seus contornos finais.

A esse respeito, contudo, o Exmo. Sr. Ministro Eros Grau, na Relatoria da ADPF nº 153, esclareceu que, ainda que se tenha que a Lei de Anistia foi aprovada sob o total controle das forças militares sobre a ordem política do Brasil, não se haveria de presumir eventual contaminação da participação popular na contribuição para a sua aprovação pelo Congresso Nacional.

No mesmo sentido, o Exmo. Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, testemunha viva dos fatos, então Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil, responsável pela elaboração de Parecer aprovado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, na sessão plenária de 24 de julho de 1979, e encaminhado ao Senado Federal, em que se

<sup>32</sup> MI 772-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 24-10-2007, Plenário, DJE de 20-3-2009.

<sup>33</sup> Apenas por cautela, cumpre registrar que a referida decisão colegiada foi proferida anteriormente à consolidação do entendimento do E. Supremo Tribunal Federal acerca da posição hierárquica intermediária conferida aos tratados internacionais sobre direitos humanos quando ingressos no ordenamento doméstico mas ainda não aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros (CF88, art. 5º, § 3º). Tal circunstância, contudo, não possui o condão de afastar o entendimento segundo o qual “a inconstitucionalidade de tratados internacionais impedirá a aplicação de suas normas na ordem jurídica interna brasileira”, tendo-se sempre em vista que “a relação de eventual antinomia entre o tratado internacional e a Constituição da República impõe que se atribua, dentro do sistema de direito positivo vigente no Brasil, irrestrita precedência hierárquica à ordem normativa consubstanciada no texto constitucional, ressalvada a hipótese excepcional prevista no §3º do art. 5º da própria Lei Fundamental e aquela que resulta do §2º desse mesmo art. 5º da nossa Constituição, que traduz verdadeira cláusula geral de recepção das convenções internacionais em matéria de direitos humanos”, mantendo-se íntegra, até os dias que correm, as recomendações de PONTES DE MIRANDA, rememoradas pelo Exmo. Ministro Relator, no sentido de que “também ao tratado, como a qualquer lei, se exige ser constitucional.”

sustentou e requereu a extensão mais ampla à anistia então discutida e posteriormente assegurada, na forma da entrevista concedida à Revista Carta Maior, de 18 de janeiro de 2010. Nela o Exmo. Sr. Ministro Sepúlveda Pertence esclareceu, mantendo, em todos os seus termos, o entendimento esposado à conturbada época de transição:

Fui no entanto, modesto participe e testemunha privilegiada da luta pela anistia.

Relator, no Conselho Federal, da manifestação unânime da OAB sobre o projeto de lei da anistia - reivindicação pioneira da Ordem – afinal extraído do governo do General Figueiredo, nada tenho a alterar no parecer que então submeti aos meus pares.

No projeto, havia um ponto inegociável pelo Governo: o § 1º do art. 1º, que, definindo, com amplitude heterodoxa, o que se considerariam crimes conexos aos crimes políticos, tinha o sentido indisfarçável de fazer compreender, no alcance da anistia, os delitos de qualquer natureza cometidos nos “porões do regime” - , como então se dizia – pelos agentes civis e militares da repressão.

Meu parecer reconheceu abertamente que esse era o significado inequívoco do dispositivo. E sem alimentar esperanças vãs de que pudesse ele ser eliminado pelo Congresso, concentrava a impugnação ao projeto governamental no § 2º do art. 1º, que excluía da anistia os já condenados por atos de violência contra o regime autoritário.

A circunstância me transformou em assessor informal, na companhia de Raphael de Almeida Magalhães, do ícone da campanha da anistia, o indomável Senador Teotônio Vilela. Teotônio foi um tipo singular daqueles tempos, que a incurável amnésia histórica dos Brasileiros começa a esquecer.

Acompanhei, por isso, cada passo da tramitação legislativa do projeto, pois Teotônio presidiu a comissão especial que o discutiu.

É expressivo recordar que, no curso de todo processo legislativo – que constituiu um marco incomum de intenso debate parlamentar sobre um projeto dos governos militares –, nenhuma voz se tenha levantado para pôr em dúvida a interpretação de que o art. 1º, § 1º, se aprovado, como foi, implicava a anistia da tortura praticada e dos assassinios perpetrados por servidores públicos, sobre o manto da

imunidade de fato do regime de arbítrio. O que houve foram propostas de emenda – não muitas, porque de antemão condenado à derrota sumária – para excluir da anistia os torturadores e os assassinos da repressão desenfreada.

É que – na linha do parecer que redigira, e que a Ordem, sem discrepância, aprovara –, também no Congresso Nacional, a batalha efetivamente se concentrou na ampliação da anistia, de modo a retirar do projeto governamental, a execrável regra de exclusão dos já condenados por ações violentas de oposição à ditadura. Exclusão tão mais odiosa na medida em que – contrariando o caráter objetivo do conceito de anistia – discriminava entre agentes do mesmo fato, conforme já estivessem ou não condenados.

A orientação de Teotônio – que Raphael e eu municiávamos – foi espargir emendas para todos os gostos, até identificar uma, de aprovação viável.

A eleita – pelo conteúdo e pela respeitabilidade do subscritor, o Deputado Djalma Marinho – um ex- udenista que continuou fiel ao discurso libertário da UDN: nela além de suprimir a odiosa regra de exclusão do §2º, ampliava-se o raio de compreensão do § 1º, de modo a tornar indiscutível que a anistia – malgrado beneficiasse os torturadores também alcançaria que a linguagem oficial rotulava de “terroristas”, já condenados ou não.

A Emenda Djalma Marinho – sustentada pelo discurso candente de Teotônio – contra toda força ainda esmagadora do governo autoritário –, dividiu literalmente a Câmara dos Deputados: foi rejeitada por 206 contra 202 votos!

A derrota sofrida no processo legislativo se converteu em vitória, vindas de onde menos se esperava: à base do princípio da igualdade, o Superior Tribunal Militar estendeu aos já condenados a anistia concedida aos acusados, mas ainda não julgados, dos mesmos crimes políticos .

Desculpem-me pelo tom de antecipadas “memórias póstumas” deste depoimento.

Se não pude evitá-lo, é por que a minha convicção jurídica continua a mesma do parecer apresentado à Ordem, em 1979: não obstante

toda nossa repulsa à tortura estatal, os torturadores foram, sim, anistiados pela lei de 1979.

E lei de anistia é essencialmente irreversível, porque implica, na lição dos mestres, tornar não criminosos atos criminosos ao tempo de sua prática. E, por isso, sua eficácia jurídica se exaure e se faz definitiva, no momento mesmo em que entra em vigor.<sup>34</sup>

Com efeito, a anistia, como concedida, de forma ampla, geral e irrestrita, nas palavras do Exmo. Sr. Ministro Eros Grau, representou uma “transição conciliada, suave em razão de certos compromissos”. Não se há de negar que a opção que se impunha “era ceder e sobreviver ou não ceder e continuara a viver em angústia (em alguns casos nem mesmo viver)”. Assim é que foram todos absolvidos “uns absolvendo-se a si mesmos”.

Avança o Exmo. Ministro Relator para concluir que é “inadmissível desprezarmos os que lutaram pela anistia como se o tivessem feito, todos, de modo ilegítimo. Como se tivessem sido cúmplices dos outros”.

## 5 DA FUNDAÇÃO DO ATUAL ESTADO BRASILEIRO

Ao que se infere dos fatos, a conciliação conduziu, em última análise, à inauguração de um novo regime constitucional democrático, pelo qual a Ordem dos Advogados do Brasil ativamente atuou na representação da vontade popular.

A esse raciocínio conduzem o Exmo. Sr. Ministro Gilmar Mendes, ancorado na mais moderna doutrina tedesca, para quem “não há como negar a ‘comunicação entre norma e fato’”<sup>35</sup>, e o Professor André Ramos Tavares, o qual, acerca da importância dos fatos na caracterização da inconstitucionalidade das normas, pondera que, “a consideração dos fatos é intrínseca ao próprio pensamento jurídico, que não se pode ver despojado, pura e simplesmente, da apreciação das hipóteses pressupostas ou adotadas pela norma.”<sup>36</sup>

<sup>34</sup> CARTA MAIOR. PNDH 3 é fiel à Constituição, diz Sepúlveda Pertence. *Revista Carta Maior*. 18 jan. 2010. Disponível em: <[http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia\\_id=16339](http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=16339)>. Acesso em: 19 maio 2012.

<sup>35</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à lei nº 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 171.

<sup>36</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 187.

E outra não poderia ser a ilação alcançada na presente análise, tendo em vista que, conforme se extrai do voto proferido pelo mesmo Exmo. Ministro Gilmar Mendes:

A EC nº 26, de 1985, constitui um peculiar ato constitucional, que não tem natureza própria de emenda constitucional. Em verdade, trata-se de um ato político que rompe com a Constituição anterior e, por isso, não pode dela fazer parte, formal ou materialmente. Ela traz novas bases para a construção de outra ordem constitucional.

[...]

A EC 26/85 muito se aproxima de um modelo de revisão total instaurado pela própria ordem constitucional, sem maiores rupturas do ponto de vista histórico-político.

Devemos refletir, então, sobre a própria legitimidade constitucional de qualquer ato tendente a revisar ou restringir a anistia incorporada à EC nº 26/85. Parece certo que estamos, dessa forma, diante de uma hipótese na qual estão em jogo os próprios fundamentos de nossa ordem constitucional.

Enfim, a EC nº 26/85 incorporou a anistia como um dos fundamentos da nova ordem constitucional que se construía à época, fato que torna praticamente impensável qualquer modificação de seus contornos originais que não repercuta nas próprias bases de nossa Constituição e, portanto, de toda a vida político-institucional pós-1988.<sup>37</sup>

Recorde-se que a Emenda Constitucional nº 26/85 convocou Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, mediante a reunião unicameral dos Membros da Câmara e do Senado, a ser instalada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal na sede do Congresso Nacional (*vide* arts. 1º e 2º<sup>38</sup>).

<sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Constitucional. Controle abstrato de constitucionalidade. Anistia política. Improcédência. ADPF nº

153. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 19 maio 2012.

<sup>38</sup> Art. 1º Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional.

Art. 2º O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembléia Nacional Constituinte e dirigirá a sessão de eleição do seu Presidente.

A par das disposições preliminares acerca da composição, poderes e modo de deliberação da Assembléia Nacional Constituinte, a Emenda Constitucional nº 26/85 tratou unicamente da anistia, para concedê-la a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares, bem como aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, e aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.

Salta aos olhos que, dos 05 (cinco) artigos que compõem a Emenda Constitucional nº 26/85, 03 (três) se destinam à operacionalização da Assembléia Nacional Constituinte e os outros 02 (dois) tratam unicamente da anistia, reafirmando-a em toda a amplitude concedida pela Lei nº 6.683/79.

Assim é que a anistia como concedida pelo legislador ordinário, ampla, geral e irrestrita, apaziguadora de ânimos mediante o perdão concedido aos opositores do regime e, igualmente, aos seus representantes, foi alçada a *status constitucional*, pela deliberação soberana da Mesa da Câmara dos Deputados e da Mesa do Senado Federal<sup>39</sup> em 27 de novembro de 1985, já sob o governo civil do Presidente José Sarney<sup>40</sup>.

## 6 DOS FUNDAMENTOS DA ATUAL ORDEM CONSTITUCIONAL

Infere-se, pois, que ao reavivar a intenção conciliatória encartada na Lei nº 6.683/79, o Poder Constituinte verdadeiramente originário, porquanto representante da ruptura democrática e pacífica com o regime militar, alçou a anistia ampla, geral e irrestrita à categoria de norma fundante de todo o regime político democrático que estava por vir.

A esse respeito, o Exmo. Sr. Ministro Eros Grau pontuou:

---

<sup>39</sup> À época da edição da Emenda Constitucional nº 26/85, a Mesa da Câmara dos Deputados era presidida pelo Deputado Ulisses Guimarães, destemido opositor da ditadura militar, incansável na luta pela redemocratização do Brasil.

<sup>40</sup> Tancredo Neves foi eleito presidente do Brasil em 15 de janeiro de 1985, pelo voto indireto de um colégio eleitoral, tendo falecido em 21 de abril do mesmo ano, antes mesmo de ser empossado. (Biblioteca da Presidência da República. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/ex-presidentes/tancredo-neves>>. Acesso em: 05 mar. 2013)

Eis o que se deu: a anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Não que a anistia que aproveita a todos já não seja mais a da lei de 1979, porém a do art. 4º, §1º, da EC 26/85. Mas estão todos como que [re]anistiados pela emenda, que abrange inclusive os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal. Por isso não tem sentido questionar se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988. Pois a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A norma prevalece, mas o texto --- o mesmo texto --- foi substituído por outro. O texto da lei ordinária de 1979 resultou substituído pelo texto da emenda constitucional.

A emenda constitucional produzida pelo Poder Constituinte originário constitucionaliza-a, a anistia. E de modo tal que --- estivesse o § 1º desse artigo 4º sendo questionado nesta ADPF, o que não ocorre, já que a inicial o ignora --- somente se a nova Constituição a tivesse afastado expressamente poderíamos tê-la como incompatível com o que a Assembléia Nacional Constituinte convocada por essa emenda constitucional produziu, a Constituição de 1988.<sup>41</sup>

Sem a anistia, decreto, e como acima demonstrado, o retorno a um Estado Democrático de Direito não teria sido possível, não como o foi, nem na mesma época. A conciliação, através de ampla participação da sociedade civil organizada, foi consentida pela estrutura de poder dominante, de forma que a ruptura constitucional deu-se, verdadeiramente, como uma revolução às avessas, em que a força, ainda que violenta, renuncia-se a si mesma para permitir o advento de uma nova era democrática, para aquiescer à formação de um novo Estado Brasileiro, mediante a convocação de eleições livres, para permitir ao povo a retomada da titularidade da soberania nacional.

Acerca da ruptura epistemológica e jurídica representada pelo advento da Emenda Constitucional nº 26/85, colham-se as lições do Prof. Tércio Sampaio Ferraz Junior, invocadas pelo Exmo. Ministro Relator Eros Grau:

<sup>41</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Constitucional. Controle abstrato de constitucionalidade. Anistia política. Improcédência. ADPF nº

153. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 19 maio 2012.)

53. O que importa ainda é seguirmos a exposição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior a respeito da EC 26/85, cujo artigo 1º conferiu aos membros da Câmara dos Deputados e ao Senado o poder de se reunirem unicameralmente em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional. Daí que ela é dotada de caráter constitutivo. Instala um novo sistema normativo.

Diz o Professor Tércio que, “ao promulgar emenda alterando o relato da norma que autoriza os procedimentos para emendar, o receptor (poder constituído) se põe como emissor (poder constituinte). Isto é, já não é a norma que autoriza os procedimentos de emenda que está sendo acionada, mas uma outra, com o mesmo relato, mas com outro emissor e outro receptor. É uma norma nova, uma norma-origem”. Essa nova norma tem caráter constitutivo, constitui ela própria o comportamento que ela mesma prevê. E conclui: “... quando o Congresso Nacional promulga uma emenda (nº 26) conforme os artigos 47 e 48 da Constituição 67/69, emenda que altera os próprios artigos, não é a norma dos artigos 47 e 48 que está sendo utilizada, mas uma outra, pois o poder constituído já assumiu o papel de constituinte.

[...]

55. A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura a nova ordem constitucional. Consistência a ruptura da ordem constitucional que decairá plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988. Consistência, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade.

Daí que a reafirmação da anistia da lei de 1979 já não pertence à ordem decaída. Está integrada na nova ordem.

Compõe-se na origem da nova norma fundamental.

De todo modo, se não tivermos o preceito da lei de 1979 como abrogado pela nova ordem constitucional, estará a coexistir com o § 1º do artigo 4º da EC 26/85, existirá a par dele [dicção do § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil]. O debate a esse respeito seria, todavia, despicando. A uma por que, como vimos, foi mera lei-medida, dotada de efeitos concretos, exauridos --- repito, parenteticamente, o que observei linhas acima: a lei -medida

consustancia um comando concreto revestindo a forma de norma geral, mas traz em si mesma o resultado específico pretendido, ao qual se dirige; é lei apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material; é lei não-norma. A duas por que o texto de hierarquia constitucional prevalece sobre o infraconstitucional quando ambos coexistam.

56. Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, teremos que sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável. A nova ordem compreende não apenas o texto da Constituição nova, mas também a norma-origem.

No bojo dessa totalidade --- totalidade que o novo sistema normativo é --- tem-se que “[é] concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos” praticados no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.

Por isso não se pode divisar antinomia de qualquer grandeza entre o preceito veiculado pelo § 1º do artigo 4º da EC 26/85 e a Constituição de 1988.<sup>42</sup>

## 7 DA NOÇÃO DE BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE

Tem-se, pois, na esteira do entendimento sufragado pelo E. Supremo Tribunal, que a anistia constitui fundamento do próprio regime democrático vigente, princípio assegurador de todo o ordenamento jurídico inaugurado pela Constituição Cidadã.

Formaria, pois, com ela um verdadeiro *bloco de constitucionalidade*<sup>43</sup>, em que os valores fundamentais da ordem constitucional, ainda que não expressos no seu corpo normativo, representam um todo unitário e indissociável de direitos, liberdades e princípios, como referência para todas as instituições, no intuito de garantir as heranças revolucionárias.

---

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Constitucional. Controle abstrato de constitucionalidade. Anistia política. Imprecedência. ADPF nº

153. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 29 de abril de 2010. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 19 maio 2012)

<sup>43</sup> Segundo Uadi Lâmmego Bulos, bloco de constitucionalidade há de ser entendido como o “conjunto de normas e princípios, extraídos da constituição, que serve de paradigma para o Poder Judiciário averiguar a constitucionalidade das leis.” (BULOS, Uadi Lâmmego. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 100)

Segundo José Afonso da Silva<sup>44</sup>, a EC n.º26, de 1985, precisamente por convocar a Assembleia Nacional Constituinte deve ser considerada verdadeiro ato político, pelo que não possuiria natureza de emenda constitucional, posto que não visava à manutenção da ordem primitiva, mas, ao revés, visava à sua desconstituição, à inauguração de um novo Estado de Direito.

Na lição de André Ramos Tavares<sup>45</sup>:

Portanto, é imperioso distinguir a força constituinte, ou poder constituinte propriamente originário, característicos de momentos de ruptura forçada e inevitável, como revoluções e independência de Estados, que apenas respeita a si mesma, do poder constituinte historicamente situado, que, nesse sentido, seria muito mais limitado em seu atuar, por vezes instituído legalmente (e assim admitido) pela ordem jurídica anterior. Veja-se o caso brasileiro, em que se utilizou a emenda à Constituição para deflagrar o processo constituinte de 1.987, convocando-se uma Assembléia Constituinte, o que de certa forma convalida a utilização tradicional do termo ‘poder’ (como algo delimitado pelo Direito, afastando-se da noção de Lassale) para qualificar esse momento constituinte, ao mesmo tempo que não se pode deixar de reconhecer que se subverte a idéia de independência plena que acompanha tradicionalmente a força constituinte ou poder constituinte genuíno.

Ousamos, pois, discordar de Uadi Lâmmego Bulos, por entendermos, na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal, que não só os preceitos insculpidos na Constituição de 1988 servem de parâmetro constitucional. Como demonstrado, a própria EC nº 25, de 1985, é com ela considerada um feixe harmônico de princípios implícitos, explícitos e cogentes<sup>46</sup>.

A anistia concedida pela Lei nº 6.683/79, assim, teria sido erguida à condição de *norma fundamental* da nova ordem constitucional, incorporando-se ao novo ordenamento, sobre o qual, intrinsecamente, irradia seus efeitos. Tal é o motivo pelo qual a superveniência da decisão

---

<sup>44</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27.ed. p.87. Apud LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 11.ed. rev., atual.e ampl. São Paulo: Método, 2007. p. 101.

<sup>45</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 40-1

<sup>46</sup> BULOS, op. cit., p. 100-101.

proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos não poderia, sob essa perspectiva, modificar o entendimento adotado pelo E. Supremo Tribunal Federal.

## **8 DA COMPETÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA CRIMINAL**

Eventual declaração de não-recepção da Lei nº 6.683/79 implicaria, de imediato, na responsabilização de todos aqueles que, durante o regime militar, vieram a cometer crimes políticos ou conexos.

Não obstante o anseio daqueles que pretendem submeter à apreciação do Poder Judiciário os responsáveis pelas incontáveis violações aos direitos humanos cometidas durante o período ditatorial, acerca da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria criminal, o Exmo. Juiz Ad Hoc Roberto de Figueiredo Caldas, por ocasião da prolação de sentença da Corte Interamericana De Direitos Humanos no caso Gomes Lund E Outros (“Guerrilha Do Araguaia”) Vs. Brasil, alertou em seu voto, *in verbis*:

28. É bom frisar que embora esta Corte tenha competência para guardar e interpretar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em certos casos é levada a tomar conhecimento de crimes. A Corte carecerá, por óbvio, de competência para julgar penalmente os indivíduos pelos crimes, mas terá a competência para analisar os fatos e a eles aplicar consequências em sua esfera de atuação, condenando o Estado que permitiu ou agiu para que os crimes fossem perpetrados. E ao conhecer da matéria, a Corte tem a obrigação de aplicar o Direito à espécie concreta, sob pena de injustificável omissão. E ao classificar um crime como de lesa-humanidade ou crime grave contra direitos humanos, a Corte faz de maneira incidental (*obeter dictum*<sup>[sic]</sup>) e não vinculante da esfera penal, nacional ou internacional.

É a própria CIDH quem reconhece a limitação de suas atribuições. É ela quem subtrai do seu espectro de competências a apreciação de fatos criminosos relacionados à violação de direitos humanos, pelo que não se haveria de entender submetido a efeito vinculante o entendimento do E. Supremo Tribunal Federal que, no exercício da sua competência precípua, como guardião da Constituição, considerou anistiados todos os crimes políticos, bem como aqueles com eles conexos, em razão do amplo, geral e irrestrito perdão concedido pela Lei nº 6.683/79, posteriormente elevado ao patamar de princípio fundante de toda a ordem constitucional ora vigente.

## 9 CONCLUSÕES

O presente estudo destinou-se a investigar a existência ou não de raízes constitucionais da anistia política no atual ordenamento jurídico brasileiro bem como os limites e repercussões das decisões condenatórias internacionais na soberania brasileira.

A partir do julgamento da ADPF nº 153/DF, restou assentada a impossibilidade de imputação de conduta criminosa aos representantes do Regime Militar por ocasião do desempenho de suas funções durante a antiga Ordem Constitucional, porquanto sufragado o entendimento segundo o qual a anistia assegurada pela Lei nº 6.683/79, seria ampla, geral e irrestrita, de modo a atingir, indistintamente, opressores e oprimidos, partidários do regime e seus opositores.

É como verdade que os fatos devem ser lembrados. Fatos verdadeiros de um passado que não poderá ser repetido. Tal é o objetivo da Comissão criada pela Lei n.º 12.528, de 18 de novembro de 2011. Verdade como antônimo de esquecimento, segundo as palavras da Exma. Sra. Presidenta Dilma Rousseff, testemunha viva das agruras do passado. Verdade que, contudo, na esteira do que entendeu o E. Supremo Tribunal Federal, não poderá mais ser atingida, nem para apaziguar ânimos, para calar os gritos que ainda ecoam pela dor dos que se foram, ou para fechar as feridas abertas pela tortura.

Acompanhamos o entendimento do E. Supremo Tribunal Federal. O cenário histórico que levou à edição da Lei da Anistia, à edição da Emenda Constitucional nº 26/85 e, por fim, à convocação da Assembleia Nacional Constituinte que, soberanamente, promulgou a Constituição Cidadã de 1988 a outra conclusão não poderia levar. Foi assim que a História se fez no Estado Brasileiro. À semelhança do que ocorreu em outras nações do mundo, a anistia política no Brasil representou uma rendição concedida pelos detentores do poder, em troca da intangibilidade de suas culpas.

Por fim, cumpre registrar que não constitui objetivo da presente análise a defesa de qualquer ato ou autoridade envolvida historicamente com o período ditatorial. O que se buscou, ao revés, foi uma análise de todos os aspectos que levaram o E. Supremo Tribunal Federal ao reconhecimento da recepção da Lei da Anistia pela Constituição Federal de 1988, em respeito à integridade do ordenamento jurídico como sistema.

## REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. *Biblioteca da Presidência da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/pagina-inicial-3>>. Acesso em: 05 mar. 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 19 maio 2012.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Coordenador-Geral: Marcelo D. Torelly. Brasília: Ministério da Justiça. n. 7, jan./jun. 2012.

BULOS, Uadi Lâmmego. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARTA MAIOR. PNDH 3 é fiel à Constituição, diz Sepúlveda Pertence. *Revista Carta Maior*: 18 jan. 2010. Disponível em: <[http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia\\_id=16339](http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=16339)>. Acesso em: 19 maio 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf)>. Acesso em: 19 maio 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Depoimento prestado à Fundação Perseu Abramo, publicado em 23.04.2006. Disponível em: <<http://www.fpabramo.org.br/o-que-fazemos/memoria-e-historia/exposicoes-virtuais/dalmo-dallari>>. Acesso em: 19 maio 2012.

GASPARI, Élio. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 11.ed. rev., atual .e ampl. São Paulo: Método, 2007.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à lei nº 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

# **NOTAS SOBRE A EVOLUÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL RELATIVA AOS DEVERES DE FAZER E DE NÃO FAZER**

***NOTES ON THE EVOLUTION OF PROCEDURAL  
PROTECTION CONCERNING DUTIES TO PERFORM AND  
NOT TO PERFORM AN ACTION***

*Lívio Goellner Goron  
Procurador da Fazenda Nacional  
Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/RS  
Especialista em Direito Público*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A “Crônica Inadequação” da Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer: um paradigma e suas origens; 2 Breve Esboço Histórico: das raízes à construção do “processo de conhecimento”; 3 A Trajetória Peculiar do Processo Civil Brasileiro; 4 O Ciclo de Reformas do CPC/73 e a Reconstrução do Sistema de Tutela Processual; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O artigo examina o tema da tutela processual relativa aos deveres de fazer e de não fazer numa perspectiva histórica, investigando, num primeiro momento, as premissas que ampararam a construção do instituto no texto original do “Código Buzaid” e as reconhecidas limitações desse modelo. A seguir, aborda as reformas legislativas do processo civil brasileiro que permitiram o resgate da tutela interdital no marco de um modelo procedural flexível de tutela processual, destacando notadamente a substituição da tutela condenatória pelas tutelas ditas mandamental e executiva (*lato sensu*), como instrumentos mais adequados ao implemento das prestações de fazer e não fazer.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tutela Processual. Procedimento Ordinário. Obrigações de Fazer e de Não fazer. Tutela Condenatória. Tutelas Mandamental e Executiva.

**ABSTRACT:** This article addresses the issue of the procedural protection of duties to perform (and not to perform) an action from a historical perspective. The article begins by investigating the foundations that resulted in the construction of this institution in the original text of the Brazilian “Code Buzaid” (1973), a model that suffered from severe limitations. Next, the article examines the legislative reforms to the Brazilian Procedural Code (CPC), which introduced injunctive remedies within the context of a flexible model. As a part of such reform process, condemnation decisions (“sentenças condenatórias”) were replaced in the Code by injunctive and executive remedies, instruments considered more suitable for the enforcement of duties to perform (and not to perform) actions.

**KEYWORDS:** Procedural Protection. Ordinary Procedure. Duties to Perform and not Perform an Action. Condemnation Decisions. Injunctive and Executive Remedies.

## INTRODUÇÃO

Os mecanismos de tutela jurisdicional que visam à realização das *prestações de fato* e das *prestações de abstenção* representam sem dúvida um dos pontos nevrálgicos de qualquer sistema processual que aspire a uma proteção efetiva dos direitos e à afirmação dos direitos fundamentais previstos pela Constituição, dentro e fora do espaço do processo.

O processo civil brasileiro experimentou no espaço dos últimos anos uma transformação profunda e substantiva nas estruturas processuais que servem à tutela desses direitos subjetivos – tendo como pano de fundo, nem sempre bem percebido, a retomada de alguns aspectos da experiência jurídica luso-brasileira que haviam sido deixados de lado por uma atitude metodológica tida como “moderna”.

Na presença de tal cenário, o presente artigo tem como propósito oferecer uma perspectiva histórica da evolução do sistema de tutela específica relativa aos deveres de fazer e de não fazer, mediante a investigação (1) dos fundamentos ideológicos que presidiram o modelo original do CPC de 1973, justificadamente reconhecido como ineficaz, e (2) das premissas que orientaram a (re)construção de um modelo de índole flexível nas recentes reformas do Código, centrado no artigo 461 e seus parágrafos – modelo este potencialmente mais adequado para proporcionar uma tutela efetiva dos direitos às prestações de fato.

### 1 A “CRÔNICA INADEQUAÇÃO” DA TUTELA RELATIVA AOS DEVERES DE FAZER E DE NÃO FAZER: UM PARADIGMA E SUAS ORIGENS

No sistema original desenhado pelo Código de Processo Civil de 1973, o cumprimento dos deveres de fazer e não fazer presumia uma demanda de natureza condenatória, resultante na formação de um título executivo, à qual se seguia um processo autônomo de execução de sentença (artigo 632)<sup>1</sup>.

No seu geral, a doutrina brasileira concorda em que a estrutura do Código se mantinha muito distante do ideal quanto a esse aspecto.

O Código ressentia-se da carência de mecanismos eficientes para a prestação da tutela específica. No tocante à tutela dos deveres

<sup>1</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 1, tomo II. 6. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 39.

de fazer fungíveis, o pedido, se procedente, daria ensejo a sentença condenatória, seguida por ação de execução. Na execução, em caso de novo descumprimento pelo infrator após a citação, exigia-se a nomeação de um terceiro, que executaria o serviço às expensas do autor (artigo 634, parágrafo 7º)<sup>2</sup>. A regulação dos meios sub-rogatórios, mediante prestação por terceiro (artigo 634) ou pelo próprio credor (artigo 637), mostrava-se complexa e de difícil aplicação.

Melhor sorte não acompanhava a tutela dos deveres infungíveis. Carecia o Código de meios coercitivos eficientes, sendo a multa pecuniária por dia de atraso (artigo 644) aplicável somente quando constasse pedido expresso da inicial da ação de conhecimento, e apenas em “caso de descumprimento da *sentença*” (artigo 287 e 645), deixando desprotegidas diversas situações relativas a deveres de fazer (e especialmente aos deveres de não fazer)<sup>3</sup>. Conforme acentua Luiz Guilherme Marinoni, ao limitar a imposição da multa à sentença o Código deixava ao desamparo o emprego mais relevante da técnica considerada – o de servir de veículo para a tutela preventiva<sup>4</sup>.

Dianete da deficiência do Código original, restou aos jurisdicionados o emprego anômalo de outros instrumentos. Visando à proteção preventiva em face de deveres de não fazer, por exemplo, propunha-se com freqüência a demanda declaratória, “acompanhada ou antecedida de ação cautelar ‘inominada’, esta destinada a antecipar efeitos da tutela de conhecimento, como, por exemplo, a expedição de uma ordem de abstenção.”<sup>5</sup>.

Tais carências não eram exclusividade do processo brasileiro. Acusando lacuna semelhante na disciplina normativa do CPC italiano, defendia Ferrucio Tommaseo que a execução dos provimentos de urgência não devesse obedecer ao procedimento de execução forçada – próprio das prestações pecuniárias –, mas sim uma “execução processual” diferenciada, fruto de sua *executoriedade intrínseca*, a qual permitiria ao

---

<sup>2</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In: *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 201.

<sup>3</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 165-166.

<sup>4</sup> Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In: *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 200.

<sup>5</sup> ZAVASCKI, op. cit., p. 167.

juiz regular, discricionariamente, na decisão antecipatória, os meios destinados a concretizá-la<sup>6</sup>.

Ocorre que, longe de constituir uma criação arbitrária, esse ineficiente modelo de tutela processual – perfeitamente refletido, como se pôde ver, na legislação brasileira que vigorava ao final do século passado – *espelhava os resultados de uma trajetória ideológica que lançara raízes profundas na ciência processual civil*.

Como adverte Michele Taruffo, as escolhas fundamentais sobre os fins do processo civil são essencialmente ideológicas, mesmo quando se apresentam como neutros produtos da técnica. Estão influenciadas pelos valores dominantes e são produto de um consenso sócio-político, antes que jurídico. A técnica pode fabricar o instrumental, *porém é a ideologia quem fixa os escopos do processo*<sup>7</sup>.

Compreender a evolução das tutelas relativas aos deveres de fazer e não fazer de valor torna-se, portanto, um empreendimento valioso – não somente para iluminar as correntes culturais que alimentaram o Código Buzaid, mas sobretudo para compreender as alterações que atingiram o processo civil brasileiro no curso dos últimos quinze anos.

## 2 BREVE ESBOÇO HISTÓRICO: DAS RAÍZES À CONSTRUÇÃO DO “PROCESSO DE CONHECIMENTO”

O problema da execução específica das obrigações de fazer e de não fazer remonta ao Direito Romano e seu conceito de obrigação. Em Roma a impossibilidade da execução coativa não era tema restrito aos deveres de prestação de fato, pois, em termos gerais, a inexecução de qualquer obrigação deveria resultar numa condenação pecuniária. Entretanto, a questão se colocava de maneira mais acentuada quanto àquela categoria.

A ordem jurídica romana não concebia pudesse alguém ser constrangido a praticar ato contra sua vontade. Mesmo na fase tardia do Direito Romano, quando exceções foram abertas com relação a outras espécies de deveres, conservou-se firme a proibição da execução

6 *I provvedimenti d'urgenza: struttura e limiti della tutela anticipatoria*. Padova: CEDAM, 1983. p. 332 - 333; 340- 342.

7 *Cultura e processo. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milão, ano 63, n. 1, p. 63-92, 2009. p. 70-71.

específica das obrigações de fazer<sup>8</sup>, sendo bem definida pelo aforismo *nemo praecise ad factum cogi potest* (“ninguém pode ser coagido à prestação de um fato”).

Essa premissa ideológica desfavorável ao adimplemento específico das prestações de fato serve de ponto de partida para explicar a debilidade dos respectivos instrumentos de tutela, os quais atravessariam uma evolução histórica bastante característica.

O Direito Romano formulava uma significativa distinção entre a *actio* e os *interdicta*. O procedimento privado da *actio* notabilizava-se pela *inexistência de atividade executiva* no seu interior<sup>9</sup>. Já os *interdicta* eram considerados “providências de natureza administrativa, exercidos pelo *praetor* romano, distintas da verdadeira jurisdição”. Apesar disto, calha registrar que a tutela interdital reunia alcance expressivo na experiência jurídica romana, insinuando-se em diversos setores da vida social: foram contabilizadas, com efeito, aproximadamente sessenta situações que admitiam essa espécie de proteção<sup>10</sup>.

Fica a pergunta: como pôde a influência dos interditos diluir-se, até resultar, nos tempos modernos, em uma função jurisdicional predominantemente destituída de *imperium*, e, como tal, *cronicamente inadequada* para a prestação da tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer?

A resposta não é simples, e envolve fatores diversos. Considere-se, de início, que a relação do processo civil moderno com o direito romano foi intermediada pela influência cristã do período tardio. No período pós-clássico os princípios cristãos introduziram no Direito Romano valores inovadores, por vezes opostos àqueles que formavam a tessitura do direito clássico<sup>11</sup>.

---

8 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 1, tomo II. 6. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 27.

9 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 24-25.

10 MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 26.

11 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 91. Sobre a influência do cristianismo na formação do processo comum medieval confira-se ainda: MACEDO, Elaine Harzheim. *Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 197-199.

A mudança do substrato ideológico da sociedade romana correspondeu a modificações nas formas jurídico-processuais, cujos efeitos se estenderam ao período medieval.

Merece relevo, neste particular, o fenômeno da “pessoalização” dos direitos reais, o qual correspondeu a uma verdadeira alteração de paradigma no âmbito na ciência jurídica<sup>12</sup>. Trata-se de um acontecimento de grande repercussão, vinculado a circunstâncias históricas e ideológicas longamente desaparecidas, mas que ainda imprime seus efeitos sobre a ciência do processo<sup>13</sup>.

A pessoalização liga-se à *universalização da sentença condenatória*, que passou a ser concebida como forma de tutela por excelência oferecida pelo sistema processual a todos os direitos cuja satisfação reclama uma atividade judiciária material, não se satisfazendo com a produção de efeitos apenas “jurídicos”.

Apesar de a universalização da sentença condenatória constituir obra do processo comum medieval, resultante do trabalho dos compiladores, ela deu curso a tendência que já se anunciava no *direito romano tardio*, quando a classe das “obrigações legais” foi agregada às tradicionais fontes romanas das obrigações (o delito e o contrato), nascendo desse processo modificativo a concepção de que os vínculos obrigacionais podem ser emanados diretamente da lei<sup>14</sup>.

Referido fenômeno reduziu todas as relações jurídicas das quais decorrem deveres a relações de “débito-crédito”. Ampliado o campo das obrigações, deu-se o alargamento da *actio romana* no âmbito processual, de tal modo que a proteção jurisdicional assegurada a todo dever jurídico devesse conduzir necessariamente a uma condenação.

12 Paradigmas, na acepção de Thomas Kuhn constituem -se em pressupostos ou premissas de construção de uma concepção científica, permitindo-a estruturar-se como ciência “normal”, em oposição a uma “ciência revolucionária” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense: 2004. p. 30).

13 Observa Zagrebelsky ser uma característica das grandes concepções jurídicas a sua “força de inércia”, que lhes permite continuar atuando residualmente, ainda quando tenham perdido sua razão de ser pela mudança das circunstâncias originais (*El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad.: Marina Gascón. 7. ed. Madri: Trotta, 2007.p. 41).

14 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense: 2004. pp. 132-133; Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 67-68. MITIDIERO, Daniel Francisco. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. p. 34.

Os interditos foram enfraquecidos pelo fenômeno da pessoalização, perdendo seu caráter autônomo e resultando finalmente absorvidos pela *actio*<sup>15</sup>. A equação *obligatio-actio-condemnatio* generalizou-se na experiência jurídica. O procedimento da *actio*, que no *ordo judiciorum privatorum* fora direcionado para a tutela das relações obrigacionais, de natureza privada, acabou se estendendo na direção de outras modalidades de direitos subjetivos.

A queda do Império Romano intensificou tais acontecimentos ao dissolver o *imperium* do magistrado, ficando as funções executivas e mandamentais sufocadas pela tutela condenatória. Assim, o fenômeno, como um todo, teve impulsos mais políticos do que jurídicos.

No período medieval, sob o influxo dos valores cristãos de proteção ao devedor e réu, os institutos herdados do processo romano acabaram por suplantar as formas primitivas do processo germânico. Consolidava-se, desta forma, a supremacia da *condemnatio* sobre as formas de tutela executiva que durante algum tempo ainda se fizeram presentes<sup>16</sup>.

É bem verdade que o direito medieval também assistiu, nesse período, à redescoberta de uma tutela sumária de corte *interdital*, destinada à rápida proteção de direitos. A conciliação de tal expediente com o dogma da intangibilidade da vontade nascia da compreensão de que as medidas coercitivas não pressionavam o pecador, antes o induziam ao arrependimento e à reconciliação com a justiça.

Todavia, devido à ignorância dos glosadores medievais sobre a real extensão dos interditos no Direito Romano (supunham tais artifícies, incorretamente, que a função dos *interdicta* estivesse restrita à proteção da posse), semelhante retomada do procedimento interdital acabou se viabilizando por meio do *alargamento artificial* do conceito de posse. Na verdade, a proteção cominatória recebeu uma progressiva depuração dos seus traços interditais durante a evolução do processo medieval<sup>17</sup>, de modo que a própria tendência geral no sentido da universalização da *condemnatio* não foi interrompida.

---

15 MACEDO, Elaine Harzheim. *Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 194.

16 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 100-101..

17 TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa*: CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 47-48 e 109.

A seu tempo, o Iluminismo criou as condições para que a metodologia do Direito fosse assimilada à das ciências exatas, na sua busca incessante da “verdade”. Ao proceder assim, auxiliou a proscrever do discurso jurídico a “lógica da argumentação” e a repudiar os compromissos da tradição medieval com o passado – inclusive nos aspectos que ainda a ligavam à tutela interdital.

O nascimento da ciência processual no século XIX traria consigo a chancela do ideal racionalista, cujas aspirações de neutralidade somente o procedimento ordinário seria capaz de assegurar, na exata medida em que *subordina o julgamento e a intervenção do Poder Judiciário sobre o mundo sensível a um prévio e exaustivo conhecimento dos fatos pelo julgador*. Referida ideologia – como bem refere Ovídio Baptista da Silva – “é responsável pela irresistível tendência, a que, a que estão expostos os processualistas, de privilegiar sempre as *demandas plenárias*, com supressão das formas sumárias de tutela processual, independentemente do elevado custo social que esta opção possa provocar”<sup>18</sup>.

Essa concepção explica as profundas razões pelas quais o processo civil moderno acolheu o caráter universal da sentença condenatória e a supressão da tutela interdital<sup>19</sup>. Como a *actio* não compreendia atividade executiva no seu interior, limitando-se à cognição dos fatos e do direito<sup>20</sup>, o resultado não poderia ser outro senão a edificação de um processo puramente cognitivo, com a execução segregada a um processo autônomo.

Lançavam-se, dessa forma, as bases do “Processo de Conhecimento”, legítima peça de *arqueologia jurídica* “exumada do direito privado romano e universalizada pelo liberalismo europeu dos séculos XVIII e XIX, de inspiração francesa”<sup>21</sup>.

Por meio de Bernhard Winsdscheid, e sob a influência do racionalismo jurídico<sup>22</sup>, a idéia da “pessoalização dos direitos reais”

<sup>18</sup> SILVA, Ovídio Araújo Batista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 115 e 132.

<sup>19</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense: 2004. p. 132-133.

<sup>20</sup> SILVA, op. cit., p. 24

<sup>21</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A “plenitude de defesa” no processo civil. In: *As garantias do cidadão na justiça*. Coord.: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 151.

<sup>22</sup> Para uma visão crítica do racionalismo jurídico, ver MACEDO, Elaine Harzheim; DUTRA, Fernanda Arruda. Efetividade versus morosidade da prestação jurisdicional: reflexões sob o (des)velamento de um paradigma. *Justiça do direito*, Passo Fundo, v. 19, n. 1, p. 35-47, 2005. p. 37.

encontrou sua sistematização e foi definitivamente incorporada pela ciência do processo. O domínio do paradigma iluminista conduziu ao dogma da neutralidade da ciência processual e à perda do sentido histórico das instituições do processo, que passaram a ser pensadas como se fossem exclusivas criações atemporais da lógica, sem tempo e lugar próprios<sup>23</sup>.

A tendência em questão alcançou seu paroxismo no início do século XX. Se a escola histórico-dogmática italiana teve um mérito inegável, este certamente foi o de buscar reconstruir o processo em base publicísticas, emprestando-lhe autonomia e dignidade científica.

No entanto, tal desiderato afastou perigosamente os processualistas de seu compromisso com as necessidades do direito material. No afã de afirmar o processo civil como ciência autônoma a doutrina apartou o processo do direito material, proscrevendo a noção de instrumentalidade<sup>24</sup>.

A elaboração teórica da ação abstrata, pedra de toque desse projeto autonomista, criou uma perigosa cisão entre direito material e processo, colaborando para formar a convicção – hoje sabidamente equivocada – de que a tutela jurisdicional pode assumir uma forma única e neutra, indiferente aos interesses materiais<sup>25</sup>.

A fórmula da ação processual uma e abstrata representou um traumático rompimento com a diferenciação e adequação das tutelas

---

23 É oportuna, neste contexto, a advertência de Ovídio Baptista da Silva: “Falta-se nos capacidade de perquirir, ou mesmo interessar-nos, pelas origens de nossas instituições processuais. Supomos que os fenômenos jurídicos não tenham origem cultura, nem história. Como bons descendentes do platonismo renascentista, cremos que os conceitos jurídicos sejam da mesma natureza que as categorias geométricas. Eles estariam inscritos na natureza, ou seriam um produto da lógica pura. Neste particular, a submissão do Direito aos pressupostos da ‘ciência’ do medir, pesar e contar é absoluta” (*Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense: 2004. p. 299).

24 PORTO, Sérgio Gilberto. A crise de eficiência do processo: a necessária adequação processual à natureza do direito posto em causa, como pressuposto de efetividade. In: *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coord: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 182; MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos In: *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 209.

25 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 76.

ao direito<sup>26</sup>. O modelo dessa tutela *indeferenciada*, supostamente apta a enfrentar todas as crises do direito substancial, encontra-se no procedimento ordinário, caracterizado pela cognição plenária (no plano horizontal) e exauriente (no plano vertical).

A mesma doutrina histórico-dogmática, totalmente identificada com os parâmetros da ordinariedade e com a função unicamente declaratória da jurisdição, não concebia a atividade material realizada para concretizar a decisão da causa como sendo *jurisdicional*. Francesco Carnelutti, em sua obra *Sistema del diritto processuale civile*, de 1936, ainda considerava jurisdicional *somente o processo declarativo*, por ele intitulado “processo de conhecimento”. Para Piero Calamandrei, aquilo que realizasse o juiz do domínio dos fatos, faria como administrador, não mais como juiz. As repercussões factuais das decisões – isto é, seus efeitos executivos e mandamentais – seriam meras consequências do ato jurisdicional, não tendo o mesmo *status jurídico* da atividade que havia sido desenvolvida para alcançar a certificação dos direitos<sup>27</sup>.

Como resultado, a doutrina experimentou uma notável dificuldade em qualificar e trabalhar as tutelas com base na atividade que se realiza depois da sentença de procedência<sup>28</sup>. É despiciendo sublinhar os efeitos nocivos dessas premissas sobre os mecanismos de tutela relativos aos deveres de fazer e não fazer, os quais permaneceram em notável estado de *atrofia*.

### 3 A TRAJETÓRIA PECULIAR DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Entrementes, embora permanecesse submetido às influências da ciência europeia, o processo civil brasileiro evoluía numa cadênciá própria.

26 Ovídio Baptista da Silva sublinha a contradição inerente ao discurso dos cultores dessa fase metodológica da ciência processual: “ninguém se questiona como a ‘ação’ processual, que eles concebem como sendo uma e abstrata, poderia ter conteúdo declaratório, ou constitutivo ou condenatório, sem tornar-se ‘azioni della tradizione civilistica’. O prodígio de alguma coisa que, não tendo substância, por ser igual a si mesma, e a todos indistintamente concedida, possa ser declaratória, constitutiva ou condenatória é uma contradição lógica que não chega a ofender a racionalidade dos juristas que lidam com processo.” (*Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 179).

27 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 44; 157. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense: 2004. p. 189.

28 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 171.

O direito processual luso-brasileiro – noutro reflexo daquela sua sensibilidade ímpar, destacada por Galeno Lacerda, para *acudir à tutela dos interesses emergentes dentro do processo*<sup>29</sup> – mantivera-se, até o final do século XIX, mais próximo do modelo interdital do processo comum do que o sistema francês e os sistemas influenciados por ele, caracterizados pela notória aversão aos meios coercitivos de tutela<sup>30</sup>.

Foi a herança cultural do direito luso-brasileiro que lhe permitiu trilhar um feliz caminho próprio.

Caracteristicamente, as Ordenações preservaram a figura dos “embargos à primeira”, tradicional ação reinol de feitio cominatório. Quando o Regulamento 737, de 1850, passou a ser aplicada ao processo cível, por força do Decreto 763, de 1890, esse procedimento especial foi mantido.

Entretanto, com a permissão dada pela Constituição de 1891 para que os Estados dispusessem sobre o procedimento civil, a maioria das leis estaduais fez desaparecer a ação cominatória<sup>31</sup>.

O Código de Processo Civil de 1939 resgatou da tradição lusa a *ação cominatória para prestação de fato ou abstenção de ato*, porém resolveu atribuir a esse instituto uma débil estrutura monitória, na qual não cabia a concessão de medida liminar<sup>32</sup>. O réu era citado para cumprir o dever

29 Processo cautelar. Revista Forense, Rio de Janeiro, ano 70, n. 246, p. 151-159, abr./jun. 1974. p. 157. Para uma síntese dos elementos e origens do processo comum luso-brasileiro, cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 30-33.

30 TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa: CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 104-105. Segundo registra Michele Taruffo, os ordenamentos da Civil Law inspirados no modelo francês – a exemplo da Itália, Bélgica, Espanha, e, no geral, da América Latina – ressentiam-se da carência de formas de coerção ao cumprimento das prestações de fato. Curiosamente, a incompletude desses sistemas processuais acabou por contrastar com o próprio modelo francês, que conseguiu superar o déficit de meios coercitivos pela evolução jurisprudencial da figura da astreinte (L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparativi. In: Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Coord.: MAZZAMUTO, Salvatore. Napoli: Jovene, 1989. p. 98-99).

31 MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo III. São Paulo: Memória Jurídica, 2006. p. 188-189. Relembre-se que, devido à inércia de diversos Estados-membro na edição da lei local, o Regulamento 737 continuou a vigorar para além do termo original de sua vigência (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 46).

32 MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo III. São Paulo: Memória Jurídica, 2006. p. 189. Para um alentado histórico dos procedimentos injuncionais no processo civil brasileiro, das Ordenações ao Código de 1939, cf. MACEDO, Elaine Harzheim. *Do procedimento monitório*. Porto Alegre, 1996. p. 69-73; 77-80.

em dez dias. Contestando o pedido, ficava afastada toda a eficácia do mandado inicial, devendo a ação prosseguir ordinariamente. Apenas a sentença final teria força executiva, de modo que a efetividade do instrumento ficava severamente mitigada.

Coube ao Código de Processo de 1973, no entanto, dar a acolhida mais perfeita e acabada à concepção racionalista<sup>33</sup>. Rompendo com o Código anterior, que ainda se mantivera fiel à antiga tradição, o CPC de 1973 acolheu o “Processo de Conhecimento”, marcado pela ordinariade e despido de toda manifestação de repercussão sobre o mundo sensível.

Os artigos 62, parágrafo 1º e 463 do Código Buzaid serviam de norte a essa instituição peculiar<sup>34</sup>. A atividade executiva não era mais fase de concretização da decisão, como no CPC de 1939, mas permanecia confinada num *processo executivo autônomo*, a ser instaurado por meio da citação do réu.

O Código de 1973, portanto, completou o *ciclo de ordinarização* da tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer, apenas ligeiramente esboçado no Código anterior. A atividade sub-rogativa seria desenvolvida em demanda de execução, e mesmo a multa cominatória só poderia incidir depois do trânsito em julgado da sentença<sup>35</sup>, sendo reivindicada num processo executivo autônomo.

Excepcionalmente, convivia o sistema com algumas poucas “ações especiais” fiéis ao modelo interdital destinadas à tutela dos deveres de fazer e de não fazer – todas, porém, de conteúdo patrimonial, a exemplo do interdito proibitório e das ações de manutenção e reintegração de posse e de nunciação de obra nova.

33 Hermes Zaneti Jr. situa o CPC de 1973 como a etapa culminante de um processo de recepção tardia do direito napoleônico, de índole racionalista, iniciado em 1916 (com o Código Civil) e continuado com o CPC de 1939 (Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 22). Para um panorama da formação do processualismo e sua influência no Brasil, desde seu nascimento na processualística alemã no final do século XIX, passando pela escola históricodogmática italiana, até chegar à cátedra de Liebman em São Paulo e a concepção do Código Buzaid, ver MITIDIERO, Daniel Francisco. O processualismo e a formação do código Buzaid. *Revista de Processo*, São Paulo, v.35, n.183, p.165-194, maio 2010.

34 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Ação para cumprimento das obrigações de fazer e não fazer. In: *Inovações do Código de Processo Civil*. Org.: GIORGIS, José Carlos Teixeira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 174.

35 TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa: CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84. 2. ed. rev. atual. ampl.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 115 e 118.

O sistema ressentia-se de proteção minimamente adequada para os novos direitos personalíssimos e de instrumentos convenientes para a prestação da tutela preventiva, submetendo-os ao modelo largamente inadequado da sentença condenatória<sup>36</sup>.

#### **4 O CICLO DE REFORMAS DO CPC/73 E A RECONSTRUÇÃO DO SISTEMA DE TUTELA PROCESSUAL**

A tutela condenatória priva de uma congênita *incompletude*, fruto da exigência da instauração de outro procedimento para a prática dos atos materiais. Além disto, nesse procedimento o juiz está adstrito ao emprego de meios executivos típicos, predefinidos na legislação.

A condenação é adequada como técnica processual *apenas quando não for possível dar imediata execução à sentença*. Seu campo de aplicação limita-se àquelas situações específicas nas quais o procedimento judicial não tornou ilegítima a posse daquilo que se busca no patrimônio do réu, e é objeto da sentença e da execução<sup>37</sup>. É precisamente por isto, *porque os bens perseguidos permanecem de forma legítima na posse do réu*, que o desenvolvimento da eficácia contida na decisão condenatória precisa ser mediado pela atuação de uma nova espécie de tutela processual, mediante nova citação do réu.

A reforma do CPC brasileiro de 1973, inaugurada pela Lei n. 8.952, de 13/12/1994, observou precisamente essa concepção restritiva do emprego da técnica de condenação. As alterações da reforma trouxeram frutos positivos ao sistema de tutela dos deveres de fazer e não fazer, *o qual não necessita, como jamais necessitou, da tutela condenatória*.

---

<sup>36</sup> FLACH, Daïsson. Processo e realização constitucional: a construção do “devido processo”. In: *Visões críticas do processo civil brasileiro: uma homenagem ao Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheimer*. p. 27. Escrevendo nos idos de 1978, José Carlos Barbosa Moreira acusava a inadequação do esquema “processo de condenação + execução forçada” em relação aos deveres de fazer e de não fazer, observando que o regramento legal “tem a melancolia de uma confissão de impotência; nas entrelínhas balbucia-lhe em surdina um pedido de desculpas pela incapacidade de fazer funcionar a contento o instrumental de tutela” (Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: Temas de direito processual: 2. série. São Paulo: Saraiva, 1988. pp. 22-23). Desnecessário frisar que semelhante quadro – como todo aquele de ausência de técnicas adequadas à tutela dos direitos (TESHEINER, José Maria Rosa. Processo e constituição: algumas reflexões. In: Constituição, jurisdição e processo: estudos em homenagem aos 55 da Revista Jurídica. Coord: MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007. p. 416) – representava uma inconstitucional situação de violação ao direito fundamental à tutela efetiva e adequada.

<sup>37</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 72; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 17.

Sob a premissa teórica de uma reconstrução da tutela processual adequada, o novo artigo 461 do Código articulou um sistema de atuação das tutelas mandamental e executiva *lato sensu*, resgatando, com as devidas adaptações, a tutela interdital romana<sup>38</sup>. O artigo 461 – cuja área de aplicação amplificou-se, posteriormente, para abranger o artigo 461-A – tornou-se, dessa forma, e como produto da reforma do CPC de 1973, o *centro gravitacional relativo ao cumprimento específico dos deveres em geral*<sup>39</sup>.

A interditalização dessas tutelas – ou seja, sua incorporação na estrutura das demandas cognitivas, inclusive sob a forma de provimentos liminares – evidencia a recuperação do interesse do sistema processual pela situação concreta dos litigantes, e dá cumprimento efetivo ao princípio da igualdade de tratamento das partes (o qual, como lembra Ovídio Baptista da Silva, é tantas vezes proclamado, mas sistematicamente negado na praxe<sup>40</sup>).

Fruto de comissão coordenada pelos Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro, o novo dispositivo encontrou antecedente no anteprojeto de lei que havia sido elaborado em 1985, por comissão revisora então designada pelo Ministério da Justiça para estudar reformas ao CPC de 1973. Os artigos 889-A e 889-B daquele anteprojeto, com poucas alterações, inspiraram, para além do próprio artigo 461 do CPC de 1973, também as disposições correlatas da Lei n. 7.347/85, art. 11, da Lei n. 8.069/90, art. 213, da Lei n. 8.078/90, art. 84, e da Lei n. 8.884/94, art. 62.

A introdução do artigo 461 representou uma negação do paradigma sobre o qual fora estruturado o texto original do Código, importando numa redefinição da função jurisdicional<sup>41</sup>.

Convém insistir, todavia: a reforma não resultou na eliminação da tutela condenatória<sup>42</sup>. A sentença que reconhece a obrigação de pagar

<sup>38</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 1, tomo II. 6. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 40.

<sup>39</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 229.

<sup>40</sup> Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 187 e 189.

<sup>41</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. V. 1, tomo II. 6. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 39. Justifica-se, pois, a afirmação de que os grandes ciclos de reforma proporcionados pelas Leis n. 8.952/1994, 10.444/2002 e 11.232/2005 formataram um novo Código (MITIDIERO, Daniel Francisco. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 146, nota 21).

<sup>42</sup> Contrariamente ao que sustenta parcela da doutrina, entre ela: MACHADO, Fábio Cardoso. Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 124; BEDAQUE, José Roberto

quantia, passível de execução pela via do artigo 475-J do CPC/83, continua a apresentar natureza condenatória.

O que ocorreu foi simplesmente que a tutela condenatória ficou *circunscrita ao seu campo próprio*, em que se precisa preservar uma “linha discriminativa” entre os patrimônios do autor e do réu, e no qual o princípio da *segurança* inspira um procedimento com maiores formalidades, em atenção ao direito fundamental de ampla defesa do executado.

Com efeito, as demandas fundadas no “novo” artigo 461 distinguem-se visivelmente daquelas que visam ao cumprimento de obrigações pecuniárias (artigo 475-J). Nas demandas vinculadas ao artigo 475-J é visível a persistência da condonatriedade, numa solução bastante apropriada e feliz. Apesar de estarem reunidas no mesmo procedimento, aí a condenação e a execução permanecem tutelas distintas<sup>43</sup>.

Aliás, a persistência da tutela condenatória no procedimento do artigo 475-J é perceptível no fato de que o Código continua a adotar a *nota típica daquela espécie de tutela: o intervalo entre condenação e instauração do procedimento expropriatório, durante o qual é dado ao condenado satisfazer, espontaneamente, o direito reconhecido pela sentença*<sup>44</sup>.

Sua realização prática, enfim, foi deformalizada, aproximando a estrutura da execução pecuniária algo mais do princípio da efetividade, sem proscrever o valor da segurança<sup>45</sup>. Tem algo de irônico essa dissolução da rígida separação entre conhecimento e execução, buscada nas fundas raízes da cultura luso-brasileira, fazendo por merecer a observação de Ovídio Baptista da Silva: “*Voltamos ao passado. Viva o progresso!*”<sup>46</sup>.

---

dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. pp. 137.

43 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 1, tomo II. 6. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 40.

44 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Ação para cumprimento das obrigações de fazer e não fazer. In: *Inovações do Código de Processo Civil*. Org.: GIORGIS, José Carlos Teixeira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 177.

45 Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 138; MACEDO, Elaine Harzheim; DUTRA, Fernanda Arruda. A sentença condenatória no movimento do sinscretismo no processo. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 9, n. 51, p. 104-116, janeiro-fevereiro/2008. p. 114; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Teoria e prática da tutela jurisdicional. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 172-173.

46 A “antecipação” da tutela na recente reforma processual. In: *Reforma do código de processo civil*. Coord.: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 137.

De certa forma, a alteração imprimida pelo artigo 461 é mais ampla do que a gerada pelo artigo 475-J. Não se trata, em relação aos deveres de fazer e não fazer, de *apenas simplificar a forma de tutela, mas de verdadeiramente modificá-la na sua essência.*

Não deixa de ser curiosa a inversão de posições entre os deveres de quantia e os devedores de obrigações de fazer e de não fazer, argutamente notada por Guilherme Rizzo Amaral: de um modelo *protetivo* do devedor da prestação de fato ou de abstenção, encontrado no Código original, partiu-se para um sistema mais agressivo e eficaz, que coloca tal devedor em substancial desvantagem se comparado ao devedor de uma obrigação pecuniária<sup>47</sup>.

O contraste não passou despercebido ao jurista italiano Edoardo Ricci, que se manifestou impressionado com a disparidade de tratamento dispensado aos credores brasileiros, quando comparadas as soluções de cumprimento das prestações de fato e das prestações pecuniárias. Para o autor peninsular, tal disciplina “parece [...] explicável apenas como momento intermediário de uma evolução que caminha em direção ao tratamento igualitário dos credores”, levando a imaginar que “as tendências evolutivas estejam na verdade antecipando a disciplina evolutiva futura”, inclusive com a supressão geral do efeito suspensivo da apelação<sup>48</sup>.

Acrescente-se que passaram a coexistir no Código dois sistemas de tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. O regime mais severo ficou reservado para as situações em que há decisão judicial impondo a efetivação do direito; para aqueles casos, residuais e pouco numerosos, nos quais a atividade funda-se em título extrajudicial – ou em título judicial alheio ao regime do artigo 461 – vigora forma menos rigorosa, identificada com o tradicional processo executivo e seu modelo da tipicidade dos meios<sup>49</sup>.

47 Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 140. Ver também: YARHELL, Flávio Luiz. “Efetivação” da tutela antecipada: uma nova execução civil? In: *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coord: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 336.

48 A aplicação do art. 273 do CPC e seus principais aspectos: reflexões históricas e comparativas. In: *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. Coord.: YARHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. São Paulo: DPJ, 2005. p. 541.

49 TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa: CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84. 2ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 426.

O perfil de proteção desenhado pelo artigo 461 responde a relevantes razões sócio-econômicas. É disposição mais rente à forma dos conflitos modernos que emergem da economia da civilização pós-industrial, não mais ligada predominantemente à troca de coisas, e sim a relações de troca de fatores humanos, sobretudo com a prestação de serviços. É nesse contexto contemporâneo, que privilegia interesses jurídicos satisfeitos mediante prestações de fato, que se exige do legislador dotar o sistema de instrumentos flexíveis e adaptáveis às características do direito material litigioso<sup>50</sup>.

Não carece de razão Luiz Guilherme Marinoni quando sustenta que o artigo 461 do CPC/1973 e seu símile, o artigo 84 do CDC, estão entre as “normas infraconstitucionais mais comprometidas com o direito fundamental de ação no ordenamento brasileiro”<sup>51</sup>.

Se as promessas de efetividade da reforma não foram cumpridas, o fato deve-se antes à cultura dos que manejam o instrumento<sup>52</sup> do que a deficiências congênitas do sistema processual, ditadas pela falta de técnica ou pela carência de ousadia do legislador positivo.

Lamentavelmente, à semelhança do que afirmou Giuseppe Tarzia sobre a doutrina italiana<sup>53</sup>, a processualística brasileira continua tendo por *vecchio idolum* considerar a reforma legislativa como o único centro do problema da crise da justiça. Ela não o é, e a reflexão atenta demonstra que boa parte dos problemas enfrentados nessa seara nasce no plano dos valores e na persistente adoção de uma atitude metodológica inadequada.

## 5 CONCLUSÃO

Conforme se procurou enfatizar neste texto, o cumprimento específico dos deveres de fazer e de não fazer afirmou-se após longo

<sup>50</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 1, tomo II. 6. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 40.

<sup>51</sup> Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In: *Polemica sobre a ação: a tutela jurisdiccional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 237

<sup>52</sup> Com razão Daisson Flach ao afirmar que a parcimônia observada no uso dos artigos 273 e 461 do CPC deve-se, pelo menos em parte, a certo espírito “macunaímico” de tolerância que a sociedade brasileira reserva aos deveres de comportamento (Processo e realização constitucional: a construção do “devido processo”. In: *Visões críticas do processo civil brasileiro: uma homenagem ao Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheimer*. p. 29).

<sup>53</sup> Crisi e riforma del processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 46, n. 3, p. 632-642, jul./set. 1991. p. 633.

processo de superação dos fatores restritivos representados pelo dogma da incoercibilidade da vontade humana, pela universalização da tutela condenatória e pelo divórcio entre processo e direito material.

O processo civil brasileiro, que preservara com maior êxito os traços interditais do processo comum, mercê de suas características culturais, tampouco escapou, no século XX, à “ordinarização” da tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer, a qual culminou na edição do Código Buzaid e seu projeto de universalização do “Processo de Conhecimento”.

Frente às exigências da sociedade pós-industrial, que trouxe a primeiro plano a economia de serviços, o “novo” artigo 461 do CPC brasileiro veio a representar uma quebra do paradigma original do Código Buzaid, articulando um sistema de cumprimento “interditalizado” dos deveres de fazer e de não fazer, assentado na primazia da tutela específica, com a redução da tutela condenatória a seu campo próprio.

É bem verdade que a simples estruturação de um modelo legislativo mais adequado não é suficiente, por si só, para assegurar resultados positivos no plano da tutela prática dos direitos. Ainda persiste – não é preciso sublinhar em demasia o que todos bem conhecem – o insucesso do processo civil brasileiro na proteção eficaz e tempestivo dos direitos a prestações de fato e de abstenção. São culturais as amarras que têm impedido um manejo mais criativo e desassombrado das “potências” contidas no artigo 461 do CPC de 1973, obstruindo a realização das perspectivas desse microssistema.

Uma coisa, entretanto, permanece certa: *a não ser que se tenham presentes as premissas do modelo original e os reais motivos de sua inadequação* (aqui ligeiramente esboçados, sem qualquer pretensão de esgotar o tema), mesmo os discretos progressos experimentados por nosso processo civil poderão não passar de breve intervalo luminoso, sujeito a retrocessos em reformas futuras.

Também por isto segue sendo necessário pensar criticamente a tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer – para a que a *praxis* consiga finalmente aproximar-se de concretizar as promessas constitucionais de uma tutela jurisdicional tempestiva, adequada e efetiva.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FLACH, Daisson. Processo e realização constitucional: a construção do “devido processo”. In: *Visões críticas do processo civil brasileiro: uma homenagem ao Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheimer*.
- LACERDA, Galeno. Processo cautelar. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 70, n. 246, abr./jun. 1974.
- MACEDO, Elaine Harzheim. *Do procedimento monitório*. Porto Alegre, 1996.
- MACEDO, Elaine Harzheim. *Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MACEDO, Elaine Harzheim; DUTRA, Fernanda Arruda. *Efetividade versus morosidade da prestação jurisdicional: reflexões sob o (des)velamento de um paradigma*. Justiça do direito, Passo Fundo, v. 19, n. 1, 2005.
- MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In: *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Organização de Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Tomos I e III. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

MITIDIERO, Daniel Francisco. O processualismo e a formação do código Buzaid. *Revista de Processo*, São Paulo, v.35, n.183, maio 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: *Temas de direito processual: 2. série*. São Paulo: Saraiva, 1988.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil.* 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional.* Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PORTE, Sérgio Gilberto. A crise de eficiência do processo: a necessária adequação processual à natureza do direito posto em causa, como pressuposto de efetividade. In: *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coord: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RICCI, Edoardo. A aplicação do art. 273 do CPC e seus principais aspectos: reflexões históricas e comparativas. In: *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. Coord.: YARHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. São Paulo: DPJ, 2005.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Ação para cumprimento das obrigações de fazer e não fazer. In: *Inovações do Código de Processo Civil*. Org.: GIORGIS, José Carlos Teixeira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A “antecipação” da tutela na recente reforma processual. In: *Reforma do código de processo civil*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A “plenitude de defesa” no processo civil. In: *As garantias do cidadão na justiça*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1993.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 1, tomo II. 6. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense: 2004.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa: CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TARUFFO, Michele. Cultura e processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milão, ano 63, n. 1., 2009.

TARUFFO, Michele. L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparativi. In: *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*. Coord.: MAZZAMUTO, Salvatore. Napoli: Jovene, 1989.

TARZIA, Giuseppe. Crisi e riforma del processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 46, n. 3. jul./set. 1991.

TESHEINER, José Maria Rosa. Processo e constituição: algumas reflexões. In: *Constituição, jurisdição e processo: estudos em homenagem aos 55 da Revista Jurídica*. Coord: MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007.

TOMMASEO, Ferrucio. *I provvedimenti d'urgenza: struttura e limiti della tutela anticipatoria*. Padova: CEDAM, 1983.

YARSHELL, Flávio Luiz. “Efetivação” da tutela antecipada: uma nova execução civil? In: *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coord: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad.: Marina Gascón. 7. ed. Madri: Trotta, 2007.

ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

# **A PEC Nº 341/09: POR QUE É TÃO IMPORTANTE MANTER NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA TODAS AS SUAS GARANTIAS?**

***THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL PROPOSAL  
AMENDMENT Nº 341/09: WHY IS SO IMPORTANT KEEP  
ALL THE GUARANTEES IN THE BRAZILIAN FEDERAL  
CONSTITUTION?***

*Mariana Barbosa Cirne*

*Mestre em Direito, Estado e Constituição, pela Universidade de Brasília - UnB  
Bacharel em direito pela UFPE, especialista e Direito Constitucional pela UNP  
e em Processo Civil pelo IDP. Professora de Direito Constitucional, Ambiental  
e Teoria Geral do Estado. Procuradora Federal e Coordenadora do Centro de  
Estudos Jurídicos da Presidência da República*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A PEC nº 341/09 – A Proposta de Lipoaspiração na Constituição de 1988; 2 O Constitucionalismo e os Direitos Fundamentais; 2.1 A Falsa Dicotomia entre Constituição Formal e Material; 2.2 A Importância da Constitucionalização de Direitos Fundamentais; 2.2.1 A Limitação das Paixões e Interesses; 2.2.2 A Efetivação de Direitos e o Poder Judiciário; 2.2.2 O Momento Constituinte; 3 Conclusão; Referências

**RESUMO:** A Proposta de Emenda Constitucional nº 341/09, em debate no Congresso Nacional Brasileiro, pretende reduzir o número de artigos da Constituição Federal de 1988, no intuito de torná-la mais efetiva. A proposta defende que para garantir os direitos previstos na constituição, basta a sua concepção material, e que a amplitude do texto constitucional é um empecilho à construção de um Estado Democrático de Direito. Utilizando tal caso como paradigma, o presente estudo pretende abordar como o fenômeno do constitucionalismo, no que se refere às experiências americana e francesa, pode ajudar a entender a importância do respeito aos direitos fundamentais. Nessa tarefa de aprendizado, intenta-se apresentar a falsa dicotomia entre constituição formal e material, a importância dos princípios constitucionais e do significado do momento constituinte para a construção da Democracia. Com a experiência do constitucionalismo, espera-se desconstruir o mito encartado na ideia da PEC nº 341/09, de que as reformas constitucionais podem ser a solução para os graves problemas sociais do Brasil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constitucionalismo. Reforma Constitucional. Direitos Fundamentais. Proposta de Emenda Constitucional nº 341/09.

**ABSTRACT:** The Constitutional Amendment Proposal nº 341/09, under discussion in the Brazilian National Congress, aims to reduce the number of articles of the Brazilian Federal Constitution of 1988 to make it more effective. The proposal argues that to guarantee the rights, is enough its material form, and the extension of the constitution text is an impediment to building a Democratic State of Law's. This work is using this leading case to show how the phenomenon of constitutionalism in the American and French experiences can help us understand the importance of the respecting the fundamental rights. In this learning, it seeks to present a false dichotomy between formal and material constitution, the importance of constitutional principles and the constituent moment mean for the construction of Democracy. With the experience of constitutionalism, it is expected to deconstruct the myth of the proposal nº 341/09, that the constitutional reforms may be the solution to serious social problems of Brazil.

**KEYWORDS:** Constitutionalism. Constitutional reform. Fundamental rights. Constitutional amendment proposal nº 341/09.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende tratar sobre o fenômeno do constitucionalismo, que gerou a universalização das constituições escritas em todo o mundo. No desenvolvimento de seu conceito, partindo das experiências das constituições americana e francesa, intenta-se apresentar o desenvolvimento de modelos universais, mesmo em realidades díspares.

Para se encontrar uma mudança de paradigma quanto ao constitucionalismo, este estudo busca resgatar o desenvolvimento da idéia de constituição escrita. A pesquisa insere-se na dimensão conceitual, para trabalhar o papel da constituição na organização de um Estado Democrático de Direito.

No intuito de ter um ponto de partida para a discussão, elegeu-se como caso de estudo a pretensão atual de reforma constitucional em curso no Brasil: a PEC nº 341/09, mais popularmente conhecida como a “PEC da lipoaspiração”. Em suma, o projeto almeja reduzir a número de artigos da Constituição Federal de 1988, sob o argumento de torná-la mais efetiva.

Partindo de tal caso, em se percorrendo o itinerário histórico – mas acima de tudo conceitual – do constitucionalismo – espera-se que seja possível notar como o constitucionalismo se reinventou para se adequar às realidades. Para a abordagem sobre a PEC nº 341/09, neste artigo, ganha destaque o cotejo com os seguintes assuntos: a) desconstrução de conceitos como constituição formal e material como elementos dissociados; b) a importância dos princípios constitucionais estarem previstos no texto constitucional e c) o momento constituinte.

Nesse contexto, ambiciona-se trazer luz aos argumentos endossados na proposta objeto do estudo (PEC nº 341/09), para confrontá-los com o que pode ser aprendido com a experiência do constitucionalismo americano e francês.

Passa-se à análise.

### **1 A PEC Nº 341/09 – A PROPOSTA DE LIPOASPIRAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

No Brasil, foram muitas as propostas de reforma da Constituição de 1988. Apesar de sua pouca idade – quase 25 anos – inúmeras são as

críticas ao seu conteúdo. A principal delas, no entanto, materializa-se no raciocínio de que a nossa constituição é muito extensa. 250 artigos, mais o ato das disposições constitucionais transitórias (o que acresce ao texto mais 96 dispositivos), segundo alguns, são previsões em excesso.

Alega-se que frente a um rol tão amplo de assuntos abordados, a Constituição brasileira terminou por ser desacreditada em sua missão de mudar a realidade social. Em suma, permitiu – e chancelou – a grande desigualdade social vigente no Brasil.

Em 2006, houve uma grande investida contra a Constituição de 1988. Nos termos da PEC nº 157/03, da lavra do deputado federal Luiz Carlos Santos, com substitutivo redigido pelo deputado federal Michel Temer, o intuito era promover uma revisão constitucional. De acordo com a proposta, apenas as cláusulas pétreas estariam a salvo da reforma, podendo todos os outros dispositivos sofrer alterações. A proposta chegou inclusive a ser aprovada na Câmara de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara dos Deputados<sup>1</sup>.

Naquela oportunidade, juristas como Konder Comparato, Paulo Bonavides e José Geraldo de Sousa Júnior<sup>2</sup> posicionaram-se frontalmente contrários às propostas de uma nova constituinte. Como se manifestaram na época, tal alvitre, em verdade, travestia-se de uma tentativa de vulnerabilidade, diante das possibilidades democráticas possíveis com a Constituição de 1988. O desprestígio dos órgãos políticos não poderia dar ensejo à supressão ou até ao enfraquecimento dos direitos e garantias constitucionais, sem qualquer controle, seja do povo ou do Poder Judiciário. Diante das manifestações em audiência pública, a proposta perdeu fôlego, encontrando-se sem movimentações desde 29.07.2008<sup>3</sup>.

Mas, o fato da PEC nº 157/03 não estar mais andando não põe fim à controvérsia. Existiram – assim como existem, e não deixarão de existir – muitas outras sugestões de novas constituintes ou de revisões constitucionais. Os motivos para alterar a Constituição de 1988 podem ser os mais diversos: reforma política, reforma tributária, reforma

---

<sup>1</sup> PAIXÃO, Cristiano. A Constituição subtraída. In *Constituição & Democracia*, Brasília, 2006, nº 1, 10 fev. 2006, p. 4.

<sup>2</sup> SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. Defesa da Constituição. In *Constituição & Democracia*, Brasília, 2006, n. 1, 10 fev, 2006, p. 3.

<sup>3</sup> BRASIL. \_\_\_\_\_ Proposta de Emenda Constitucional nº 157, de 2003. Brasília, 2003. Convoca Assembléa de Revisão Constitucional e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=131896>>. Acesso em: 16.07.2011.

administrativa, entre outros. Contudo, poucas detêm a pretensão materializada na PEC nº 341/2009, objeto do debate no país.

A PEC nº 341/2009, da autoria deputado federal Régis de Oliveira, é um claro exemplo recente da imputação de culpa à constituição quanto aos problemas sociais, em decorrência da extensão de seu texto. Segundo a ementa da PEC, o seu objetivo é modificar a constituição “retirando do texto o que não é constitucional”. Isso significaria transformar a Constituição brasileira em um diploma de 70 artigos.

Na sua justificativa, o deputado Régis de Oliveira traçou uma linha histórica do constitucionalismo, passando por Hobbes, Locke, Rousseau e Mostesquieu para chegar à conclusão de que a constituição “é o resultado de um pacto social que gera uma determinada situação possível”<sup>4</sup>.

Partindo da noção de que o que importa é o contexto social, a proposta chegou à conclusão de que apenas os direitos de liberdade contra o Estado deveriam ser mantidos. Nos termos da PEC nº 341/09, que parte do exemplo da constitucionalização de carreiras jurídicas para chegar a uma abordagem sobre os direitos sociais, bastaria uma noção genérica de tais direitos para a sua implementação.

Se efetivada a alteração constitucional pretendida na PEC nº 341/09, seriam excluídos do texto constitucional a função social da propriedade, o direito dos quilombolas, a proteção aos indígenas, o direito de todos à educação e à saúde, dentre outros direitos sociais. Mas, segundo o relator, não haveria redução de direitos, pois a dimensão material da constituição bastaria para garantí-los. Conforme a proposta, algo não precisa estar inserido no texto constitucional formal para ser constitucional. Aquilo que é materialmente constitucional está a salvo de retrocessos, afinal, pode ser inserido por meio da interpretação.

Pautado em tais premissas, a noção sobre os direitos fundamentais, desenhada na PEC nº 341/09, pode ser resumida assim:

Em nosso país, podemos dizer que os direitos e garantias individuais retratam a solução pacífica dos conflitos. Em verdade, destinam-se a imunizar as pessoas contra ingerências do Estado. Há, pois, círculo

---

<sup>4</sup> BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional nº 341, de 2009. Brasília, 2009. Modifica os dispositivos constitucionais retirando do texto matéria que não é constitucional. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=427473>>. Acesso em: 16.08.2011.

indevassável pelo Estado. Este é mero instrumento da sociedade para que garanta sua própria sobrevivência, se e enquanto se mantiver dentro dos limites traçados na própria constituição<sup>5</sup>.

Logo, por meio de uma compreensão do conceito do constitucionalismo e das suas mudanças no tempo, a proposta de emenda constitucional prega um Estado mínimo quanto a garantias fundamentais, restringindo-as à proteção do cidadão contra o Estado. Nas palavras da PEC 341/09, “garantido o núcleo mínimo a impedir a invasão do Estado na intimidade dos indivíduos, garantindo o equilíbrio dos poderes e trazendo a declaração solene dos direitos individuais, pouco sobra à constituição”<sup>6</sup>.

Diante de tal proposta, passa-se para uma desconstrução dessa evolução do constitucionalismo, no intuito de demonstrar porque é tão relevante os direitos fundamentais constarem no texto constitucional em um Estado Democrático de Direito.

## **2. O CONSTITUCIONALISMO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

### **2.1 A falsa dicotomia entre constituição formal e material**

Quando versa sobre o conceito ocidental da constituição, Rogério Ehrhardt Soares<sup>7</sup> identifica um problema presente na PEC nº 341/09 e no imaginário de muitas pessoas: a idéia de que a constituição resolverá todos os problemas, como num toque de mágica. Bastaria para tanto alterá-la, até encontrar uma solução para os problemas sociais, como se as dificuldades sociais viesssem da constituição. No entanto, pensar assim, adverte o autor, é ultrapassar as forças de uma constituição, seja pelo motivo de ingenuidade ou por abuso da ingenuidade das outras pessoas.

Para construir uma crítica ao conceito de constituição ocidental, Rogério Ehrhardt Soares<sup>8</sup> atribui a ela 3 (três) principais características:

---

<sup>5</sup> BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional nº 341, de 2009. Brasília, 2009. Modifica os dispositivos constitucionais retirando do texto matéria que não é constitucional. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=427473>>. Acesso em: 16.08.2011, p. 22.

<sup>6</sup> Idem.

<sup>7</sup> SOARES, Rogério Ehrhardt. O conceito ocidental de constituição. *Revista de legislação e jurisprudência*, Coimbra, ano 119, n. 3743, 01 jun. 1986, e n 3744, 01 jul. 1986, p. 36.

<sup>8</sup> SOARES, Rogério Ehrhardt. O conceito ocidental de constituição. *Revista de legislação e jurisprudência*, Coimbra, ano 119, n. 3743, 01 jun. 1986, e n 3744, 01 jul. 1986, p. 36.

a) a individualização de uma comunidade como um ser autônomo; b) a indicação de um titular do poder, ou seja, a definição de onde se localiza a soberania e c) o apontamento de valores irrecusáveis, que dão sentido e estrutura ao corpo social e compõem as tensões internas. Ora, é exatamente dentro dessas características que está o equívoco em pensar que a constituição é algo a ser reduzido à sua estrutura formal.

A estrutura formal e a material não se separam. São facetas de uma mesma moeda, que se constituem reciprocamente. Com a passagem da Idade Média (que trabalhava com o conceito de constituição material), para a Idade Moderna (com o surgimento do Estado - idéia abstrata, coesa e eficaz<sup>9</sup>) nasce a opinião equivocada de que seria possível separar o aspecto material do formal, em uma constituição. Com a modernidade, surge e se desenvolve uma crença de que é possível desenvolver um Estado eternamente perfeito, participante de uma racionalidade universal<sup>10</sup>. Por meio da razão, seria possível construir uma constituição formal perfeita (a lei positiva organizadora do Estado) o que garantiria a felicidade de seus cidadãos.

A lei torna-se, então, o mais alto grau de racionalidade, pois ela é abstrata e genérica. Eis o triunfo do constitucionalismo e da necessidade de uma constituição formal. A constituição se torna a abertura para o reino da felicidade<sup>11</sup>.

Contudo, o problema da legitimidade fez nascer o questionamento, para se enxergar que era necessária ainda a sua concepção material. Passado um período de desvalorização da constituição, chega-se a uma redescoberta pautada na integração entre o Estado e sociedade. Antes, estes eram elementos separados. Agora, o “Estado é apenas uma especial dimensão da sociedade”<sup>12</sup>. Logo, a constituição volta a ser o ordenamento de toda a comunidade.

9 Explica o autor que a visão do Estado, trazida pela Modernidade, permitiu a compreensão de que por meio do Estado o princípio agia em prol de interesses imparciais e atemporais. Essa visão é chancelada pela forma do despotismo esclarecido. Esse processo termina por afetar o conceito de constituição material (SOARES, Rogério Ehrhardt. O conceito ocidental de constituição. *Revista de legislação e jurisprudência*, Coimbra, ano 119, n. 3743, 01 jun. 1986, e n 3744, 01 jul. 1986, p. 37-38).

10 SOARES, Rogério Ehrhardt. O conceito ocidental de constituição. *Revista de legislação e jurisprudência*, Coimbra, ano 119, n. 3743, 01 jun. 1986, e n 3744, 01 jul. 1986, p. 38.

11 Idem, p. 69.

12 SOARES, Rogério Ehrhardt. O conceito ocidental de constituição. *Revista de legislação e jurisprudência*, Coimbra, ano 119, n. 3743, 01 jun. 1986, e n 3744, 01 jul. 1986, p. 71.

Exatamente por isso, vale a crítica aqui formulada, pois as novas constituições são muito mais do que “o simples esquema de instituição dos governantes e propõem regras para garantir uma certa ordem econômica e social”<sup>13</sup>. Elas também contêm um ideal de justiça, o que acentua o seu conceito material, assentado em sua tradição cultural e na sua experiência histórica.

Apesar disso, a PEC nº 341/09 retrocede a um pensamento da Idade Média para repisar a ideia de uma constituição meramente material. Despreza, assim, o seu conteúdo formal e a indissociabilidade de tais elementos. A PEC nº 341/09 resume a sua pretensão assim: “o que estamos analisando é o retorno à pureza do conteúdo constitucional, evitando-se a existência das constituições formais, onde cabe todo e qualquer matéria, por mais irrelevante que seja”<sup>14</sup>.

Deixando mais explícita a sua pretensão, convoca: “devemos voltar, urgentemente, ao conceito de *constituição material*”<sup>15</sup>. Em outras palavras, essa é a “visão derrotista” definida por Marcelo Cattoni como aquela em quando os juristas vêem frustrados “os “ideais não realizados” da Constituição brasileira de 1988, o que os leva, de modo sinistro, a celebrar um *réquiem* para o projeto constitucional brasileiro.”<sup>16</sup> A culpa é atribuída ao texto constitucional, que precisa ser reformado<sup>17</sup>.

No entanto, resumir o constitucionalismo a conceitos como os de constituição formal e material é desconhecer – e até ignorar – uma história de reinvenção de seu conceito<sup>18</sup>.

Como se apresentará neste trabalho, o constitucionalismo é muito mais do que a existência de um texto escrito. Em verdade, sua qualidade fundamental é a limitação jurídica ao governo e a sua possibilidade de reinvenção.

---

13 SOARES, op. cit.

14 BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional nº 341, de 2009. Brasília, 2009. Modifica os dispositivos constitucionais retirando do texto matéria que não é constitucional. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=427473>>. Acesso em: 16.08.2011, p. 25.

15 Idem, p. 23.

16 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 16.

17 CARVALHO NETO, Menelick de. *A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil*. Fórum administrativo, ano I, n. 1, Belo Horizonte: Fórum, março de 2001.

18 CARVALHO NETO, Menelick de. *A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil*. Fórum administrativo, ano I, n. 1. Belo Horizonte: Fórum, março de 2001.

## 2.2 A importância da constitucionalização de direitos fundamentais.

### 2.2.1 A limitação das paixões e interesses

A crítica à Constituição de 1988, formalizada na justificativa da PEC nº 341/09, pode ser resumida assim: a constituição consolidou valores em permanente contradição, o que gera uma determinada situação possível<sup>19</sup>.

No entanto, a constituição não é a responsável pelos problemas sociais vividos no Brasil. O erro de tal raciocínio é esquecer que o texto existe justamente para tratar das relações entre pessoas, que tem interesses e paixões próprias. É preciso enxergar que das relações sociais surgirão abusos por parte das pessoas. A constituição precisa ser vista com todos esses riscos, sabendo que o texto não resolverá por si só os problemas.

Menelick de Carvalho adverte que fundamentos constitucionais importantes não podem ser compreendidos como definitivos. Ao contrário, continuam em permanente risco de serem manipulados e abusados<sup>20</sup>. Esse fator de choque de interesses é inerente ao constitucionalismo.

Endossando tal raciocínio, Antônio Negri, quando analisa a experiência da constituição americana, citando as premissas de Madison, para pensar sobre o constitucionalismo, aduz:

Se os homens fossem anjos, não haveria necessidade de governo; se os homens fossem governados por anjos, nenhum controle, externo ou interno, sobre o governo seria necessário. Porém, quando se organiza um governo que será exercido por homens sobre outros homens, a grande dificuldade será, primeiro, pôr o governo em condições de controlar os governados e, segundo, obrigar-los a controlar a si próprio.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional nº 341, de 2009. Brasília, 2009. Modifica os dispositivos constitucionais retirando do texto matéria que não é constitucional. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=427473>>. Acesso em: 16.08.2011, p. 19-20.

<sup>20</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica constitucional e os desafios postos aos Direitos Constitucionais. SAMPAIO, José Adécio Leite (Org.). In *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 142.

<sup>21</sup> NEGRI, Antônio. *O poder constituinte. Ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 245.

O constitucionalismo, portanto, precisa ser entendido não só como uma limitação do cidadão contra o Estado, no que concerne à liberdade. É preciso voltar os olhos para as possibilidades de abuso de uns cidadãos contra os outros. Exemplos atuais brasileiros de que isso pode ocorrer – como de fato ocorrem – são o trabalho escravo, a concentração de rendas, o acesso restrito à propriedade, dentro muitos outros temas.

Pensar nos problemas que advém das relações pessoais, dos interesses e das paixões, é um tema continuamente abordado, desde as origens do constitucionalismo americano. Quando Madison escreveu o Federalista número 10 ressaltou a grande vantagem de uma constituição: conter e controlar a violência das facções<sup>22</sup>. O próprio autor advertiu que muitas decisões seriam tomadas sem justiça e sem levar em consideração os partidos minoritários, por uma maioria arrogante e interesseira.

Como proposta de solução para os malefícios das facções, Madison identificou dois possíveis processos: a) a remoção de suas causas ou b) o controle de seus efeitos.<sup>23</sup>

Quando abordou as causas das facções, Madison propôs dois possíveis remédios: a) a destruição da liberdade ou b) fazer com que todos os cidadãos tenham a mesma opinião<sup>24</sup>. Contudo, em seguida, verificou que nenhuma das duas soluções era factível. A liberdade é essencial como o ar, não podendo ser retirada das facções. Além disso, é preciso reconhecer que sempre haverá opiniões diferentes, pois isso está na essência dos homens.

Desenvolvendo o seu raciocínio, sem deixar de reconhecer a permanência de paixões e interesses nas pessoas, Madison identificou a importância da legislação moderna para a coordenação destes interesses em choque. Contudo, conclui que isso não bastaria para remover as causas pelas quais existem facções<sup>25</sup>. Madison, então, atribuiu um importante

---

<sup>22</sup> O autor define as facções como “um grupo de cidadãos, representando quer a maioria, quer a minoria do conjunto, unidos e agindo sobre um impulso comum de sentimentos ou de interesses contrários aos direitos dos outros cidadãos ou aos interesses permanentes e coletivos da comunidade.” (MADISON, James. *Federalista* nº 10 e nº 51. In: \_\_\_\_\_. HAMILTON, Alexander; JAY, Jonh. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 148).

<sup>23</sup> MADISON, James. *Federalista* nº 10 e nº 51. In: \_\_\_\_\_. HAMILTON, Alexander; JAY, Jonh. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 148, p. 147.

<sup>24</sup> MADISON, James. *Federalista* nº 10 e nº 51. In: \_\_\_\_\_. HAMILTON, Alexander; JAY, Jonh. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 148.

<sup>25</sup> Idem, p. 150.

papel às constituições, mas, advertiu que isso não seria suficiente para conter os interesses e paixões (as facções).

Como não encontrou uma maneira de conter o problema das facções nas causas, Madison passou para uma abordagem sobre o controle de seus efeitos. Aqui, ele vislumbrou os benefícios de uma república. Para chegar a tal conclusão, propôs dois caminhos: a) evitar a ocorrência simultânea das mesmas paixões ou interesses por parte da maioria ou b) tornar essa maioria incapaz, explorando o seu número e situação local, de elaborar e pôr em execução esquemas de opressão<sup>26</sup>.

Em resumo, o que Madison pregou foi: não há cura para os males das facções em uma democracia pura<sup>27</sup>. No entanto, em uma república<sup>28</sup> grande é possível que a vontade externada pelos representantes do povo seja mais condizente com o bem geral. Segundo ele, os representantes não serão nem poucos (o que evita o conluio), nem muitos, (o que previne a confusão de multidões). Além disso, em uma grande república seria mais difícil a utilização de artifícios desonestos<sup>29</sup>. Por fim, registrou que “a Constituição federal apresenta a esse respeito uma feliz combinação: os interesses maiores e de conjunto são tratados pelo Legislativo nacional; os locais e particulares, pelos estaduais.”<sup>30</sup>

Madison defendeu que a mescla entre os interesses nacionais e locais poderia ser um eficiente mecanismo para conter as facções e seus interesses. Dito de outra forma: o sistema federativo poderia ajudar no balanceamento dentre os interesses, defendendo-se as minorias, ao mesmo tempo em que poderia garantir também espaço às maiorias.

Jon Elster, em sua análise sobre a experiência americana, também identifica esse problema: “A maioria restringe a minoria; nada mais, nada

<sup>26</sup> Idem, p. 151.

<sup>27</sup> Madison vê a democracia pura como “uma sociedade congregando um pequeno número de cidadãos que se reúnem e administram o governo pessoalmente.” (MADISON, James. *Federalista* nº 10 e nº 51. In: \_\_\_\_\_. HAMILTON, Alexander; JAY, Jonh. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 151)

<sup>28</sup> A República é compreendida como “um governo no qual o esquema de representação tem lugar” (Idem, p. 151).

<sup>29</sup> MADISON, James. *Federalista* nº 10 e nº 51. In: \_\_\_\_\_. HAMILTON, Alexander; JAY, Jonh. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 152.

<sup>30</sup> MADISON, James. *Federalista* nº 10 e nº 51. In: \_\_\_\_\_. HAMILTON, Alexander; JAY, Jonh. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 153.

menos.”<sup>31</sup>. Por isso, também prega como solução a criação de mecanismos contra-majoritários.

Se confrontados tais argumentos, àquilo que está inserido na proposta da PEC nº 341/09, chega-se à importância das divisões de interesses para que seja possível reduzir os malefícios das facções. Contudo, em visão diversa, a PEC nº 341/09 defende que bastaria a divisão de poderes, em uma república, representada no Congresso Nacional, como mecanismo apto a garantir uma democracia e um Estado Democrático de Direito. O papel da constituição ficaria resumido à divisão de poderes e à proteção dos cidadãos contra possíveis abusos do Estado.

No Brasil, a divisão da representação (entre o federal, o estadual, o distrital e o municipal) é importante para conter os interesses de maioria que inegavelmente estão presentes no Congresso Nacional. Contudo, só isso não basta. Da mesma feita, não é suficiente que exista a legitimidade popular prevista no artigo 1º da Constituição Federal de 1988. Apesar disso, a PEC nº 341/09 chega à seguinte conclusão:

Daí se indagar, hoje, se é importante a constitucionalização de todo o direito ou se o processo deve ser o reverso, isto é, buscar-se o desmonte de regras, que, diferentemente dos direitos, foram se incorporando ao texto constitucional.

Não devemos dar grande importância aos denominados princípios, por oposição às regras. Aqueles nada mais são que normas dotadas de potencial maior na produção dos efeitos. As regras submetem-se aos princípios. Daí a fácil superação das regras por outras. Estas são superadas pela incidência de outra em sentido contrário. Os princípios em conflito são superados pelo confronto eventual da maior valorização circunstancial de um ante o outro.<sup>32</sup>

Em suma, a proposta indaga, para quê uma Constituição como a de 1988 tão cheias de preceitos? Não bastariam apenas alguns princípios para a tarefa constitucional?

<sup>31</sup> ELSTER, John. *Ulisses liberto: estudos sobre a racionalidade, pré-compromisso e restrições*. São Paulo: UNESP, 2009. p. 125.

<sup>32</sup> BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional nº 341, de 2009. Brasília, 2009. Modifica os dispositivos constitucionais retirando do texto matéria que não é constitucional. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=427473>>. Acesso em: 16.08.2011, p. 21.

Como se apresentará em seguida, a resposta para essa pergunta passa por uma visão mais ampla do constitucionalismo e do papel dos poderes de Estado.

### 2.2.2 A efetivação de direitos e o poder judiciário

Quando aborda o constitucionalismo, Charles McIlwain provoca discussão sobre se a Inglaterra pode ser entendida como uma nação constitucional<sup>33</sup>. Depois de traçar as características do constitucionalismo conclui, por fim, que nem toda constituição é escrita. No caso da Inglaterra, a limitação constitucional está na sua tradição nacional. Já no modelo americano, a limitação constitucional decorre da positivização de princípios notados na realidade. No entanto, nos dois modelos está mantida a característica principal do constitucionalismo: a limitação jurídica do governo<sup>34</sup>.

Quando faz a distinção entre a existência de um constitucionalismo com ou sem constituição escrita, Jon Elster sintetiza as suas diferenças:

Uma diferença entre as Constituições escritas e não-escritas é que as primeiras são *feitas*, enquanto as segundas surgem ou *se desenvolvem*. Uma outra diferença é que enquanto a violação da Constituição escrita pode desencadear sanções *legais* – por exemplo, por meio do controle da constitucionalidade ou por decretos executivos –, aqueles que violam uma convenção não-escrita arriscam-se a sofrer sanções *políticas* que vão de uma derrota eleitoral a uma revolução.<sup>35</sup>

O que se pode extrair de tais premissas é a importância do constitucionalismo, em cada realidade ímpar, como mecanismo de limitação diferente do poder. Isso significa que não necessariamente o modelo americano, ou o inglês, serão as melhores propostas a serem adotadas no Brasil. O sistema brasileiro pode se pautar em princípios, ou até em uma tradição, ou em outro modelo. O que vale a pena trazer como lição do constitucionalismo é a necessidade de limitação de governo que é viabilizada por meio da constituição.

<sup>33</sup> McILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1991.

<sup>34</sup> Idem.

<sup>35</sup> ELSTER, John. *Ulisses liberto: estudos sobre a racionalidade, pré-compromisso e restrições*. São Paulo: UNESP, 2009. p. 129.

No então, não existe apenas esse papel para o texto constitucional. Há ainda uma importante conquista possível por meio da relação entre o texto constitucional e Poder Judiciário: a possibilidade de efetivação dos direitos previstos na Constituição de 1988. Isso pode ser concretizado, dentre outros meios, em função da apreciação judicial.

Nessa linha de raciocínio, Gerald Stourzh enfatiza como a maior conquista advinda do constitucionalismo americano a hierarquia constitucional, que possibilita o controle de constitucionalidade. Esse fator diferenciaria a importância do constitucionalismo, a ponto de permitir que os princípios constitucionais possam acompanhar as mudanças no tempo.

The rise of the constitution as the paramount law, reigning supreme and therefore invalidating, if procedurally possible, any law of a lower level in the hierarchy of legal norms, including "ordinary" legislator-made law, is the great innovation and achievement of American eighteenth-century constitutionalism. Awareness of this innovation, not of constitutions reduced to written documents, was what evoked the proud commentary of eighteenth-century Americans such as Tom Paine, James Iredell, and James Madison.<sup>36</sup>

No desenrolar de sua análise do constitucionalismo, John Elster enumera as seguintes vantagens de uma constituição escrita: a) a regulamentação dos aspectos mais fundamentais da vida (substantiva); b) é mais difícil mudar uma constituição que promulgar uma legislação ordinária (procedimental) e c) a constituição tem precedência sobre a legislação ordinária em caso de conflito<sup>37</sup>. No entanto, mais do que isso, deve-se atentar para a importância do constitucionalismo como um meio de assegurar que a mudança constitucional será lenta, caso comparada com a via ordinária da política parlamentar.<sup>38</sup>.

A hierarquia superior da constituição é o elemento diferenciador do conceito de constituição entre a América e a Inglaterra. Por ter

<sup>36</sup> STOURZH, Gerald. Constitution: changing meanings of the term from the early seventeenth to the late eighteenth century. In: POCOCK, J.G.A.; BALL, Terence. *Conceptual chance and the constitution*. Lawrence: University press of Kansas, 1988. p. 47.

<sup>37</sup> ELSTER, John. *Ulisses liberto*: estudos sobre a racionalidade, pré-compromisso e restrições. São Paulo: UNESP, 2009. p. 133.

<sup>38</sup> ELSTER, John. *Ulisses liberto*: estudos sobre a racionalidade, pré-compromisso e restrições. São Paulo: UNESP, 2009. p. 133.

adoptado o Brasil a hierarquia superior da constituição, com a sua possibilidade de controle, é possível não só uma atualização do conteúdo de seus princípios por meio de uma história constitucional, mas também a efetividade a ser conferida pelo Poder Judiciário dos direitos previstos na Constituição de 1988.

Cristiano Paixão e Renato Bigliazzi, quando analisam as experiências do constitucionalismo inglês e americano, endossam a importância da supremacia constitucional e do controle de constitucionalidade, mas, sem deixar de lado a ideia do constitucionalismo moderno<sup>39</sup>. As duas facetas do constitucionalismo não se excluem, mas, ao contrário, complementam-se. Ao mesmo tempo em que se forma uma história constitucional, a apreciação do Poder Judiciário também participa deste processo.

Logo, não merece guarida a afirmação de que os dispositivos da Constituição Federal são excessivos e supérfluos, podendo ser reduzidos para o número de 70 artigos, sem qualquer prejuízo. Os preceitos constitucionalizados detêm um papel não só na criação das leis ordinárias, mas também na concretização perante as Cortes Constitucionais. Além disso, podem ser os indicativos para a realização de uma sociedade mais afeita ao bem comum<sup>40</sup>.

Quando se trabalha a atuação do Poder Judiciário, na efetivação dos direitos, há quem o critique (a PEC nº 341/09 faz essa ponderação) sob o argumento de que careceria de legitimidade para tratar sobre tais temas, pois não foram eleitos pelo povo. No entanto, pensar assim é reduzir o constitucionalismo à representação dos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal crítica, em verdade, ampara-se em uma compreensão liberal do clássico esquema da divisão de poderes<sup>41</sup>. Sabe-se que houve a evolução de tal compreensão para uma visão social, que culminaria, na atualidade, por tratar os princípios como se fossem uma comparação de bens. Mas, em uma leitura mais contemporânea, para Habermas, o papel

<sup>39</sup> PAIXÃO, Cristiano e BIGLIAZZI, Renato. *História Constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: UnB, 2008. p. 132.

<sup>40</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito: A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

<sup>41</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro. 2003. p. 298.

do Tribunal Constitucional é proteger o procedimento democrático da legislação, para renovar a compreensão republicana<sup>42</sup>.

A Corte Constitucional se legitima ao tratar sobre os temas controvertidos, gerar o debate na sociedade e permitir a participação social no julgamento. Habermas enfatiza a importância do discurso produzido no espaço público. Utilizando a avaliação de Michelman, passa a ver as seguintes vantagens:

[...] o assédio discursivo do tribunal através de uma sociedade mobilizada produz uma interação capaz de gerar consequências favoráveis para os dois lados, pois o alargamento da base de decisão faz com que o tribunal, que continua a decidir de modo independente, amplie também o campo de visão dos especialistas. E, aos olhos dos cidadãos que tentam influir no tribunal através de uma opinião pública provocativa, cresce a legitimidade do procedimento que conduz à decisão.<sup>43</sup> (2003b, p. 158)

A experiência do constitucionalismo americano endossa que o Poder Judiciário tem um papel fundamental de “resolver dinamicamente as ambigüidades que a máquina constitucional evidencia na rigidez que lhe constituía garantia”<sup>44</sup>. Em tal tarefa, o Poder Judiciário funda e inova pautado naquilo que o texto constitucional pode lhe dar abertura.

Madison, ao traçar os alicerces do constitucionalismo americano, não se conceve na idéia de facções e paixões. Percebendo que a república não bastaria para conter os malefícios dos interesses, propôs outros mecanismos como os “freios e contrapesos”, no federalista nº 51<sup>45</sup>. Nas palavras do autor, esse mecanismo significaria que “as diferentes partes constituintes possam, através de suas mútuas relações, ser os meios de conservar cada uma em seu devido lugar”<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> Idem, p. 299.

<sup>43</sup> HABERMAS, Jügen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro. 2003. p. 158.

<sup>44</sup> NEGRI, Antônio. *O poder constituinte. Ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 255.

<sup>45</sup> MADISON, James. Federalista nº 10 e nº 51. In: \_\_\_\_\_. HAMILTON, Alexander; JAY, Jonh. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 417.

<sup>46</sup> MADISON, James. Federalista nº 10 e nº 51. In: \_\_\_\_\_. HAMILTON, Alexander; JAY, Jonh. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 417.

No entanto, quando tratou sobre a eficácia da divisão de poderes, o próprio Madison fez uma ressalva. Explicou que “a dependência em relação ao povo é, sem dúvida, o principal controle sobre o governo, mas a experiência nos ensinou que há necessidade de precauções suplementares.”<sup>47</sup>

Em outras palavras, Madison registrou que não bastava a divisão de poderes, como um autocontrole. Segundo ele, tão importante quanto essa garantia seria a proteção da opressão de um cidadão contra o outro:

É da maior importância em uma república não apenas defender a sociedade contra a opressão de seus governantes, mas também evitar que uma parte exerça opressão contra a outra. Sempre existirão interesses diferenciados entre classes diferentes de cidadãos. Se uma maioria se constituir em torno de um interesse comum, os direitos da minoria correrão perigo.

Há apenas dois processos de proteção contra esse mal: um é criando na comunidade um consenso independente da maioria, isto é, um sentimento da própria sociedade; o outro, formando na sociedade tantos grupos independentes de cidadãos que tornem de todo improvável, senão mesmo impraticável, qualquer pretensão injusta da maioria.<sup>48</sup>

Dentro deste contexto, para Madison, a primeira solução seria o governo hereditário. Já a segunda, pretenderia uma reunião da nação em torno de princípios como a justiça e o bem comum. Para tanto, pregava que deveria existir uma voz independente da própria sociedade<sup>49</sup>. Trazendo tal raciocínio para os dias de hoje, tal papel foi inegavelmente assumido pelo Poder Judiciário.

Adair explica que Beard – um dos estudiosos do constitucionalismo Americano – concorda com essa conclusão: “[...] there was no usurpation, that a majority of the Fathers approved of “judicial control” of majority will, and that the antidemocratic principle of judicial supremacy was in harmony with the whole spirit of the Constitution”.<sup>50</sup>

<sup>47</sup> MADILSON, op. cit., p. 418.

<sup>48</sup> Idem, p. 420.

<sup>49</sup> Idem, p. 421.

<sup>50</sup> ADAIR, Douglass. The tenth federalist revisited/ That politics may be reduced to a science. David Hume, James Madison, and the Teenth Federalist. In: \_\_\_\_\_ *Fame and the founding fathers. Liberty fund*:

A proteção garantida por um controle de constitucionalidade não é só afirmada no pensamento constitucional americano. Sieyés, ao tratar da experiência constitucional francesa, explica: “Si queréis dar una salvaguardia a la Constitución, um freno saludable que mantenga a cada acción representativa dentro de los límites de su procuración especial, estableced uma *jurie constitutionnaire*”.<sup>51</sup>

Sieyès concede um papel de grande importância à constituição e ao seu controle. Registra isso quando afirma que “una constitución es um cuerpo de leyes obligatorias”<sup>52</sup> e, em seguida, explica que a obrigatoriedade só tem sentido se houver um controle de constitucionalidade por uma Corte Constitucional. Mas, faz certa ressalva à rigidez constitucional, quando afirma que “una obra hecha por manos de hombre necesita mantenerse abierta a los progressos de su razón y de su experiência”<sup>53</sup>.

Exatamente a proposta deste meio termo que é a endossada por esse trabalho. Não se pretende aqui retirar a importância do Poder Legislativo para a efetivação de direitos. No entanto, é preciso manter aberta a possibilidade de que os mesmos direitos que podem ser construídos por uma legislação ordinária, sejam efetivados também pelo Poder Judiciário. Isso não evita a construção se uma história constitucional, mas, na verdade, concede-lhe ainda outros elementos.

Quando trata sobre a identidade constitucional, Rosenfeld explica que esta é abstrata, e sempre pode ser reconstruída e reinterpretada<sup>54</sup>, mas precisa ser entendida como algo complexo, fragmentado, parcial e incompleto. Quando apresenta a sua forma de construção, esclarece que essa história também perpassa pelos julgamentos da Corte Suprema<sup>55</sup>.

Não cabe negar a importância dos princípios no contexto constitucional, diante da possibilidade de construção de uma história

---

Indianapolis, 1998, p. 120.

<sup>51</sup> SIEYÉS, Emmanuel Joseph de. *Escritos Políticos de Sieyés*. Tradução e organização David Pandoja Morán. México: Fondo de Cultura Económica, 1993. p. 247.

<sup>52</sup> Idem, p. 258.

<sup>53</sup> Idem, p. 264.

<sup>54</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 18.

<sup>55</sup> Idem, p. 19.

constitucional, a partir deles. É simplista e sem validade o argumento de que a constitucionalização de um tema seja apenas o medo quanto a futuras alterações.

Apesar disso, a PEC nº 341/09 espôs esse argumento quando afirma que “a busca da inserção de uma norma na constituição é o medo de qualquer alteração posterior”<sup>56</sup>.

O que pode ser lido nas entrelinhas da PEC nº 341/09 é a pretensão de ampliar uma competência do legislativo que já é sua. Em outras palavras, intenta-se trazer tais temas para a incumbência das leis ordinárias, como se a previsão na constituição não albergasse qualquer sentido ou efetividade. A PEC nº 341/09 prega o seguinte: “em verdade, o que deve ser evolução natural da sociedade, que é própria para absorção de suas divergências, passa a ser disciplina constitucional, o que torna estéreis as discussões políticas, para inclusão social. Tudo é de ser levado à constituição, o que é, no mínimo, patético.”<sup>57</sup>

Divergindo da proposta, quando trata sobre os princípios, Rogério Soares os define de maneira diversa. “São esses princípios que dão sentido e justificação a cada constituição formal. E que recebidos ou implícitos em todas elas, aumentam a sua força normativa, isto é, a capacidade de se manifestarem como um instrumento vivo e actuante de composição dos conflitos”.<sup>58</sup>

Conforme conclui Argemiro Martins, pode ser constitutivo o paradoxo entre a universalização das constituições e a atenção aos interesses contrapostos na realidade social. Nas suas palavras, “a constituição depende fundamentalmente da razão e da habilidade dos constituintes em arranjar e contrapor os interesses e paixões que compõem a “natureza política humana” seja nas ex-colônias, na Inglaterra, na França ou em qualquer outra parte do mundo.”<sup>59</sup>

<sup>56</sup> BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional nº 341, de 2009. Brasília, 2009. Modifica os dispositivos constitucionais retirando do texto matéria que não é constitucional. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=427473>>. Acesso em: 16.08.2011, p. 22.

<sup>57</sup> Idem, p. 33.

<sup>58</sup> SOARES, Rogério Ehrhardt. O conceito ocidental de constituição. Revista de legislação e jurisprudência, Coimbra, ano 119, nº 3743, 01 jun. 1986, e n 3744, 01 jul. 1986. p. 71.

<sup>59</sup> MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. Texto apresentado na cadeira “Elementos da Teoria da Constituição”. 2009.

No trabalho de harmonizar tais interesses, a constituição detém um papel essencial para lidar com aquilo que no nascimento do constitucionalismo americano já havia sido identificado: as paixões e os interesses. Além disso, deve atentar para a proteção das minorias, contra os abusos das maiorias.

Quando propõe possibilidades de defesa das minorias, Antônio Negri sugere dois caminhos: a) conceber a sociedade como um contrapoder, opondo-a ao governo ou b) o pluralismo. De saída, o próprio autor reconhece que o primeiro caminho é perigoso e precário. Em seguida, perfilha a posição de que o caminho que deve ser trilhado é o segundo: o pluralismo<sup>60</sup>.

A Constituição de 1988 é uma enorme expressão deste pluralismo. Foram inseridos, dentro de seu corpo, interesses contraditórios, mas que podem se tornar produtivos na construção de uma história constitucional. Não se está dizendo aqui que as constituições são instrumentos infalíveis. Como afirma Jon Elster, “as constituições podem restringir os outros em vez de serem atos de auto-restricção. Além disso, as constituições podem nem mesmo ter o poder de restringir”<sup>61</sup>. Contudo, a sua vulnerabilidade não pode ser um argumento para desacreditar os benefícios.

Sobre essa empreitada, para a efetivação dos direitos fundamentais, Menelick de Carvalho propõe entendê-los “algo permanentemente aberto, ver a Constituição formal como um processo permanente, e portanto mutável, de afirmação da cidadania.”<sup>62</sup>. É exatamente em razão dessa abertura que é tão importante manter a Constituição de 1988, mesmo com as possibilidades de abusos e seus riscos.

## 2.2.2 O momento constituinte

Outro argumento ventilado na PEC nº 341/09 para reduzir os direitos na constituição é o de que o momento atual da sociedade é outro. No texto da PEC nº 341/09 está expresso que não existe mais a ditadura, a tirania, logo, não há mais necessidade de tantos direitos.

<sup>60</sup> NEGRI, Antônio. *O poder constituinte. Ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

<sup>61</sup> ELSTER, John. *Ulisses liberto: estudos sobre a racionalidade, pré-compromisso e restrições*. São Paulo: UNESP, 2009, p. 124.

<sup>62</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica constitucional e os desafios postos aos Direitos Constitucionais. SAMPAIO, José Adécio Leite (Org.). *In Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

Afirma: “justifica-se, outrora, a imensidão de dispositivos insertos no texto do diploma político para que fossem assegurados os direitos, diante das ondas de agressão de ditaduras e poderes tirânicos que sacrificam as pessoas. Nas modernas democracias, os poderes já se encontram razoavelmente consolidados”.<sup>63</sup>

Pensar assim é não compreender o poder constituinte e as particularidades do seu momento.

Quando analisa o momento constituinte americano, Antônio Negri o define como aquele que realiza uma enorme mudança de paradigma, pois o espírito constituinte é antes de tudo radical. Todas as relações são colocadas em discussão e tudo é abalado<sup>64</sup>. Trata-se de um momento único. O autor oferece como suas características: a) a radicalidade democrática, b) a inovação ontológica e c) a sua incidência sobre o imaginário<sup>65</sup>.

Então, o momento constituinte não pode ser resumido à sua conjuntura histórica. Não é apenas o momento de pós-ditadura, em 1987/88. É muito mais do que isso. Consiste na possibilidade de uma construção democrática e plural, na revisão de valores e na quebra de conceitos, além de uma imaginação coletiva sobre um futuro melhor. Em cima de tudo isso é que se constrói uma constituição como a brasileira de 1988.

O poder constituinte não apenas funda, mas também desenvolve o contexto social. Antônio Negri<sup>66</sup> explica esse fenômeno, pautado na experiência da constituição americana:

Nessa primeira abordagem da Constituição dos Estados Unidos, o que mais impressiona é a autêntica *translatio* do poder constituinte aqui verificada. Pela primeira vez, ele não é concebido como algo que funda a constituição, mas como combustível de seu motor. O poder constituinte não é mais um atributo do povo – daquele povo livre e capaz de reinventar sua liberdade nos grandes espaços americanos

<sup>63</sup> BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional nº 341, de 2009. Brasília, 2009. Modifica os dispositivos constitucionais retirando do texto matéria que não é constitucional. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=427473>>. Acesso em: 16.08.2011, p. 28.

<sup>64</sup> NEGRI, Antônio. *O poder constituinte. Ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 219.

<sup>65</sup> Idem, p. 220.

<sup>66</sup> Idem, p. 237.

e através da apropriação, daquele povo que Burke havia descrito. O poder constituinte tornou-se um modo da sociedade política: ela é que forma o povo através da representação, da divisão de poderes, através de todas as engrenagens da máquina constitucional. O *homo politicus* é redefinido pela constituição; sem constituição, não há mais poder constituinte.

Logo, constituição e poder constituinte estão intrinsecamente ligados. O momento constituinte não só faz nascer a constituição, mas se mantém presente em sua história a ser formada. As discussões da Constituição de 1988, com a população, em um momento de otimismo, para uma vida melhor, é único. A inserção de proteções a minorias como os indígenas, os quilombolas, são decorrentes de uma participação democrática que também se desenvolve na história constitucional. O fato da efetivação não ocorrer de maneira automática não dá azo à tentativa de uma nova constituinte, como se tal deliberação, pudesse, por si só, transformar a realidade. Contra esse tido de derrotismo, Marcelo Cattoni prega o seguinte:

Essa postura desesperada deveria, num giro paradigmático, levantar-se do leito mortuário e ir à luta, tendo como armas uma nova concepção do Direito Constitucional, perpassado pelas tensões entre facticidade social e autocompreensão normativa do constitucionalismo democrático, e abandonar uma teoria “idealista” da Constituição a fim de enfrentar a segunda postura, a da “jurisprudência de valores”, já questionada em seu país de origem e distorcida, aqui, ao sabor dos interesses políticos e econômicos do atual Governo Federal e dos grupos que o sustentam.<sup>67</sup>

No caso americano, exemplo disso é o pensamento de Thomas Paine, que trata no momento constituinte americano, a América como a terra prometida; aquela que detém a capacidade de se auto-regular<sup>68</sup>. Thomas Jefferson traçará a relação entre a finalidade política do texto (a declaração de independência das colônias americanas) e o poder constituinte (a declaração dos direitos democráticos). Em outras palavras, a ligação entre a democracia e poder constituinte.

<sup>67</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

<sup>68</sup> NEGRI, Antônio. *O poder constituinte. Ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 222.

Na PEC nº 341/09 há também o desenvolvimento da premissa de que uma constituição muito ampla termina por se tornar antidemocrática. Nas palavras da proposta, “a impregnação de validade de todas as normas, leva à estagnação da sociedade”<sup>69</sup>. Ao ser muito ampla, a constituição terminaria por retirar a atribuição do Congresso Nacional de legislar, pois, já trataria dos temas sociais controvertidos.

Segundo o relator da PEC nº 341/09, a inserção de muitos direitos sociais na constituição, ao invés de efetivá-los, leva à tendência de “desobediência ao que foi escrito”<sup>70</sup>. Há sempre a produção de uma compreensão de que a constituição não acompanha as mudanças sociais futuras, engessando, assim, o futuro.

Mas, perspectivas como essa não são novidade. Não. Ao contrário. Tais indagações surgiram desde o nascimento do constitucionalismo com perguntas como esta: como podem os governados se vincularem a uma decisão tomada anteriormente, em outro contexto? De tal questionamento nascem duas linhas de raciocínio, segundo Elster e Slagstad: a) a existência de uma tensão inconciliável entre constitucionalismo e democracia ou b) constitucionalismo e democracia se apóiam reciprocamente<sup>71</sup>.

Desenvolvendo a compatibilidade entre democracia e o constitucionalismo, Negri desenha assim os seus papéis: “[...] se o pessimismo diz respeito à democracia, o otimismo refere-se à Constituição da República, ou seja, ao encarceramento do espírito democrático e à domesticação do poder constituinte.”<sup>72</sup> Em outras palavras, ambos se constituem e se autolimitam.

A idéia de a constituição “amarra” as futuras gerações, por decisões tomadas em outro contexto, não é uma crítica nova ao constitucionalismo. O equívoco da PEC nº 341/09 é um tema recorrente na história constitucional.

69 BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional nº 341, de 2009. Brasília, 2009. Modifica os dispositivos constitucionais retirando do texto matéria que não é constitucional. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=427473>. Acesso em 16.08.2011, p. 28.

70 BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional nº 341, de 2009. Brasília, 2009. Modifica os dispositivos constitucionais retirando do texto matéria que não é constitucional. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=427473>>. Acesso em: 16.08.2011. p. 23.

71 ELSTER, John. *Ulisses liberto: estudos sobre a racionalidade, pré-compromisso e restrições*. São Paulo: UNESP, 2009. p. 219.

72 NEGRI, Antônio. *O poder constituinte. Ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 233.

Quando Habermas trata sobre tal compatibilidade, deixa claro que um princípio não é possível sem o outro. Aduz:

[...] a idéia de direitos humanos, vertida em direitos fundamentais, não pode ser imposta ao legislador soberano a partir de fora, como se fora uma limitação, nem ser simplesmente instrumentalizada como um requisito funcional necessário a seus fins. Por isso, consideramos os dois princípios como sendo, de certa forma, co-originários, ou seja, um não é possível sem o outro<sup>73</sup>.

Para superar essa falta dicotomia entre democracia e o Estado de Direito, Habermas propõe que se pense a “constituição como um projeto que pereniza o ato fundador constituinte no interior do processo evolutivo das gerações seguintes.”<sup>74</sup>. Faz a correlação entre o poder constituinte e a própria constituição.

### 3 CONCLUSÃO

A proposta deste artigo foi questionar os argumentos da PEC nº 341/09, ao impugnar o número de artigos como um empecilho para a modificação social. Para demonstrar os seus equívocos, um bom caminho aparece com a revisita às experiências do constitucionalismo americano e inglês.

Do resgate das bases do constitucionalismo, pode-se perceber que o problema não se encontra no texto constitucional, mas sim nas paixões e interesses humanos que existem em toda comunidade de pessoas. Não bastasse isso, a constituição não pode ser vista em seu aspecto meramente formal ou material, mas sim com os dois elementos que lhe são constitutivos.

A história do constitucionalismo também faz perceber o quanto é importante a hierarquia constitucional, o que pode – e a prática demonstra que ocorre – ocasionar a efetivação dos princípios pelo Poder Judiciário. Manter os princípios no texto não só dificultam a sua modificação, mas também conferem a via judicial como importante mecanismo contramajoritário.

<sup>73</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro. 2003. p. 155.

<sup>74</sup> Idem, p. 156.

Outro aspecto digno de nota foi o momento constituinte e a sua correspondência com a democracia. A Constituição de 1988 é o resultado de um momento único, com amplo debate com a sociedade. E as propostas de reformas constitucionais – dentre as quais se insere a política – olvidam-se desta pluralidade e de seu valor simbólico.

Não se nega que existem interesses contrapostos. Da mesma forma, não há como evitar os interesses e paixões, porque de outra forma não poderia ser, afinal, são inerentes à natureza humana.

O objetivo desta pesquisa foi demonstrar que os direitos inseridos no texto constitucional podem – e são – o ponto de partida para a sua efetivação. Eles garantem o debate na sociedade, e dão vez à mobilização social. Em havendo um conceito no texto, pode-se efetivar a sua construção de sentido, no tempo.

Os textos escritos são falíveis. Podem gerar distorções, injustiças e desigualdades. Contudo, podem ajudar na tarefa de efetivação de uma sociedade mais justa e igualitária. Diante de tal possibilidade, é preciso deixar de lado a proposta de uma constituinte – como instrumento apto a resolver todos os problemas com um toque de mágica - e trabalhar para construir uma sociedade melhor, utilizando-se de todos os seus mecanismos, sejam judiciais, sociais ou legislativos. O que de fato importa é levar a construção dessa história a sério.

## REFERÊNCIAS

ADAIR, Douglass. The tenth federalist revisited/ That politics may be reduced to a science. David Hume, James Madison, and the Teenth Federalist. In: \_\_\_\_\_ Fame and the founding fathers. Liberty fund: Indianapolis, 1998.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Diário Oficial da União. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 31 de julho de 2012.

\_\_\_\_\_. Proposta de Emenda Constitucional nº 157, de 2003. Brasília, 2003. Convoca Assembléia de Revisão Constitucional e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=131896>>. Acesso em:16.07.2011.

\_\_\_\_\_. Proposta de Emenda Constitucional nº 341, de 2009. Brasília, 2009. Modifica os dispositivos constitucionais retirando do texto matéria que não é constitucional. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=427473>>. Acesso em: 16.08.2011.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica constitucional e os desafios postos aos Direitos Constitucionais. SAMPAIO, José Adécio Leite (Org.). In *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

\_\_\_\_\_. A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. *Fórum administrativo*, ano I, n. 1, Belo Horizonte: Fórum, março de 2001.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito: A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DIPPEL, Horst. Os direitos humanos na América, 1776-1849: redescobrindo o contributo dos Estados. In: \_\_\_\_\_. *História do constitucionalismo moderno – novas perspectivas*. Tradução de António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007.

ELSTER, John. *Ulisses liberto*: estudos sobre a racionalidade, pré-compromisso e restrições. São Paulo: Unesp, 2009.

HABERMAS, Jügen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003 (a).

\_\_\_\_\_. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003 (b).

\_\_\_\_\_. *Era das Transições*. Tradução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003 (c).

JUNIOR, José Geraldo de Sousa. Defesa da Constituição. In *Constituição & Democracia*, Brasília, 2006, nº 1, 10 Fev.

- MADISON, James. Federalista n. 10 e n. 51. In: \_\_\_\_\_.  
HAMILTON, Alexander; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.
- MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. Texto apresentado na cadeira “Elementos da Teoria da Constituição”. 2009.
- McILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1991.
- NEGRI, Antônio. *O poder constituinte. Ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- OLIVEIRA, Paulo Henrique Blair de. Discutindo o essencial. *Observatório da Constituição e da Democracia*, Brasília, n. 1, p. 10-10, 2006.
- PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História Constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: UnB, 2008.
- PAIXÃO, Cristiano. A Constituição subtraída. In *Constituição & Democracia*, Brasília, 2006, n. 1, 10 fev. 2006.  
\_\_\_\_\_. *Modernity, Tempo e Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- PAIXÃO, Cristiano; CARVALHO NETTO, Menelick. Entre permanência e mudança: reflexões sobre o conceito de constituição. In: MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (org.). *Constituição, jurisdição e processo: estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007.
- ROSENFIELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- SIEYÉS, Emmanuel Joseph de. *Escritos Políticos de Sieyés*. Tradução e organização David Pandoja Morán. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

SOARES, Rogério Ehrhardt. O conceito ocidental de constituição. *In: Revista de legislação e jurisprudência*, Coimbra, ano 119, nº 3743, 01 jun. 1986, e n. 3744, 01 jul. 1986.

STOURZH, Gerald. Constitution: changing meanings of the term from the early seventeenth to the late eighteenth century. *In: POCOCK, J.G.A.; BALL, Terence. Conceptual change and the constitution*. Lawrense: University press of Kansas, 1988.

URL: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/640892.pdf>>. Acesso em: 21.01.2011.

URL: <[http://www.camara.gov.br/sileg/prop\\_detalhe.asp?id=131896](http://www.camara.gov.br/sileg/prop_detalhe.asp?id=131896)>. Acesso em: 04.2.2011.

# A UTILIZAÇÃO DA REGRA DA PROPORCIONALIDADE COMO FORMA DE CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO QUANDO EM CONFLITO COM O INTERESSE PRIVADO

*USING THE RULE OF PROPORTIONALITY FOR THE IMPLEMENTATION OF THE PRINCIPLE OF SUPREMACY OF PUBLIC INTEREST WHEN IN CONFLICT WITH PRIVATE INTEREST*

Natália Hallit Moyses  
Procuradora Federal

Especialista em Direitos Humanos, Teoria e Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 O Interesse Público; 1.1 Evolução Histórica; 1.1.1 Noção Clássica; 1.1.2. Noção Moderna; 1.2 O Conteúdo Conceitual de Interesse Público; 1.3 O Interesse Público Primário e o Interesse Público Secundário; 2 O Princípio da Supremacia do Interesse Público; 2.1 O Significado de Princípio; 2.2 A Crítica e a tentativa (Frustrada) de Desconstrução do Princípio; 2.3 A Regra da Proporcionalidade Como Forma de Satisfação do Princípio da Supremacia do Interesse Público

quando em conflito com o Interesse Privado; 2.3.1 Breve explicação sobre a Lei da Colisão e a Regra da Proporcionalidade; 2.3.2 A Aplicação da Regra da Proporcionalidade ao Princípio da Supremacia do Interesse Público quando em Conflito com o Interesse Particular; 3 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho pretende demonstrar que apesar do princípio da supremacia do interesse público não gozar de aplicação absoluta no ordenamento jurídico, permanece como princípio implícito e reclama uma aplicação ponderada quando em conflito com os interesses individuais, consoante a regra da proporcionalidade. Para tanto, o conteúdo conceitual de interesse público será delimitado, explicitando-se a diferença entre interesse público primário e secundário. Fixados os limites conceituais de interesse público, o significado do princípio da supremacia do interesse público será analisado, bem como a moderna crítica doutrinária quanto à sua prevalência na atual ordem jurídica constitucional. Será defendida a aplicação da regra da proporcionalidade, proposta na teoria do direito de Robert Alexy, ao princípio da supremacia quando houver conflito entre interesse público e privado, como forma de satisfação do referido princípio, obstando condutas arbitrárias por parte da administração pública.

**PALAVRAS-CHAVE:** Interesse Público. Princípio da Supremacia do Interesse Público. Conflito entre Interesse Público e Interesse Privado. Regra da Proporcionalidade.

**ABSTRACT:** This academic work intends to demonstrate that despite the principle of supremacy of public interest does not enjoy absolute application in law, remains implicit principle and calls for a weighted application when in conflict with individual interests, according to the rule of proportionality. Thus, the conceptual content of public interest shall be limited, explaining the difference between primary and secondary public interest. Set the conceptual boundaries of public interest, the meaning of the principle of supremacy of public will be examined as well as the modern doctrinal criticism about its prevalence in current constitutional law. Will defended the application of the proportionality rule, proposed in the theory of the right of Robert Alexy, the principle of supremacy when there is conflict between public and private interest as a way of satisfying the above principle, hindering arbitrary conduct on the part of public administration.

**KEYWORDS:** Public Interest. Principle of Supremacy of Public Interest. Conflict between Public Interest and Private Interest. Rule of Proportionality.

## INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 proclamou em seu preâmbulo a instituição de um Estado Democrático de Direito destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

No entanto, no âmbito das relações sociais, conflitos entre o interesse público e o interesse privado ocorrerão, atraindo a incidência do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, informador do direito administrativo e da conduta dos agentes públicos.

Até antes do advento da Constituição da República de 1988, embora o conceito de interesse público tenha sido objeto de discussões jurídicas, inexistia dúvida sobre a sua prevalência em face do interesse privado, quando em conflito.

Na realidade, como afirma Di Pietro<sup>1</sup>, o direito administrativo instituiu princípios e institutos que derrogaram em grande parte os postulados básicos do individualismo jurídico, tais como:

- i) o reconhecimento de privilégios para a administração pública opõe-se ao ideal de igualdade de todos perante a lei;
- ii) a criação, pelo Estado, de entidades públicas ou privadas, com personalidade jurídica própria, coloca intermediários entre o Estado e os indivíduos;
- iii) a atribuição de uma função social à propriedade privada derroga o caráter absoluto com que esse instituto era visto no direito civil do século XVIII;
- iv) a imposição de normas de ordem pública para reger as relações contratuais afeta o princípio da autonomia da vontade;
- v) a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* atinge o princípio da força obrigatória dos contratos.

<sup>1</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 92.

Contudo, a partir do estabelecimento da nova ordem constitucional, especialmente em razão da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como um dos alicerces da República e do Estado Democrático de Direito, deu-se início a um necessário reexame do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, sob os pontos de vista do Direito Administrativo e do Direito Constitucional.

O movimento de doutrinadores<sup>2</sup> contra o princípio da supremacia do interesse público, seja para excluí-lo do mundo jurídico, seja para reconstruí-lo porque pretensamente superado pela supremacia dos interesses privados introduzido pela Constituição da República de 1988, merece especial destaque, precipuamente porque põe em risco a base de todos os ramos do direito público.

Os críticos indagam como poderia o interesse individual ser observado já que a administração pública tem o dever de atender aos anseios da coletividade. Da mesma forma, alegam a inviabilidade de se falar em supremacia do interesse público sobre o particular diante da existência dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

A despeito da tentativa de mitigação ou erradicação do princípio em questão, a sua importância é inolvidável no ordenamento jurídico, sendo necessária a compreensão de que longe de legitimar posturas autoritárias da administração pública, o princípio aponta uma exigência de legitimidade da atuação administrativa, além de embasar o controle do exercício das competências discricionárias.

Portanto, ao invés de negar a sua existência, devemos combater sua utilização indevida, que ocorre quando o princípio é empregado para justificar decisões administrativas arbitrárias ou vinculadas à busca de interesses pessoais.

Além disso, o princípio da supremacia do interesse público reclama uma aplicação pautada na regra da proporcionalidade, cabendo ao administrador ponderar os interesses em conflito, considerando os direitos fundamentais eventualmente envolvidos.

Nesse panorama, o presente trabalho perseguirá o conteúdo conceitual de interesse público, percorrendo a sua evolução histórica;

---

<sup>2</sup> Tais como Humberto Ávila, Daniel Sarmento e Gustavo Binenbojm.

demonstrará a importância do princípio da supremacia do interesse público com um dos pilares do direito brasileiro, bem como a necessidade de aplicação da regra da proporcionalidade ao citado princípio quando em conflito com interesses privados como meio de satisfação dos interesses e direitos envolvidos no caso concreto.

## 1 O INTERESSE PÚBLICO

Atualmente, tem-se questionado no direito administrativo sobre a efetiva superioridade ou, até mesmo, a existência de um interesse público norteador das atividades administrativas.

A crítica doutrina aponta o interesse público como sendo a gênese do direito administrativo reacionário e autoritário. Contudo, já advertia Borges<sup>3</sup>, há a necessidade de distinguir a supremacia do interesse público de “suas manipulações e desvirtuamentos em prol do autoritarismo.” O problema, pois, não é do princípio, mas de sua aplicação prática.

### 1.1 Evolução Histórica

A investigação acerca do conteúdo conceitual de interesse público na modernidade leva necessariamente ao estudo de sua evolução histórica.

#### 1.1.1 Noção clássica

A noção clássica de interesse público, segundo Carvalho Filho<sup>4</sup>, desempenha papel mais expressivo a partir da constituição do Estado de Direito. Dentre os postulados fundamentais sobressai o que identifica sua função primordial, qual seja, a de gerir os interesses das coletividades perseguindo o bem-estar e a satisfação dos indivíduos.

Na antiguidade não havia espaço para definir o interesse público, em razão de diversas condições políticas, sociais e econômicas. No direito romano, entretanto, notadamente à época de Ulpiano, já se encontravam

3 BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, n. 15, fev/mar/abr, 2007. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/Supremacia%20do%20Interesse%20P%C3%A1blico%20%20-%20Alice%20Gonzalez%20Borges.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/Supremacia%20do%20Interesse%20P%C3%A1blico%20%20-%20Alice%20Gonzalez%20Borges.pdf)>. Acesso em: 29 jan. 2012.

4 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 69.

certos axiomas que se relacionavam ao interesse do Estado, conquanto este ainda não configurasse o instrumento de representação popular. Naquela época, se o interesse era do Estado, a norma seria de direito público e, se dos indivíduos, seria de direito privado<sup>5</sup>.

Logo, a interpretação do interesse público levava em consideração dois vetores: um relativo ao interesse do próprio Estado e outro pertencente à coletividade, com representação do Estado. Observe-se que direta ou indiretamente, o Estado sempre polarizou o interesse público e desempenhou o papel de árbitro para identificá-lo no âmbito das relações sociais, políticas e econômicas. Igualmente, as relações jurídicas se viram permeadas pelo influxo da mesma ideia.

Ao tratar das linhas conceituais do Direito Administrativo, Bielsa citado por Carvalho Filho<sup>6</sup>, partiu da premissa de que esse ramo se constitui de normas que regulam a ação dos órgãos da administração pública e a situação dos administrados, quer quando impõe deveres, quer quando reconhece direitos e interesses legítimos, realçando a bipolarização do interesse público como do Estado e da coletividade.

No Império, época em que apenas a Europa, principalmente a França, começava a vicejar o Direito Administrativo, considerava-se esse ramo como aquele que rege direitos, interesses sociais e interesses de ordem pública, ao passo que o Direito Civil disciplinava os direitos e interesses privados<sup>7</sup>.

Ainda com a visão clássica, o interesse público esteve associado à própria noção de Estado e aos objetivos perseguidos. Carvalho Filho<sup>8</sup> recorda que a ligação do interesse público com os fins do Estado se afigura plenamente comprehensível, pois seria inimaginável que o Estado se preordenasse a fins e interesse privados, refugindo à sua missão fundamental de organizar a coletividade e prestar-lhe a devida satisfação quanto a seu bem-estar.

<sup>5</sup> CARVALHO FILHO. José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (coordenadores). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 69.

<sup>6</sup> Ibidem, p. 69.

<sup>7</sup> Ibidem, p. 70.

<sup>8</sup> Idem, p. 70.

Carvalho Filho<sup>9</sup> arremata que na visão dos clássicos a noção de interesse público sempre foi alvo de cogitação, ainda que entrelaçada à ideia de Estado, de poder e de finalidade de sua atuação. Por mais que a noção tenha sido modelada sob o impacto de cenário bem diverso, não havia como deixar de lado o sentimento de que certos interesses são grupais, coletivos, metaindividuais, tanto diretamente como indiretamente.

### 1.1.2 Noção Moderna

Os tempos modernos aprofundaram a necessidade de refletir melhor sobre o sentido de interesse público, pois com a criação do Estado de Direito e a elevação dos direitos e interesses da coletividade, destacou-se o sentimento de que o Estado, em última instância, apenas se justifica em função dos interesses da sociedade, ou seja, o móvel de sua instituição repousa no intuito de servi-la e administrar seus direitos e interesses<sup>10</sup>.

O Direito Administrativo, então, passou a realçar o elemento finalidade nas atividades administrativas de forma que o fim último do Estado seria o interesse público. Logo, em cada conduta estatal caberia analisar o elemento teleológico da administração e, dependendo do alvo a alcançar, poder-se-ia distinguir a legalidade ou a arbitrariedade da conduta<sup>11</sup>.

Ao mesmo tempo, a finalidade se atrelaria à própria causa dos atos, pois o fim a ser atingido pelo ato administrativo só poderia descortinarse por meio dos motivos revelados no processo gracioso ou expressos na fundamentação<sup>12</sup>.

Na doutrina francesa tomou dianteira a investigação sobre a finalidade dos atos da administração: o interesse público foi o elemento que serviu como parâmetro para identificar as condutas legítimas dos administradores públicos. Vedel, citado por Carvalho Filho<sup>13</sup>, após diferenciar o interesse público sob os aspectos político e jurídico, assinala, em relação a este último, que o Estado deve ter como alvo a salvaguarda da tranquilidade, da segurança e da salubridade, além do fato de que a

<sup>9</sup> CARVALHO FILHO, 2010, p. 70.

<sup>10</sup> Idem, p. 71.

<sup>11</sup> Idem, p. 71.

<sup>12</sup> Idem, p. 71.

<sup>13</sup> Idem, p. 71.

busca de um objetivo de interesse público é condição positiva da própria legalidade dos atos estatais.

Associado o interesse público à finalidade das atividades do Estado, logo surgiu a figura que demarcou a dissociação entre tais elementos: o desvio de finalidade (ou desvio de poder). De acordo com Rivero, citado por Carvalho Filho<sup>14</sup>, ocorreria o desvio quando a administração pública perseguisse fim diverso daquele previsto no direito, desviando-se, por conseguinte, do fim legal que o poder lhe confiara. Na verdade, segundo o autor, a administração não poderia direcionar-se para outro fim que não o interesse público.

Tais postulados sobre o interesse público reproduziram-se em praticamente todos os sistemas jurídicos modernos, indicando claramente a sua inafastabilidade quando se trata de demarcar a fisionomia do Estado de Direito. Não por outra razão, Meirelles, citado por Carvalho Filho<sup>15</sup>, declarou que não se comprehende o ato administrativo sem fim público, concluindo que a finalidade é, assim, elemento vinculado de todo ato administrativo – discricionário ou regrado – porque o direito positivo não admite ato administrativo sem finalidade pública ou desviado de sua finalidade específica.

Aos poucos, os estudiosos do direito público foram destacando a importância do interesse público como necessário à legitimidade dos atos administrativos. Não se desconhece que o agente expressa a sua vontade quando pratica atos em nome da administração, no entanto, o fim público é sua condição de validade.

## 1.2 O conteúdo conceitual de interesse público

Visto que a doutrina moderna assimila a ideia do interesse público à finalidade do Estado, cumpre proceder a uma breve análise sobre sua acepção e contorno jurídico.

Nesse sentido, o significado de interesse público é amplo, constituindo matéria de grande dificuldade na doutrina. Como não se alcançaram os limites conceituais do interesse público, afirma-se tratar de conceito jurídico indeterminado.

---

<sup>14</sup> Idem, p. 71.

<sup>15</sup> Idem, p. 72.

Deste modo, delinear o limite conceitual do interesse público é de grande importância, pois evita abusos por parte da administração pública. Na busca de seu sentido e contorno jurídico, Cerqueira<sup>16</sup> leciona que a expressão “público” significa aquilo que é relativo ao povo<sup>17</sup>. Então, quando se fala em interesse público, discorre-se necessariamente sobre os interesses do povo, os interesses da sociedade como um todo, cuja promoção é incumbida ao Estado e às instituições públicas.

Para Ribeiro<sup>18</sup>, o interesse público só é aquele positivado no ordenamento jurídico, seja por regras ou por princípios. Então, para que o interesse público seja, de fato, superior, é necessário um direito subjetivo específico a ele congruente. Com isso, as balizas do interesse público já estariam fixadas no ordenamento jurídico que pelo princípio democrático exterioriza no sistema as aspirações e reclames coletivos.

Na explicação de Mello, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto participante da sociedade (entificada juridicamente no Estado). Afirma, como exemplo, que um indivíduo poderá ter interesse em não ser desapropriado, porém não poderia ter interesse em que não haja o instituto da desapropriação, mesmo que este, eventualmente, possa ser utilizado em seu desfavor. O autor traz a seguinte reflexão:

Poderá haver um interesse público que seja discordante do interesse de cada um dos membros da sociedade? Evidentemente, não. Seria inconcebível um interesse do todo que fosse, ao mesmo tempo, contrário ao interesse de cada uma das partes que o compõem. Deveras, corresponderia ao mais cabal contra-senso que o bom para

16 CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *O interesse público e suas implicações nas relações processuais previdenciárias: uma análise sob a perspectiva da atuação da advocacia pública como função essencial à justiça*. Disponível em: <<http://unafe.org.br/index.php/artigos-juridicos/>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

17 Comparato (1997) traz o conceito de povo como titular da soberania democrática. O jurista preleciona, ainda, que a soberania popular não pode ser absoluta. O jurista retoma a velha distinção aristotélica entre a democracia pura e simples – em que a maioria do povo exerce o poder supremo no seu próprio interesse – e o regime político moderado, a democracia justa, em que o bem comum predomina sobre todos os interesses particulares. E conclui aduzindo que o bem comum, hoje, tem um nome: são os direitos humanos, cujo fundamento é, justamente, a igualdade absoluta de todos os homens, em sua comum dignidade de pessoas.

18 RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse público: um conceito jurídico determinável. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 117.

todos fosse o mal de cada um, isto é, que o interesse de todos fosse um anti-interesse de cada um<sup>19</sup>.

O ilustre jurista argumenta que embora seja clara a existência de um interesse público contraposto a um dado interesse individual, a toda evidência, não pode existir um interesse público que se choque com os interesses de cada um dos membros da sociedade. Esta simples percepção basta para exibir a existência de uma relação íntima, indissolúvel, entre o chamado interesse público e os interesses ditos individuais.

Destaque-se, também, a lição de Justen Filho<sup>20</sup> para o qual o interesse público não se confunde com o interesse do Estado, com o interesse do aparato administrativo ou do agente público. Para o autor, é indispensável tomar consciência de que um interesse é reconhecido como público porque é indisponível, porque não pode ser colocado em risco, porque suas características exigem a sua promoção de modo imperioso.

Gabardo e Hachem<sup>21</sup> aduzem com propriedade que o interesse público, na sua leitura atual, não é algo abstrato, etéreo, inatingível. Seu conteúdo jurídico não pode ser encontrado em outro lugar senão no próprio direito positivo e a significação do que vem a ser o interesse público será determinada de forma objetiva pelo ordenamento jurídico, particularmente na ordem de valores, fins, objetivos e bens protegidos pela Constituição. A qualificação de determinado interesse como público é promovida pela Constituição e, a partir dela, pelo Estado, primeiramente através dos órgãos legislativos, e depois por via dos órgãos administrativos, nos casos e limites da discricionariedade que a lei lhes haja conferido.

Ademais, Binenbojm<sup>22</sup> pondera que a despeito da dificuldade em torno da caracterização do que seja interesse público, pode-se afirmar

19 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 59.

20 JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo Reescrito: problemas do passado e temas atuais. Revista *Negócios Públicos*, São Paulo, ano II, n. 6, p. 39, 2005.

21 GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 41.

22 BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo*. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=228](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=228)>. Acesso em: 19 jan. 2012.

que, *lato sensu*, a expressão aponta para os fundamentos, fins e limites a que se subordinam os atos e as medidas do poder público.

Finalmente, Carvalho Filho<sup>23</sup>, arremata ensinando que o interesse público se antagoniza com a ideia de isolacionismo e egocentrismo, ultrapassando as fronteiras dos interesses individuais e representando uma demanda de satisfação por parte das comunidades. Ainda que nem sempre sejam personalizados, os grupos sociais têm anseios próprios e interesses específicos a serem satisfeitos. Quando cabe ao Estado administrar tais interesses, deve-se ter em mira os grupos e os benefícios que reclamam. Infere-se, pois, que o interesse público não é o somatório dos interesses individuais dos componentes do grupo social, mas traduz interesse próprio, coletivo, gerador de satisfação geral e não individual; enfim, busca o bem comum.

A despeito da variedade de entendimentos sobre o conteúdo conceitual de interesse público, não se pode olvidar que enquanto o particular busca a satisfação do seu interesse individual, compete à administração pública o dever de satisfazer os interesses da coletividade, sob pena de desvio de finalidade.

Ressalte-se, ainda, que a indeterminação do conceito de interesse público não pode servir de empecilho à aplicação das normas constitucionais<sup>24</sup>.

Em suma, como bem assevera Nohara<sup>25</sup>, apesar de ser um conceito vago que pode ser preenchido por variados conteúdos, a depender de um consenso político, isso não quer dizer que não haja uma estrutura de conceito (mesmo que indeterminada) que evidencie situações argumentativas nas quais se possa ao menos excluir determinadas interpretações inadequadas do seu âmbito de delimitação de sentido.

<sup>23</sup> BINENBOJM, op. cit., p. 73.

<sup>24</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, p. 97-98, 2010.

<sup>25</sup> NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, p. 137, 2010.

No entanto, há uma diferenciação a ser feita entre interesse público primário e interesse público secundário, a qual, por influência do direito italiano, a doutrina administrativista, representada por Celso Antônio Bandeira de Mello, passou a adotar.

### **1.3 O interesse público primário e o interesse público secundário**

Ensina Mello<sup>26</sup> que o interesse público primário corresponde ao interesse geral, da coletividade, dos grupos sociais como um todo, ao passo que o interesse público secundário é o que pertence ao próprio Estado como pessoa jurídica pública.

Para Mancuso<sup>27</sup>, o ideal é que esses interesses coincidam. Há, porém, situações em que um ato é interessante do ponto de vista fiscal, financeiro ou programático do Estado, mas é insustentável sob o prisma da moralidade, revelando uma descoincidência entre os valores interesse público e interesse fazendário.

Para elucidar a explicação, o jurista exemplifica situações nas quais pode ocorrer a ausência de sintonia entre os interesses primários e secundários: quando o Estado resiste injustamente ao pagamento de indenizações procedentes, quando denega pretensões bem-fundadas feitas por administrados ou quando cobra tributos ou tarifas de valor exagerado.

Já Justen Filho<sup>28</sup> argumenta que o interesse secundário, também chamado de interesse da administração pública, não é público. Não seria sequer um interesse na acepção jurídica do termo, mas sim meras conveniências administrativas alheias ao direito. Ademais, somente os sujeitos privados podem tentar obter a maior vantagem possível, observados os limites do direito. O Estado não pode fazê-lo, pois apenas possui legitimidade para atuar com o escopo de realizar o bem comum e a satisfação geral. Segundo o ilustre doutrinador, o exercício da função pública não pode ser afetado pelos interesses privados e egoísticos do agente público.

Relembre-se, contudo, que o Estado não é o titular, como pessoa jurídica, de nenhum interesse público; seu titular é a coletividade e, ainda

---

<sup>26</sup> NOHARA, op. cit., p. 63.

<sup>27</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 110.

<sup>28</sup> Idem, p. 39.

quando se admite classificá-lo em primários e secundários, o escopo é demonstrar que a titularidade é sempre do grupo social, distinguindo-se apenas pelo fato de alguns interesses serem diretamente vertidos para ele e outros o serem indiretamente, através do Estado. Então, se é o Estado que representa o interesse público, ninguém mais pode garantirlo a não ser o próprio Estado<sup>29</sup>.

Todavia, de acordo com a senda percorrida pela moderna doutrina, não se negaria a existência conceitual do interesse público, mas sim a do princípio da supremacia do interesse público.

## 2 O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

A doutrina e a jurisprudência brasileiras, em sua maioria, sustentam a existência de um princípio de supremacia do interesse público sobre o privado implícito no texto constitucional.

Muitas vezes é chamado simplesmente de princípio do interesse público ou princípio da finalidade pública<sup>30</sup>, presente tanto na elaboração da lei como na execução em concreto pela administração pública.

Di Pietro<sup>31</sup> preleciona que o princípio surgiu exatamente na época em que o período do primado do individualismo terminava. Em fins do século XIX, a reação ao egocentrismo cedeu lugar à busca da justiça social, numa transformação que modificou os parâmetros da função do Estado, exigindo-lhe um novo perfil no que tange à propriedade e à liberdade dos indivíduos e dele resultava naturalmente a postura de maior interferência. A transformação viera para realçar os interesses públicos que ao Estado cabia resguardar.

Como afirma Carvalho Filho<sup>32</sup>, o princípio em debate impõe que se o interesse é público tem que preponderar sobre o interesse privado quando estiverem em conflito. Com efeito, a disciplina social estabelece que seria o caos na organização social se as demandas gerais não suplantassem as individuais.

<sup>29</sup> MANCUSO, op. cit., p. 80.

<sup>30</sup> A exemplo de Hely Lopes Meirelles e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

<sup>31</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 65.

<sup>32</sup> Idem, p. 73.

É claro que a posição de supremacia do Estado não pode alvejar fins despóticos, mas, ao contrário, tem o intuito de proteger e garantir os indivíduos no que concerne aos interesses públicos. Diante disso, é impossível conceber o Estado, nos moldes atuais, que não congregue a necessária autoridade para sobrepor o interesse público aos interesses privados<sup>33</sup>.

## 2.1 O significado do princípio

No escólio de Mello<sup>34</sup>, o princípio denota que o poder público se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir interesses públicos postos em confronto. Para o autor, é um princípio geral de direito inerente a qualquer sociedade, constituindo a adequada condição de existência desta última.

O jurista assevera, ademais, que o princípio da supremacia do interesse público é um pressuposto lógico do convívio social, mas não se radica em nenhum dispositivo específico da Constituição da República de 1988, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, incisos III, V e VI), entre outros.

Para Di Pietro<sup>35</sup> o princípio da supremacia do interesse público é o alicerce funcional do Estado, pois, além de mostrar-se inserido no próprio conceito de serviço público, também constitui fundamento ou base tanto para a atividade de fomento, como para o poder de polícia do Estado e para a atividade intervencionista estatal no domínio econômico, ou seja, está presente em todas as funções administrativas.

A jurista sustenta que a negativa da existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado equivale à negativa da própria finalidade do Estado, na defesa dos interesses e do bem-estar da sociedade.

---

<sup>33</sup> DI PIETRO, op. cit., p. 74.

<sup>34</sup> Idem, p. 60.

<sup>35</sup> Idem, 2010, p. 38.

Já Borges, citada por França<sup>36</sup>, aponta a supremacia do interesse público sobre o interesse privado como um dos pilares básicos do direito administrativo, ao lado da indisponibilidade do interesse público, considerando-os como pilares das prerrogativas e das sujeições da administração pública. Entende não haver contraposição entre interesse público e interesses individuais, já que o interesse é público quando representa um verdadeiro somatório de interesses dos indivíduos que nele encontram a projeção de suas próprias aspirações. Defende, ainda, a aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como necessidade de se manter o mínimo de estabilidade e ordem necessárias para a vida em sociedade, assinalando que para que haja o sacrifício de direitos de um particular ante o interesse da coletividade, imprescindível é a previsão legal e a motivação fundamentada, resolvendo-se tal sacrifício em justa indenização.

Nohara<sup>37</sup> ensina que a supremacia do interesse público é pressuposto que alicerça todas as disciplinas do direito público que partem de uma relação vertical do Estado com os cidadãos, ao contrário do direito privado, no qual, em regra, as relações jurídicas são analisadas da perspectiva da horizontalidade, isto é, da igualdade entre sujeitos e interesses particulares.

A jurista prossegue aduzindo que a administração pública deve ter prerrogativas que lhe garantam a autoridade necessária para a consecução do interesse público. Ao mesmo tempo, o cidadão necessita ter garantias de observância de seus direitos fundamentais contra os abusos de Poder Público. Ou seja, o Estado, que tem como finalidade precípua a defesa do interesse público, deve ordenar toda a sua ação para o atendimento dos interesses da coletividade em busca do bem-estar social e, por isso, deve deter poderes que lhe assegurem a obediência de seus atos.

Relembre-se que por força dos princípios da legalidade e da finalidade, tem o administrador público o dever de praticar somente atos com finalidade pública, sob pena de incorrer em desvio de finalidade, uma das mais insidiosas modalidades de abuso de poder<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. Supremacia do interesse público versus supremacia dos direitos individuais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, p. 162, 2010.

<sup>37</sup> Idem, p. 130-131.

<sup>38</sup> Idem, p. 156.

Feitas essas considerações, cumpre destacar que o princípio da supremacia do interesse público tem sofrido duras críticas de alguns doutrinadores modernos, em que pese ser um dos pilares do direito administrativo, demandando a sua observância não apenas pela coletividade – titular do interesse público –, mas principalmente pelo administrador.

## 2.2 A crítica e a tentativa (frustrada) de desconstrução do princípio

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado manteve-se incólume até o advento da Constituição da República de 1988, quando estudiosos do tema começaram a rediscuti-lo.

Renomados juristas sustentam que as bases de um Estado Democrático de Direito tornam imprescindível a desconstituição do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Criticase o princípio, em seu clássico entendimento, sob o fundamento de ofensa ao sistema jurídico brasileiro, que se daria por meio do desrespeito aos direitos fundamentais que seriam desconsiderados *a priori*, quando confrontados com o interesse público.

Nesse sentido, Canotilho, citado por Daniel Sarmento<sup>39</sup>, leciona:

Na verdade, parece-nos que a questão das restrições aos direitos fundamentais justificadas com base no interesse público não pode ser enfrentada com soluções simplistas, como a baseada na suposta supremacia do interesse público sobre o particular. Elas demandam um exame mais complexo, que leve em consideração toda a constelação de limites às restrições de direitos fundamentais, que vem sendo desenvolvida pela doutrina. Assim, é preciso primeiramente recordar que os limites aos direitos fundamentais podem apresentar-se, basicamente, sob três formas diferentes: a) podem estar estabelecidos diretamente na própria Constituição; b) podem estar autorizados pela Constituição, quando esta prevê a edição de lei restritiva; e c) podem, finalmente, decorrer de restrições não expressamente referidas no texto constitucional.

---

<sup>39</sup> SARMENTO, Daniel. *Interesses Públícos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Júris, p. 91, 2007.

Ávila, citado por França<sup>40</sup>, destaca que a supremacia do interesse público não pode justificar a análise pela administração pública do comportamento de um particular, já que, no direito pátrio, sequer existe como norma-princípio<sup>41</sup>. Ou seja, a administração pública não pode impor qualquer restrição ou obrigação aos particulares com base em algo que não existe. A única ideia apta a explicar a relação entre interesses públicos e particulares, ou entre Estado e cidadão, é a ponderação entre interesses reciprocamente relacionados, fundamentada na sistematização das normas constitucionais. Salienta, assim, a necessidade de se realizar uma ponderação dos bens jurídicos envolvidos, com menção a alguns interesses privados que não podem ser superados pelo interesse público, a exemplo da preservação do sigilo.

Na mesma linha, Binenbojm<sup>42</sup> entende que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular é um dos paradigmas em crise no direito administrativo brasileiro. O autor entende haver uma inconsistência teórica do mencionado princípio diante de uma sistemática constitucional cidadã, comprometida com a proteção e a promoção dos direitos individuais de maneira ponderada e compatível com a realização das necessidades e aspirações da coletividade como um todo.

Sustenta, dessa forma, o que o direito administrativo não tem mais que ser explicado a partir de um postulado de supremacia, mas de proporcionalidade. Critica diversos posicionamentos doutrinários, como o de Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Fábio Medina Osório, e, após negar a existência do princípio da supremacia do interesse público, propõe que sejam percorridas as etapas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito para se encontrar o ponto ideal de justa ponderação entre direitos individuais e metas coletivas.

Ainda, Sarmento, citado por França<sup>43</sup>, destaca que a prevalência deve ser aferida mediante a ponderação equilibrada dos interesses públicos e dos direitos fundamentais, pautada pelo princípio da

<sup>40</sup> SARMENTO, op. cit., p. 160.

<sup>41</sup> Para Ávila, a norma é o conteúdo de sentido de determinada prescrição normativa, em função da qual é delimitado o que um dado ordenamento jurídico determina, permite ou proíbe. A norma-princípio tem fundamento de validade no direito positivo, de modo expresso ou implícito. Caracteriza-se estruturalmente por ser concretizável em vários graus: seu conteúdo depende das possibilidades normativas advindas dos outros princípios, que podem derrogá-lo em determinado caso concreto.

<sup>42</sup> Idem.

<sup>43</sup> Idem, p. 160-161.

proporcionalidade, mas modulada por alguns parâmetros substantivos relevantes, baseando-se numa concepção personalista.

Para o doutrinador, a Constituição da República de 1988 adota a teoria personalista segundo a qual a pessoa humana é o centro de convergência de todas as necessidades, em situação de primazia sobre o Estado, afastando qualquer possibilidade de se falar em supremacia do interesse público sobre o particular, em que pese não ser absoluta tal primazia atribuída aos direitos individuais em face dos interesses da coletividade. Assinala que, em casos de conflitos entre os princípios constitucionais, é possível haver restrições a direitos fundamentais, observadas em cada caso concreto, por meio de ponderação de interesses realizada pelo poder judiciário ou pela administração pública.

Garante, além disso, que a colisão de interesses constitucionalmente reconhecidos vem sendo solucionada através da regra da proporcionalidade, considerado importantíssimo parâmetro para aferição da constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais. Concorda, ademais, que a administração pública deve perseguir interesses públicos afetos à coletividade que devem prevalecer sobre os direitos fundamentais dos indivíduos. Por fim, conclui que a postura cívica que interessa ao Estado Democrático de Direito é a do “patriotismo constitucional<sup>44</sup>” que tem como pressuposto a consolidação de uma cultura de direitos humanos.

Acrescente-se que a mitigação do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é defendida também por Justen Filho, citado por França<sup>45</sup>, ao entender que o núcleo do direito administrativo não reside no interesse público, mas sim nos direitos fundamentais. O autor leciona que a atividade administrativa tem de se nortear para o alcance da democracia e do respeito aos direitos fundamentais, reconhecendo que o interesse da maioria merece maior proteção do que o interesse de uma quantidade menor de particulares. Afirma que o núcleo da distinção entre o público e o privado apresenta natureza ética, relacionando-se diretamente com a realização de princípios e valores fundamentais, especialmente com a dignidade da pessoa humana. Defende, ainda, a tese da constitucionalização do direito administrativo, na medida em que consiste na impregnação de toda a

<sup>44</sup> Expressão empregada por Habermas e que se relaciona com um Estado construído com base na democracia e nos direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente. (HABERMAS, 1997).

<sup>45</sup> Idem, p. 163.

atividade administrativa com os valores e princípios constitucionalmente consagrados.

Derradeiramente, Moreira Neto, citado por França<sup>46</sup>, assevera que o princípio da supremacia do interesse público não mais se sustenta porque, no Estado Democrático de Direito, estabeleceu-se o primado da pessoa humana, que se expressa nas liberdades, direitos e garantias fundamentais, podendo ser apenas excepcionalmente temperado pela previsão de um específico interesse público que justifique limitar ou condicionar essas expressões indissociáveis das pessoas.

Destaque-se, contudo, a advertência de Sarmento<sup>47</sup> de que a desvalorização total dos interesses públicos diante dos particulares pode conduzir à anarquia e ao caos geral, inviabilizando qualquer possibilidade de regulação coativa da vida humana em comum.

Menciona-se, por outro lado, Borges<sup>48</sup> que propõe a reconstrução do princípio em debate, afirmando que:

Não se trata de *desconstruir* a supremacia do interesse público. Bem ao contrário, na atual conjuntura nacional, o que é preciso, mais do que nunca, é fazer respeitá-la, é integrá-la na defesa dos luminosos objetivos fundamentais de nossa Constituição, expressos em seu monumental artigo 3º. É preciso não confundir a *supremacia do interesse público* – alicerce das estruturas democráticas, pilar do regime jurídico-administrativo – com as suas manipulações e desvirtuamentos em prol do autoritarismo retrógrado e reacionário de certas autoridades administrativas. O problema, pois, não é do princípio: é, antes, de sua aplicação prática. Trata-se, isto sim, de *reconstruir* a noção, situá-la devidamente dentro do contexto constitucional, para que possa ser adequadamente defendida e aplicada pelo Poder Judiciário, no exercício de seu inafastável controle. (Grifos no original).

Em que pesem as relevantes críticas doutrinárias, o princípio da supremacia do interesse público, ao contrário do que se defende, não coloca em risco os direitos fundamentais do homem. Pelo contrário, ele os protege.

<sup>46</sup> HABERMAS, 1997, p. 166.

<sup>47</sup> Idem.

<sup>48</sup> Idem, p. 3.

### **2.3 A regra da proporcionalidade como forma de satisfação do princípio da supremacia do interesse público quando em conflito com o interesse privado**

Os ataques ao princípio da supremacia do interesse público baseiam-se na errônea interpretação de seu significado, entendendo-o com indevida incidência geral e absoluta. Ou seja, se houvesse prevalência do interesse público em qualquer situação de conflito com interesses particulares, não mais subsistiriam os direitos individuais. Por isso, a necessidade de imposição de limitações aos direitos individuais pelo ordenamento jurídico, a fim de assegurar que seu exercício não acarrete prejuízo a outros particulares e à coletividade<sup>49</sup>.

Di Pietro<sup>50</sup> relembra que o princípio desenvolveu-se com o Estado Social de Direito e não como um interesse público único. Veio para proteger interesses das diversas camadas sociais e, paralelamente a esse princípio, nasceram os direitos sociais e econômicos. Por essa razão, o direito administrativo se caracteriza pelo binômio autoridade-liberdade. A administração pública tem que ter prerrogativas que lhe garantam a autoridade necessária para a consecução do interesse público e, ao mesmo tempo, o cidadão tem que ter garantias de observância de seus direitos fundamentais contra os abusos de poder.

O referido binômio – autoridade e liberdade – informa o direito administrativo e deve ser considerado em equilíbrio, para que nenhuma das esferas, pública ou privada, receba tratamento desigual e/ou sofra prejuízo indevido.

A doutrinadora ressalta, além disso, não haver dúvidas de que qualquer conceito jurídico indeterminado, ao ser aplicado em casos concretos, exige a ponderação de interesses, a avaliação de custo-benefício e a utilização de critérios de interpretação, na tentativa de diminuir ou mesmo de acabar com a indeterminação e encontrar a solução mais adequada. Na mesma esteira, Carvalho Filho<sup>51</sup> assegura que a ponderação de valores é imprescindível no caso dos conceitos jurídicos indeterminados.

<sup>49</sup> HABERMAS, 1997, p. 166.

<sup>50</sup> Idem, p. 166.

<sup>51</sup> Idem, p. 81.

Igualmente, Medauar, citada por França<sup>52</sup>, adverte que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular serve como fundamento de vários institutos e normas de direito administrativo, inclusive das prerrogativas e decisões da administração pública. Assevera, no entanto, que tal princípio vem tendo sua aplicação atenuada pela ideia de ponderação dos interesses presentes numa determinada circunstância, como método a ser utilizado pela administração pública para evitar sacrifícios desnecessários de interesses. De acordo com a autora, a regra da proporcionalidade também matiza o sentido absoluto do preceito, pois implica, entre outras decorrências, a busca da providência menos gravosa, na obtenção de um resultado.

Com efeito, a administração pública deve proceder com cautela na aplicação do princípio da supremacia do interesse público, pois ao mesmo tempo em que a Constituição da República de 1988 lhe outorgou prerrogativas para atingir o interesse público, também assegurou aos cidadãos a garantia da observância de seus direitos fundamentais contra o abuso de poder.

Assim sendo, em caso de conflito entre interesse público e interesse individual, cumpre ao aplicador realizar um percurso de ponderação dos bens jurídicos envolvidos, fazendo uso da regra da proporcionalidade, conforme será explicitado a seguir.

Note-se que tal percurso apenas é possível porque os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto. São dotados de relatividade, razão pela qual não está afastada a possibilidade de entrarem em confronto. Devido a isso, é que esses direitos são limitados reciprocamente para que possam conviver em harmonia, como também possam ser limitados por bens constitucionalmente protegidos.

Contudo, ressalte-se que não se pretende fazer uma análise detida e aprofundada sobre o assunto, no entanto, a compreensão da doutrina de Robert Alexy sobre a lei da colisão e a regra da proporcionalidade é essencial para a conclusão deste trabalho.

### **2.3.1 Breve explicação sobre a lei da colisão e a regra da proporcionalidade**

A doutrina de Robert Alexy, trazida por Virgílio Afonso da Silva<sup>53</sup>, divide as normas jurídicas em regras e princípios, segundo a sua

<sup>52</sup> HABERMAS, 1997, p. 128.

<sup>53</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, p. 25, 2002.

estrutura e forma de aplicação. As regras expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio de subsunção. Já os princípios expressam deveres *prima facie*, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após o sopesamento com princípios colidentes.

Os princípios são, portanto, normas que obrigam a realização de algo na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, constituindo mandamentos de otimização<sup>54</sup>.

O fato de um princípio ser aplicado em um caso concreto não significa um resultado definitivo para o caso. Por isso, os princípios não possuem conteúdo de determinação, ou seja, suas razões são determinadas pelas circunstâncias do caso concreto, podendo ser substituídas por outras razões opostas.

Portanto, quando dois princípios entram em conflito, um deles terá que ceder ao outro, não significando que o princípio desprezado tenha que ser declarado inválido ou que tenha que ser introduzida uma cláusula de exceção. A solução reside no fato de que, de acordo com determinadas circunstâncias, analisadas no caso concreto, um princípio deve preceder ao outro, ou seja, deve haver uma ponderação entre ambos.

Diante disso, Alexy<sup>55</sup> preleciona:

Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. O litígio sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, um litígio sobre a ponderação.

A estrutura das soluções de colisões é apresentada por Alexy através da lei da colisão, e o objeto de fundamentação é o resultado da ponderação.

Para ilustrar, Alexy<sup>56</sup> cita como exemplo o caso da incapacidade processual no qual a realização de audiência oral em desfavor de um

---

<sup>54</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, p. 99, 2008.

<sup>55</sup> ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 64, 2007.

<sup>56</sup> Idem, 2008. p. 89.

acusado que corre risco de sofrer um infarto, gera um conflito entre o dever do Estado de garantir a efetiva aplicação do direito penal e a proteção à vida e à integridade do acusado. Nesse caso, a solução não deve ser dada na dimensão da validade, como ocorre com as regras, mas sim na dimensão de peso, ou seja, através da ponderação dos interesses opostos no caso concreto.

Destarte, quando um princípio limita a possibilidade jurídica de cumprimento do outro, deve-se, analisadas as circunstâncias do caso concreto, estabelecer uma relação de precedência condicionada<sup>57</sup> entre ambos, ou seja, devem ser indicadas as condições necessárias para que um princípio seja aplicado em detrimento de outro.

O princípio que tem precedência restringe as possibilidades jurídicas de satisfação do princípio desprezado, mas essa relação de precedência não é definitiva, podendo ser invertida se as condições forem modificadas<sup>58</sup>.

Assim sendo, a lei da colisão evidencia que a observância das circunstâncias do caso concreto é *conditio sine qua non* para a ponderação, não existindo, pois, relações de precedência absolutas entre os princípios. Com efeito, Alexy defende que a lei da colisão é válida para solucionar todas as colisões, pois formula um enunciado de preferência condicionada entre os princípios.

A formulação desses enunciados é fundamentada por meio da ponderação e a caracterização dos princípios como mandamentos de otimização faz com que eles ordenem “que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas.”<sup>59</sup>.

Destarte, eventual conflito entre princípios será resolvido com o sopesamento entre os interesses colidentes. Tal sopesamento tem por objetivo definir qual dos interesses que, embora abstratamente estejam no mesmo nível, tem maior peso no caso concreto<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> A relação de precedência condicionada também pode ser denominada concreta ou relativa e é expressa pela seguinte fórmula: (P1 P2)C, na qual P1 e P2 representam os princípios opostos e C representa as condições sobre as quais um princípio precede ao outro. (ALEXY, 2008, p. 92-93).

<sup>58</sup> ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, p. 164, 2009.

<sup>59</sup> Idem, 2009. p. 185.

<sup>60</sup> Idem, 2008. p. 95.

Nesse contexto, Alexy afirma que a ideia de otimização é expressa pelas três sub-regras que compõem a proporcionalidade, quais sejam: da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, sendo que esta última corresponde à ponderação.

Somente será adequado o meio capaz de alcançar os resultados pretendidos, como também o meio pela qual a realização de um objetivo é promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado. Já o critério da necessidade exige que não exista nenhum meio que possa alcançar resultado semelhante de modo menos gravoso a um direito fundamental<sup>61</sup>.

A adequação e a necessidade são critérios que levam em consideração as possibilidades fáticas, são questões de provas e dados técnicos. Não tratam de ponderação, mas buscam evitar restrições desnecessárias a direitos fundamentais<sup>62</sup>.

No entanto, se a medida que busca realizar direito fundamental não pode ser substituída por outra não restritiva, ou menos restritiva, passando pelos testes da adequação e da necessidade, deve-se realizar a ponderação, buscando otimizar a restrição de direitos fundamentais, tendo em vista as possibilidades jurídicas<sup>63</sup>.

Faz-se necessário, ainda, um terceiro exame, o exame da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva<sup>64</sup>.

A ponderação deve se realizar por meio de três fases sucessivas. Num primeiro momento, trata-se de identificar os direitos fundamentais em conflito. Em seguida, deve-se atribuir a cada um deles o devido peso ou importância, tendo em vista as circunstâncias do caso, formulando argumentos jurídicos em favor de cada um dos interesses envolvidos. Por último, deve-se decidir sobre a prevalência de um sobre o outro<sup>65</sup>.

---

<sup>61</sup> CARVALHO, Iuri Mattos de. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: parâmetros para uma reconstrução. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, nº. 16, maio/jun./jul./ago. 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 20 fev. 2012.

<sup>62</sup> Idem, p. 132.

<sup>63</sup> Idem, p. 132.

<sup>64</sup> Idem, p. 24.

<sup>65</sup> Idem, p. 12.

Silva<sup>66</sup>, elucidando os ensinamentos de Alexy, informa que a regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou de outros direitos fundamentais. Seu objetivo é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É uma restrição às restrições.

Ademais, Silva<sup>67</sup> ressalta, com propriedade, que tanto a doutrina quanto a jurisprudência confundem proporcionalidade com razoabilidade. E mais, o Supremo Tribunal Federal, ao aplicar a regra da proporcionalidade, não tem percorrido as sub-regras de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, não realizando nenhuma referência a algum processo racional estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, e nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados.

Feitas essas considerações, passa-se a análise da aplicação da regra da proporcionalidade à supremacia do interesse público quando em conflito com o interesse particular.

### **2.3.2 A aplicação da regra da proporcionalidade ao princípio da supremacia do interesse público quando em conflito com o interesse particular**

Como visto, o aplicador/intérprete, ao decidir os conflitos deve, antes de tudo, ponderar os interesses envolvidos e utilizar a regra da proporcionalidade em todas as suas fases, para atingir uma solução justa. Ao fazer esse percurso de ponderação, um interesse será preterido, entretanto sua importância não será desmerecida. A solução é do caso analisado, e somente a ele será aplicado devido às circunstâncias por ele apresentadas. Em outro caso, a predileção poderá ser inversa.

Note-se, ainda, que a exigência da regra da proporcionalidade se faz presente na aplicação de qualquer conceito jurídico indeterminado e atua como forma de satisfação dos princípios em conflito, na medida em que permite, na análise de cada caso, a ponderação entre os interesses envolvidos.

<sup>66</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, 2002. p. 3.

<sup>67</sup> Idem, p. 24.

Releve-se, outrossim, que a doutrina é firme quanto à inexistência de hierarquia entre os princípios, ao menos no plano da abstração. Pode-se falar que alguns princípios galgam de maior importância que outros, mas tal premissa somente poderá ser afirmada diante de um caso concreto, onde haja conflito entre eles e que apenas um possa ser aplicado. A escolha não poderá ficar ao livre arbítrio do intérprete/aplicador, que deverá partir de uma análise complexa e apurada, atentando para todas as circunstâncias que particularizam as situações.

Como exemplo de aplicação da regra da proporcionalidade, cumpre trazer à baila o julgado do Supremo Tribunal Federal sobre exame de DNA em investigações de paternidade sem autorização do réu. Discutiu-se sobre o direito do menor à identidade e o direito à incolumidade física do réu. Confira-se o voto do Ministro Francisco Resek no julgamento do habeas corpus nº. 71373 RS.

Nesta trilha, vale destacar que o direito ao próprio corpo não é absoluto ou ilimitado. Por vezes a incolumidade corporal deve ceder espaço a um interesse preponderante, como no caso da vacinação, em nome da saúde pública. Na disciplina civil da família o corpo é, por vezes, objeto de direitos. Estou em que o princípio da intangibilidade do corpo humano, que protege um interesse privado, deve dar lugar ao direito à identidade, que salvaguarda, em última análise, um interesse também público.

Lembro o impetrante que não existe lei que obrigue a realizar o exame. Haveria, assim, afronta ao artigo 5º - II da CF. Chega a afirmar que sua recusa pode ser interpretada, conforme dispõe o art. 343 - §2º do CPC, como uma confissão (fls. 6). Mas não me parece, ante a ordem jurídica da república neste final de século, que isso frustre a legitimidade vontade do juízo de apurar a vontade real. A lei nº 8.069/90 vedo qualquer restrição ao reconhecimento do estado de filiação e é certo que a recusa significará uma restrição a tal reconhecimento. O sacrifício imposto à integridade física do paciente é risível quando confrontado com o interesse do investigante, bem assim a certeza que a prova pericial pode proporcionar ao magistrado.

Todavia, ao interesse público, consubstanciado em valores fundamentais como justiça e segurança, deve ser atribuído um peso abstrato inicial superior no processo ponderativo. A justificativa é trazida

por Barroso<sup>68</sup> ao aduzir que deverá o interesse público pautar todas as relações jurídicas e sociais – dos particulares entre si, deles com as pessoas de direito público e destas entre si. O interesse público primário consiste na melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao intérprete cabe preservar ou promover.

Ademais, se o direito administrativo faz da supremacia do interesse público o fundamento e justificativa para o exercício das chamadas prerrogativas da potestade pública, é para manter o mínimo de estabilidade e ordem necessárias a vida em sociedade<sup>69</sup>.

Não se quer com isso instituir uma hierarquia entre o interesse público e os interesses particulares, restando inviabilizada a aplicação da regra da proporcionalidade e o percurso da ponderação em caso de conflito de interesses. Da mesma forma, a atribuição de um peso abstrato inicial superior aos interesses públicos no processo ponderativo não significa que os mesmos tenham precedência absoluta sobre os interesses particulares.

Trata-se apenas de reconhecer a necessidade, fundamentada nas peculiares características do interesse público, de um ônus argumentativo maior para que os interesses particulares possam, eventualmente, sobrepujá-los.

Nesse sentido, Osório, citado por França<sup>70</sup>, defende a existência de várias dimensões em que o interesse público prevalece sobre o interesse privado, e não somente em decisões judiciais proferidas em casos concretos. Para o jurista, essa superioridade decorre dos princípios constitucionais que regem a administração pública e que, reciprocamente implicados, servem como direção teleológica da atuação administrativa.

68 BARROSO, Luis Roberto. Prefacio à obra *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse publico*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. p. XV-XVI.

69 BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, nº. 15, fev/mar/abr, 2007, p. 20. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/Supremacia%20do%20Interesse%20P%C3%A1ublico%20%20-%20Alice%20Gonzalez%20Borges.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/Supremacia%20do%20Interesse%20P%C3%A1ublico%20%20-%20Alice%20Gonzalez%20Borges.pdf)>. Acesso em: 29 jan. 2012.

70 FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. Supremacia do interesse público versus supremacia dos direitos individuais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 163.

No entanto, os interesses particulares<sup>71</sup> podem até prevalecer em face do interesse público após o emprego da regra da proporcionalidade, mas para isso serão indispensáveis razões mais fortes do que aquelas que permitiriam a prevalência do interesse público.

Além disso, lembre-se que a utilização da regra da proporcionalidade no princípio da supremacia do interesse público quando em conflito com interesses particulares impede a sua concretização com finalidade diversa, evitando manifestações arbitrárias por parte da administração pública.

### 3 CONCLUSÃO

O interesse público ostenta supremacia na ordem jurídica, constituindo a razão pela qual a administração pública é colocada em posição de superioridade em relação aos particulares, numa relação de verticalidade, de forma a perseguir a eficaz concretização dos interesses da coletividade.

Portanto, não deve subsistir a moderna doutrina administrativa que vem tecendo críticas ao princípio da supremacia do interesse público, sob o argumento de que ele coloca em risco os direitos e garantias individuais.

É certo que o princípio da supremacia do interesse público não goza de aplicação absoluta e irrestrita no ordenamento jurídico, mas permanece como princípio implícito, reclamando uma aplicação ponderada quando em conflito com outros princípios por meio da regra da proporcionalidade.

Destarte, vivemos em um Estado Democrático de Direito, no qual o interesse público possui um peso abstrato maior em relação ao interesse privado, mas um não precede o outro de forma absoluta. Ou seja, o interesse público possui uma carga argumentativa superior para que os interesses particulares possam, eventualmente, suplantá-los. Assim, os interesses particulares podem prevalecer em face do interesse

---

<sup>71</sup> Destaque-se a advertência de Sarmento de que um limite que a doutrina impõe à ponderação de interesses é o respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Considera-se que existe um conteúdo mínimo destes direitos, que não pode ser amputado, seja pelo legislador, seja pelo aplicador do Direito. Assim, o núcleo essencial traduz o “limite dos limites”, ao demarcar um reduto inexpugnável, protegido de qualquer espécie de restrição. (SARMENTO, 2003. p. 111).

público após a ponderação, mas carecem de razões mais relevantes do que aquelas que permitiriam a prevalência do interesse público.

Não se almeja com isso viabilizar a aplicação da regra da proporcionalidade e o uso da ponderação em caso de conflito entre interesse público e interesse privado. Pretende-se apenas explicitar que a atribuição de um peso abstrato maior ao interesse público se deve ao fato do mesmo constituir a expressão dos direitos fundamentais, dos preceitos constitucionais e dos interesses da coletividade.

A ponderação resguarda, outrossim, os indivíduos de decisões arbitrárias, do desvio da finalidade pública dos atos administrativos e do desatendimento ao interesse público por parte dos doutrinadores, na medida em que coteja os interesses públicos e particulares em conflito.

Conclui-se, portanto, que o interesse público reclama, por seu próprio conteúdo conceitual, um peso abstrato maior no processo ponderativo. Tal reclamação não estabelece uma hierarquia entre o interesse público e o privado. Revela tão somente que os interesses privados, após a ponderação, necessitam de argumentos mais contundentes do que aqueles que permitiriam a prevalência do interesse público.

A ponderação entre os interesses em conflito é obtida pela utilização da regra da proporcionalidade, nos termos da teoria da Robert Alexy, devendo o aplicador analisar o caso concreto, após percorrer as etapas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, para verificar qual interesse deve prevalecer, atingindo uma decisão em conformidade com os preceitos instituídos no ordenamento jurídico.

## REFERÊNCIAS

ABOUD, Alexandre. Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: destruição, reconstrução ou assimilação? *Revista Jurídica Consulex*. Ano XXII, n. 267, ano 2008. p. 63.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. *Conceito e Validade do Direito*. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público nº. 11, set/out/nov., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

BARROSO, Luis Roberto. Prefacio à obra *Interesses Públicos versus Interesses Privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse publico. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. p. XV-XVI.

BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade*: um novo paradigma para o Direito Administrativo. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=228](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=228)>. Acesso em: 19 jan. 2012.

BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, n. 15, fev./mar./abr. 2007. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/Supremacia%20do%20Interesse%20P%C3%A3Blico%20%20-%20Alice%20Gonzalez%20Borges.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/Supremacia%20do%20Interesse%20P%C3%A3Blico%20%20-%20Alice%20Gonzalez%20Borges.pdf)>. Acesso em: 29 jan. 2012.

BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 29 jan. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 71373 RS. Relator Ministro Francisco Resek. *Diário da Justiça*, Brasília, 22 nov. 1996. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 29 jan. 2012.

CARVALHO, Iuri Mattos de. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: parâmetros para uma reconstrução. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, n. 16, maio/jun./jul./ago. 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *O interesse público e suas implicações nas relações processuais previdenciárias: uma análise sob a perspectiva da atuação da advocacia pública como função essencial à justiça*. Disponível em: <<http://unafe.org.br/index.php/artigos-juridicos/>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. Variações sobre o conceito de povo do regime democrático. *Estudos avançados*, 11, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v11n31/v11n31a13.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. Supremacia do interesse público versus supremacia dos direitos individuais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

GABARDO, Emerson. HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

HABERMAS, Jünger. *Direito e democracia: Entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo Reescrito: problemas do passado e temas atuais. *Revista Negócios Públicos*, São Paulo, 2005. ano II, n. 6, p. 39.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

PEDRON, Flávio Quinaud. O dogma da supremacia do interesse público e seu abrandamento pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal através da técnica da ponderação de princípios. *Revista Direito Público*, v. 1, n. 28, 2009. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewArticle/740>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse público: um conceito jurídico determinável. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, 2002.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

# **INCAPACIDADE BIOPSICOSSOCIAL NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO**

***DISABILITY BIOPSYCHOSOCIAL IN SOCIAL  
WELFARE LAW***

*Rafael Machado de Oliveira  
Procurador Federal*

*Atualmente Procurador Regional do INSS na 2ª Região  
Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília – UnB*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Panorama da Aposentadoria por Invalidez no Regime Geral de Previdência social; 2 Incapacidade Biopsicossocial no Direito Previdenciário; 2.1 A Hipótese das Causas Supralegais de Concessão de Aposentadoria por Invalidez e as Primeiras Reflexões sobre a Incapacidade Social; 2.2 Evolução Doutrinária e Jurisprudencial do Critério Biopsicossocial de

Incapacidade; 2.2.1 Pressupostos Constitucionais sobre a Interpretação da Incapacidade Laborativa para fins Previdenciários; 2.2.2 Aspectos Doutrinários sobre Invalidez e Condições Pessoais do Segurado; 2.2.3 Análise Jurisprudencial qualitativa; 3 Análise Crítica; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O artigo analisa o tratamento do requisito da incapacidade laborativa sob a perspectiva social no direito previdenciário. Após a necessária digressão acerca dos benefícios por incapacidade previdenciários, passa-se à análise crítica sobre a chamada incapacidade biopsicossocial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Benefícios Previdenciários Por Incapacidade. Causas Biopsicossociais dos Benefícios Por Incapacidade. Doutrina dos Benefícios Previdenciários Por Incapacidade. Jurisprudência Acerca dos Benefícios Por Incapacidade.

**ABSTRACT:** The article examines the treatment of the condition of labor disability from a social welfare law. We are encouraged to move on to the critical analysis of the so-called biopsychosocial disability.

**KEYWORDS:** Disability Claims. Biopsychosocial Causes of Disability Benefits. The Doctrine of Disability Claims. Case Law About Disability Benefits.

## INTRODUÇÃO

Nos últimos anos as concessões de aposentadoria por invalidez e demais benefícios por incapacidade de natureza previdenciária e assistencial vêm crescendo, conforme dados do Ministério da Previdência Social. A concessão do benefício tem aumentado no âmbito administrativo e judicial, nas lides entre segurados e o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, notadamente após o advento dos Juizados Especiais Federais pela entrada em vigor da lei 10.259/2001.

O artigo analisa o requisito legal da incapacidade laborativa para fins de aposentação por invalidez no Regime Geral de Previdência Social – RGPS. Para tanto, parte da observação das concessões judiciais em que o requisito da incapacidade laborativa passou a ser considerado mais amplo, pela análise de múltiplos aspectos ligados à individualidade e ao contexto social em que inserido o trabalhador segurado. Essa interpretação multifatorial é que se denomina de incapacidade biopsicossocial.

O aumento na concessão dessa espécie de benefício de caráter contributivo traz à tona reflexões sobre a saúde do trabalhador em seus múltiplos aspectos. Tal fenômeno deve ser abordado de forma multidisciplinar, pois envolve temas como proteção à saúde do trabalhador, políticas públicas de saúde, reformas no sistema previdenciário, precarização das relações de trabalho, mudança na expectativa de vida e evolução da medicina, dentre outros.

Trata-se aqui de benefício que tutela um risco social específico: a invalidez, decorrente de doença comum ou ocupacional, acidente de qualquer natureza ou acidente de trabalho. E esse sinistro coberto pela previdência pode ter como causas mediatas e imediatas as deficiências e problemas nas questões supracitadas. Há, portanto, uma bomba social por trás do aumento das concessões dos benefícios por incapacidade, sejam de natureza previdenciária, sejam de natureza assistencial, em que pese as aposentadorias por idade liderarem o ranking de concessões administrativas em decorrência do envelhecimento da população<sup>1</sup>.

Muito embora a Organização Mundial de Saúde – OMS<sup>2</sup> preveja a necessidade de se analisar as características biológicas, psíquicas e sociais

---

<sup>1</sup> Fonte: Anuário Estatístico da Previdência Social 2011. Disponível em: <[http://www.mpas.gov.br/arquivos/office/1\\_121023-162858-947.pdf](http://www.mpas.gov.br/arquivos/office/1_121023-162858-947.pdf)>.

<sup>2</sup> Incapacidade (disability), segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS) é “qualquer redução ou falta (resultante de uma deficiência ou disfunção) da capacidade para realizar uma atividade de uma maneira

do trabalhador na avaliação da incapacidade funcional, é na mescla dos conceitos médicos, administrativos e no argumento judicial que reside o objeto deste trabalho.

Entenda-se por argumento judicial, para fins deste estudo, a fundamentação para a prolação de sentenças e acórdãos e a convicção técnica da Advocacia-Geral da União para a realização de acordos judiciais nos processos previdenciários, na atuação dos Procuradores Federais oficiantes na matéria.

É justamente essa abordagem diferenciada para fins de aposentação por invalidez que nos remete ao conceito de incapacidade laborativa biopsicossocial no direito previdenciário, a partir do paulatino alargamento do requisito da incapacidade em uma legislação de tipos abertos.

Frisa-se que o conceito de invalidez laboral, como tratado na doutrina jurídica, era majoritariamente da área técnica da medicina, especialmente a do trabalho. A evolução social e científica é que nos traz a necessidade de se rever esse conceito, tratando da invalidez como fenômeno biológico, psicológico e também social.

A reflexão sobre o tema passará pela prematura hipótese de que tais fatores se constituiriam em causas suprategais de concessão de aposentadoria por invalidez.

Posteriormente verifica-se a evolução doutrinária e jurisprudencial do critério biopsicossocial, culminando com a fixação de critérios médicos e jurídicos para definição de incapacidade laborativa e sua integração.

O artigo não se furtará da necessária análise crítica da adoção desse conceito no âmbito administrativo e judicial, e as possíveis consequências do modelo, inclusive em sede de conclusão.

## **1 PANORAMA DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL**

Preliminar à abordagem específica do tema é necessário situar o benefício de aposentadoria por invalidez no regime geral dentro do amplo panorama da seguridade social previsto na Constituição Federal.

---

considerada normal para o ser humano, ou que esteja dentro do espectro considerado normal".

Nessa linha, imperioso salientar que a previdência social é uma das ações de iniciativa do Estado e da sociedade que compõe o trinômio da seguridade social, abarcando ainda a saúde e a assistência social, nos moldes preconizados pelo art. 194 da Constituição.

Em que pese a natureza jurídica distinta, é comum a confusão entre assistência e previdência<sup>3</sup>. A primeira não é tratada neste artigo. Aqui o foco é um dos requisitos de um benefício de previdência social, ou seja, inserido no típico contrato de seguro representado pelas relações obrigacionais de custeio e prestação. A regra geral do sistema de previdência é que somente pode ser beneficiário e titular de prestação o trabalhador segurado, ou seja, filiado e contribuindo para o sistema, salvo as exceções específicas da lei.

A advertência é necessária porque não raro o sistema de previdência adquire contornos nitidamente assistenciais, como ocorre nos benefícios rurais que não exigem contribuição, e também no tema sob análise. De fato, a adoção de um critério biopsicossocial de incapacidade também reflete uma visão de previdência que vai além da clássica noção de seguro social. É uma acepção moderna, desenvolvida acentuadamente após o advento da nova ordem constitucional, principalmente na jurisprudência brasileira.

Crê-se que o amplo acesso ao Poder Judiciário para tratar das questões previdenciárias em concorrência com os demais fatores sócio-econômicos já citados, com especial relevo para a precarização das relações de trabalho e a carência na assistência à saúde, foram e são fatores determinantes para uma intervenção estatal mais abrangente em relação à previdência social.

Não à toa o aumento da cobertura previdenciária e o advento de normas mais benéficas no plano de benefícios da previdência a partir da Lei 8.213/1991.

3 A assistência social é uma ação estatal para garantia do mínimo existencial a toda a população, não dependendo de filiação e contribuição para o sistema. Basta a condição de necessitado para incidir a proteção do Estado. Já a previdência social é um contrato de seguro com cobertura para contingências sociais, de modo que pressupõe a filiação, inscrição e manutenção da qualidade de segurado pelo recolhimento das contribuições. Importa salientar que a filiação decorre do exercício de atividade laborativa vinculada ao regime geral de previdência, mas para fruição dos benefícios é necessário o preenchimento do requisito de carência, que é o mínimo de contribuições necessárias, de acordo com cada espécie de benefício.

Com o advento dos Juizados Especiais Federais em 2001, possibilitando amplo e gratuito acesso ao judiciário, os benefícios por incapacidade como um todo tiveram seus índices de concessão e reativação judiciais maximizados. A esmagadora maioria das ações previdenciárias em trâmite nos juizados atualmente é de concessão ou restabelecimento de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, o que também se reflete na justiça comum nas versões acidentárias destes benefícios. Anote-se que mesmo os benefícios de natureza assistencial devidos ao idoso e ao deficiente de baixa renda por previsão constitucional e regulados em legislação específica não impactam nas estimativas de ações em trâmite no Judiciário como as prestações previdenciárias por incapacidade.

Por esta razão é forçoso reconhecer a atualidade e relevância do tema.

Voltando ao requisito da incapacidade laborativa, verifica-se que a legislação em nenhum momento específica critérios para definição do que vem a sê-la.

Entende-se que agiu bem o legislador, com o claro objetivo de não extrapolar matéria eminentemente técnica e não se imiscuir em tema que outrora se reputava exclusivamente da área da medicina, especialmente a do trabalho. Com essa base legislativa, ainda regulamentada pelo decreto, os critérios para definição da incapacidade funcional caberiam exclusivamente à área técnica da saúde do trabalhador.

Refletindo sobre o tema em análise, e talvez se possa falar mais nisso na conclusão, instiga-se a pertinência do legislador em estabelecer critérios jurídicos para definição da incapacidade com base em outros elementos afora os médicos.

Adiante a reflexão será aguda, mas por ora cabe trazer a conceituação jurídico-doutrinária de dois autores que tratam o benefício de forma oportuna e pertinente com o conteúdo e as conclusões do presente estudo.

MOZART VICTOR RUSSOMANO dispôs:

[...] aposentadoria por invalidez é o benefício decorrente da incapacidade do segurado para o trabalho, sem perspectiva de

reabilitação para o exercício de atividade capaz de lhe assegurar subsistência.<sup>4</sup>

VLADIMIR NOVAES MARTINEZ traz a natureza jurídica e crítica prefacial quando trata do benefício:

Aposentadoria por invalidez é benefício substituidor dos salários, de pagamento continuado, provisório ou definitivo, pouco reeditável, devido ao segurado incapaz para o seu trabalho e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade garantidora da subsistência.

A ele faz jus o facultativo, mesmo não trabalhando, e quem ingressa na previdência social incapaz para o trabalho não faz jus, salvo se sucedeu progressão ou agravamento após a filiação.

[...]

Benefício-irmão maior do auxílio-doença, é prestação previdenciária geradora de respeitáveis dissídios administrativos e judiciais pertinentes à definição do evento determinante.

Diante da enorme dificuldade de caracterizar a incapacidade para o labor ou recuperação, é negada para quem não tem condições de trabalho e deferida ao apto, provocando sem-número de discussões quanto à matéria fática, principalmente quando oriunda de acidente de trabalho, doença profissional ou do trabalho.<sup>5</sup>

Dos conceitos acima, duas notas são importantes para este artigo:

- 1) a menção à perspectiva de reabilitação, e
- 2) a dificuldade de caracterização da incapacidade funcional como fato gerador de litígios administrativos e judiciais.

Aqui é importante salientar que antes da explosão das concessões de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez não tinha tanto relevo

<sup>4</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p.135.

<sup>5</sup> MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*, Tomo II, Previdência Social. 2 ed. São Paulo, LTR, 2003. p. 699.

a discussão sobre o alcance do conceito de incapacidade laborativa. Não se diga que a controvérsia não existia, mas a importância da reflexão ganhou força com a massificação dos litígios e os reflexos na estatística dos foros e nas finanças previdenciárias. Antes se tratava de casos mais pontuais, e não se pode afirmar que o serviço pericial ignorasse os aspectos biopsicossociais do segurado, mas é evidente que a concorrência de recentes fatores sócio-econômicos tornou o tema mais relevante e estratégico.

Com a melhor estruturação do serviço de perícia médica do INSS a partir de 2002, notadamente com o fim dos médicos particulares credenciados e a exclusividade do ato médico pericial a cargo de peritos oficiais e concursados, ganha relevo a fixação no âmbito administrativo de um conceito de incapacidade que abarque os fatores não exclusivamente médicos.

De fato, já em 2002 a perícia médica oficial do INSS trazia uma conceituação administrativa de incapacidade e invalidez valorando os aspectos biopsicossociais, pois se reportava à impossibilidade de desempenho das funções específicas de uma atividade ou ocupação em consequência de alterações morfopsicofisiológicas provocadas por doença ou acidente.

Desde aquela época já se concebia a ideia de incapacidade geral de ganho, em consequência de doença ou acidente.

Justamente da conceituação oficial do INSS pinçam-se dois elementos a somar com os doutrinários já elencados:

- 1) a incapacidade como consequência de alterações morfopsicofisiológicas, e
- 2) a incapacidade de ganho.

A formulação destes conceitos administrativos revela o avanço no trato da questão, mas não espelha o alargamento do conceito de incapacidade que se tem hoje.

Ciente da existência e aplicabilidade na prática do critério biopsicossocial de incapacidade é imperioso e instigante analisar e propor uma base teórica, com pilares firmes no âmbito jurídico para essa forma de interpretação.

## 2 INCAPACIDADE BIOPSICOSOCIAL NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Conforme mencionado introdutoriamente, houve crescimento na concessão de aposentadorias por invalidez nos últimos anos, notadamente na via judicial. E paralelo a esse crescimento reformas constitucionais e legislativas em matéria previdenciária enrijeceram os requisitos das aposentadorias eminentemente contributivas.

Agrega-se um quadro de diversos problemas sociais, como a precarização das relações de trabalho, a informalidade, a precariedade da assistência à saúde e altos índices de acidentes e doenças relacionadas ao trabalho, as chamadas doenças ocupacionais.

Esse quadro delineou mudança significativa no conceito jurídico e na contingência decorrente da incapacidade laborativa. Interessante observar que o fenômeno abrange e impacta os direitos previdenciário, do trabalho e constitucional, além de também ser norteado pela medicina do trabalho, o direito assistencial e a sociologia.

Por essas razões que surgiram os aspectos controvertidos sobre o que é incapacidade laborativa na sociedade atual e o tratamento jurídico que se deve dar para esse fato social. E aqui a análise parte da observação do argumento médico-administrativo e judicial. Houve mudança sobremodo positiva nas avaliações médico-periciais da autarquia gestora nos últimos cinco anos. É preciso avançar, mas muitos dos fatos e idéias aqui lançados surgiram da prática e da observação trabalhando diretamente com a matéria.

### 2.1 A hipótese das causas supralegais de concessão de aposentadoria por invalidez e as primeiras reflexões sobre a incapacidade social

Na medida em que se foi evoluindo nos números de concessão, com o acentuado aumento das ações previdenciárias nos juizados federais e se observando a situação de vulnerabilidade social do trabalhador brasileiro – muito em decorrência da precariedade dos serviços de saúde – é que se começou a pensar a idéia de buscar critérios científicos, mais técnicos, para uma nova conceituação de incapacidade laborativa.

Essa concepção deve estar adaptada aos dias atuais e se projetar no futuro, mantendo-se maleável para que reflita a realidade social. Nesse

aspecto se espera que o Brasil evolua muito nas condições de trabalho e renda nos próximos anos, com efeito em todos os indicadores.

Iniciando a reflexão sobre o tema, a primeira hipótese levantada com base no que vinha se observando na jurisprudência e cotidianamente na atuação processual traduziu-se no seguinte questionamento: é possível conceituar fatores biopsicossociais como causas supralegais de concessão de aposentadoria por invalidez? Ou o próprio conceito de incapacidade é aberto a concepções sociológicas afora as conclusões médicas de natureza técnico-pericial?

Tal foi o mote para o início do presente artigo. Porém, logo se percebeu que a definição de incapacidade laborativa parte de uma legislação de tipos abertos.

A concessão do benefício por invalidez, portanto, assume nítido caráter social, até mesmo para fins de distribuição de renda, de modo que acaba atuando como substitutivo dos benefícios de natureza contributiva ou assistencial.

Nestes casos a interpretação proposta funciona quando não há suporte fático que permita o enquadramento nos tradicionais benefícios contributivos decorrentes de um histórico de labor, e também quando não há vulnerabilidade social extrema ao ponto de se demandar a atuação do Estado pela assistência pura e simples.

Assim, superou-se a abordagem do critério biopsicossocial como causa supralegal, para a compreensão da problemática como fenômeno hermenêutico e conceitual.

Nessa linha de raciocínio, os fatores socioeconômicos e culturais do indivíduo passam a ser inseridos no conceito de incapacidade, impondo-se que os órgãos administrativos adotem uma visão mais ampla, inclusive a chamada incapacidade social.

Ao relevar aspectos biopsicossociais do indivíduo, a Administração deve considerar que atualmente essa interpretação é causa determinante para o aumento na concessão de aposentadoria por invalidez na via judicial, justamente pela adoção dos critérios flexibilizadores ora analisados.

Trata-se de uma realidade para a qual a Administração não pode fechar os olhos sob pena de não só manter elevados os índices de concessão judicial do benefício como vê-los maximizados.

## 2.2 Evolução doutrinária e jurisprudencial do critério biopsicosocial de incapacidade

Na caracterização da incapacidade laborativa devem ser considerados conjuntamente os critérios físicos, psíquicos e sociais do segurado, tais como:

- a) a idade;
- b) o tipo de incapacidade;
- c) o nível de escolaridade;
- d) a profissão;
- e) o agravamento que a atividade pode causar para a doença;
- f) a possibilidade de acesso a tratamento adequado;
- g) o risco que a permanência na atividade pode ocasionar para si e para terceiros;
- h) o tempo de permanência em benefício concedido administrativamente;
- i) fatores outros, considerando que a listagem não é exaustiva e devem sempre ser analisadas criteriosamente as condições pessoais, histórico laboral e características do segurado.

Anote-se que a eficiência administrativa não pode conviver com atendimentos massificados, num viés desorganizado e ultrapassado de serviço público.

Cabe ao administrador, como intérprete primeiro da legislação previdenciária e da Constituição – e membro da comunidade de intérpretes no dizer de Peter Habérle<sup>6</sup> – estar preparado para exercer seu múnus público com segurança e independência, a fim de atingir o fim específico da proteção previdenciária que é a cobertura efetiva da situação de risco social, em respeito ao princípio da seletividade.

---

<sup>6</sup> Citado por CARVALHO NETTO, Menelick de. "A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito". In: *Notícia do direito brasileiro*. Nova série, n. 6 Brasília: Ed. UnB, 2º semestre de 1998.

Considerando que os fatores descritos acima não estão expressos na legislação previdenciária, é tarefa dos operadores o exercício de interpretação ora proposto.

A pesquisa na busca de elementos fundantes para a aplicação do critério biopsicossocial surpreende pelo ineditismo do tema nas obras da área.

Há um discreto debate doutrinário, jurisprudencial e no âmbito administrativo sobre os benefícios por incapacidade, suas causas e impactos no sentido amplo. Porém, ao que parece os juristas evitam o tema espinhoso com receio de se imiscuir em matéria técnica da medicina.

Essa renitência deve ser superada. O estudo mais aprofundado de direito público torna claro que a incapacidade biopsicossocial encontra fundamentação no moderno direito constitucional e previdenciário.

Nesse sentido, a análise da jurisprudência previdenciária brasileira, muito desenvolvida com o advento dos Juizados Especiais Federais Previdenciários, é pedra de toque para a verificação dos critérios e interpretações ora defendidas, pois tem sido o mote para a concessão de milhares de benefícios, notadamente através da conciliação. E aqui cabe uma observação interessante. A pesquisa jurisprudencial revela que não há fundamentação doutrinária para a adoção do critério biopsicossocial de incapacidade funcional. Observa-se que os julgados aplicam o entendimento, mas não fundamentam em doutrina ou jurisprudência precursora, utilizando-se dos permissivos legais que autorizam a fundamentação concisa quando no rito dos juizados<sup>7</sup>.

Assim, o que se verifica é que há uma linha interpretativa sendo largamente aplicada sem respaldo mais técnico, como se o conceito de incapacidade laborativa biopsicossocial adotado pela Organização Mundial de Saúde – OMS e pela perícia médica do INSS estivesse sendo aplicado por consenso implícito, sem fundamentação jurídica nos processos judiciais.

Já no âmbito administrativo a discussão se circunscreve no setor de perícias médicas da autarquia, sendo necessário um treinamento mais qualificado para os servidores atendentes no sentido de interpretação da Constituição e da legislação.

---

<sup>7</sup> Lei 9.099/95; Art. 38. A sentença mencionará os elementos de convicção do Juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório.

Portanto, serve o presente para suscitar o debate sobre a matéria, para que se tenha clara uma política de concessão discutida amplamente por toda a sociedade, notadamente os representantes dos poderes.

### **2.2.1 Pressupostos constitucionais sobre a interpretação da incapacidade laborativa para fins previdenciários**

Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a 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, viudez, velhice, ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, art. XXV.<sup>1</sup>

A tese de admissão de causas sociais e pessoais como aptas para embasar a concessão de um benefício de aposentadoria por invalidez tem fundamento de validade na interpretação constitucional moderna.

Há teorias na sociologia e no direito constitucional a embasar esse proceder.

Adentrando na seara constitucional, o que se vê é que o pós-positivismo de RONALD DWORAKIN e HABERMAS traz ínsita a idéia de Estado interpretador e executor dos princípios e fundamentos constitucionais.

Na obra Império do Direito<sup>8</sup>, DWORAKIN conclama os juristas a refletir a respeito da interação existente entre o objeto da interpretação e a finalidade com a qual ela é realizada. O autor destaca que o intérprete tenta tornar um objeto o melhor possível e que o direito, como uma prática social, requer uma forma peculiar de interpretação que se assemelha a interpretação artística. A esta interpretação atribui a designação de interpretação criativa. Nesse sentido, afirma que a interpretação centra-se não nas causas, mas nos propósitos do intérprete.

Trazendo a proposta do autor para o caso concreto, reputa-se que a concessão de um benefício previdenciário e a apreciação de qualquer processo demanda interpretação constitucional concreta e

---

<sup>8</sup> DWORAKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003/A. p. 62-3.

individualizada. Assim, ainda que pareça utópico imaginar esse grau de aprofundamento e interpretação da Administração no Brasil, crê-se que a evolução qualitativa na prestação do serviço público certamente permitirá análises muito mais aprofundadas, casuísticas e finalísticas com os objetivos constitucionais.

Aliás, essa parece ser a tônica para a formação da “comunidade aberta de intérpretes da Constituição” como preconiza Peter Habermas.

E especificamente em relação a incapacidade biopsicossocial no direito previdenciário, a pesquisa jurisprudencial evidencia a aplicabilidade da idéia ora defendida, embora se trate de matéria nova e controversa.

Consequentemente, ganha relevo um excelente referencial interpretativo de RONALD DWORKIN, que é a teoria do direito como integridade, na busca da “única resposta possível” para um não aparente hard case. Não aparente porque um dos grandes problemas na implementação dos direitos, seja pela via administrativa ou judicial, é a massificação na análise dos casos, decorrente também da falta de estrutura. Isso prejudica sobejamente a interpretação das normas aplicáveis, levando muitas vezes à tão só subsunção da norma no suporte fático. O que vai de encontro ao que ora se busca, que é a interpretação.

A propósito, justamente a falta de estrutura do Poder Executivo é que levou à judicialização dos processos previdenciários, e é por essa razão que a teoria de DWORKIN é pertinente, já que está calcada também no argumento judicial.

Como se disse, está-se diante de um hard case não aparente, mas ainda que não o fosse, cabe salientar que não é apenas nos casos difíceis que o juiz interpreta as normas. Qualificar um caso como fácil ou difícil, ou uma norma como clara ou obscura, já é uma atividade de interpretação.

DWORKIN aborda a semelhança do direito com a literatura quando apresenta a parábola do romance em cadeia, em que se afirma que decidir casos controversos é semelhante ao ato de escrever um romance. Neste exercício literário um grupo de escritores é contratado para escrever um romance, sendo que cada capítulo tem um autor diferente. Para que o livro conserve a coerência, a partir do segundo capítulo cada

romancista deve interpretar o texto já escrito para produzir a melhor continuação possível.<sup>9</sup>

Há inequívoca semelhança com o processo interpretativo operado na jurisprudência. Cada operador do direito se depara com um sistema pré-constituído por normas e por interpretações jurisprudenciais, os paradigmas, tidos como consensos condicionadores do debate e da interpretação.

A jurisprudência consolidada em diferentes momentos e proveniente de diferentes juízos e tribunais incorpora-se ao sistema jurídico, produzindo na comunidade a expectativa de que, em casos semelhantes, a decisão será guiada pelas mesmas razões de decidir.

Assim, refutar os paradigmas jurídicos consensuais provoca fortes suspeitas sobre a adequação da interpretação e o proponente corre o risco de ser considerado arbitrário, alternativista ou ignorante, ao menos que a divergência seja apontada e adequadamente fundamentada.

Hoje, como se verá doravante na análise de julgados, o critério biopsicossocial de incapacidade é amplamente adotado na jurisprudência brasileira e em muitos casos no processo administrativo.

Sem dúvida essa interpretação se disseminou entre a população, gerando fundada expectativa de que a administração previdenciária adote postura uniforme. Tal não ocorre, como bem salientou MARTINEZ na transcrição de sua obra disposta no primeiro capítulo deste artigo; o que se vê cotidianamente é a concessão de aposentadoria por invalidez para segurados tidos como aptos pela sociedade em geral e o indeferimento para segurados funcionalmente inválidos no seu meio.

A manutenção dessas distorções provoca revolta no segurado administrado e reflexo direto no questionamento quanto à conduta ética da Administração.

Como se vê, a hermenêutica constitucional é fundamento necessário para a análise do conteúdo jurídico da invalidez, a fim de retirar-lhe o elemento da indeterminação.

---

<sup>9</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 235-7.

## 2.2.2 Aspectos doutrinários sobre invalidez e condições pessoais do segurado

Fundamentos hermenêuticos e principiológicos autorizam a utilização do critério biopsicossocial de incapacidade.

Para não alargar o âmbito de análise doutrinária deste artigo, se reputa importante abordar especificamente o requisito legal da invalidez com pressuposto nas condições pessoais do segurado.

Ínsita à idéia de adoção do critério em estudo está a noção de contingência, para os quais a doutrina fornece subsídios importantes.

WLADIMIR NOVAES MARTINEZ<sup>10</sup>, ao tratar da finalidade da previdência social, não hesita em concebê-la como “*técnica de proteção social propiciadora dos meios indispensáveis à manutenção do indivíduo quanto este não pode obtê-los ou não é socialmente desejável auferi-los pessoalmente mediante o trabalho*” (grifo nosso). Lembra o doutrinador, ainda, que a previdência visa à manutenção dos meios, e não a mera subsistência, que é objeto da assistência social<sup>11</sup>.

FEIJÓ COIMBRA<sup>12</sup>, ao tratar dos fundamentos da relação jurídica assistencial, especialmente o risco e o sinistro, assinala:

Risco é o evento futuro e incerto, cuja verificação independe da vontade do segurado<sup>13</sup>.

[...]

O leque de atividades de amparo do Estado tornou-se mais amplo e abrangeu, em breve, certos eventos de que o seguro privado não cogitara, convencionando-se denominar seu conjunto de riscos sociais. Até mesmo alguns acontecimentos que, por sua índole,

10 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários à Lei Básica da Previdência Social*, Tomo II – Plano de Benefícios – Lei 8.213/91, São Paulo: LTr, 7. ed., p. 16.

11 Destaca-se nesta obra os tópicos “Questões conjunturais e causas” e Propostas em discussão” (p. 27-32) em que o autor faz um breve, porém preciso escorço sobre os problemas, consequências e medidas ocorridas na previdência social e no INSS nos últimos 25 anos.

12 FEIJÓ COIMBRA, J. R.. *Direito Previdenciário Brasileiro*, 11. ed. rev. e aum., Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2001. p. 17.

13 WLADIMIR NOVAES MARTINEZ distingue risco e contingência, pois esta última é fato previsível, realizável ou realizado, e cita como exemplo a indigência.

dificilmente poderiam ser assim qualificados, tais como o casamento, o nascimento de filhos e outros, foram incluídos no elenco desses riscos, tendo em vista as consequências que determinam na economia frágil do trabalhador. Desse modo, no conjunto dos riscos visados pelas medidas protetoras do Estado, passaram a integrar-se: os riscos derivados do meio físico, os oriundos de deficiências orgânicas do segurado e os decorrentes da flutuação da economia. [...] Há ainda aí, por extensão, a incapacidade de ganho: a incapacidade de ganhar, pelo trabalho, o bastante para o sustento do núcleo familiar.

Como se vê, o aspecto socioeconômico sempre esteve presente como contingência. Advirta-se, contudo, que no ordenamento jurídico brasileiro a Constituição não separa ou superdimensiona as contingências imprevisíveis das programáveis, o que permite concluir que não há priorização por espécie, mesmo porque se trata de fator mutável.

O certo é que a sociedade, por seus agentes políticos, deve eleger as contingências sociais que entenda necessário proteger em determinado momento histórico.

Tendo como pressuposto que a invalidez é um conceito jurídico indeterminado, cabe aos intérpretes preencher esse espaço. A esse respeito, inicialmente deve-se salientar a discordância com a afirmação de alguns autores, como FÁBIO ZAMBITTE IBRAHIM, quando afirma equivocada a formulação usualmente utilizada de “invalidez permanente ou temporária”, pois a temporária seria verdadeira contradição, enquanto a permanente uma expressão redundante<sup>14</sup>.

A literalidade do conceito de invalidez não traz ínsito o critério da permanência ou da totalidade da incapacidade<sup>15</sup>, mas sim uma moldura, um “estado da pessoa”, que deve ser interpretado de acordo com múltiplos fatores políticos e socioeconômicos. Afinal, como afirma ARAGONÉS, “a idéia da superação de um estado de necessidade por meio do esforço coletivo foi o que impulsionou os primeiros esquemas de proteção social<sup>16</sup>. ”

14 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Niterói/RJ: Impetus, 9. ed. rev. e atual., p. 503.

15 Segundo os dicionários on line AURELIO e MICHAELIS, o significado de invalidez é “Caráter ou estado de inválido”. Disponíveis em: <<http://michaelis.uol.com.br/>>” e “<<http://www.dicionarioaurelio.com.br/>>”

16 VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2007. p. 224.

A consequência dessa zona gris no conceito de invalidez é que os requisitos da incapacidade laboral e insusceptibilidade de recuperação são genéricos, difusos e subjetivos, demandando a depuração dos seus elementos constitutivos.

Nesse raciocínio depuraram-se quatro elementos a partir da doutrina e do regulamento administrativo que agora ganham relevo:

- 1) perspectiva de reabilitação do segurado;
- 2) dificuldade de caracterização da incapacidade funcional como fato gerador de litígios administrativos e judiciais;
- 3) incapacidade como consequência de alterações morfopsicofisiológicas, e;
- 4) incapacidade de ganho.

A incapacidade biopsicossocial perpassa cada um desses elementos, e a doutrina deixa clara essa conclusão. Veja-se.

MIGUEL HORVATH JÚNIOR<sup>17</sup> enfrenta bem o tormentoso tema da amplitude da incapacidade:

Para a imensa maioria das situações, a Previdência trabalha apenas com a definição apresentada<sup>18</sup>, entendendo ‘impossibilidade’ como incapacidade para atingir a média de rendimento alcançada em condições normais pelos trabalhadores da categoria da pessoa examinada. Na avaliação da incapacidade laborativa, é necessário ter sempre em mente que o ponto de referência e a base de comparação devem ser as condições daquele próprio examinando enquanto trabalhava, e nunca os da média da coletividade operária. A razão essencial para se conceder qualquer benefício é o beneficiário estar em estado de necessidade social [...] Problema tormentoso é o estabelecimento do nível de perda da capacidade laboral que acarreta a concessão de aposentadoria por invalidez.

<sup>17</sup> HORVATH JUNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. 4 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

<sup>18</sup> O autor se refere ao conceito administrativo de incapacidade laborativa do Manual de Normas Técnicas da Previdência Social.

Em seguida, ao tratar especificamente do conceito de invalidez previdenciária, o autor conclui que para o pronunciamento médico-pericial é imprescindível considerar, dentre outros elementos, o tipo de atividade ou profissão e suas exigências; o grau de deficiência ou disfunção; a indicação ou necessidade de proteção do segurado doente, por exemplo, contra re-exposições ocupacionais; a idade e escolaridade do segurado; a suscetibilidade ou potencial de reabilitação; o mercado de trabalho e outros fatores exógenos. O mesmo estudioso ainda destaca:

Não se deve entender o evento gerador da aposentadoria por invalidez, a incapacidade absoluta, total e completa do segurado. O sistema não exige o estado vegetativo laboral para a concessão deste benefício. [...] se a lei não exige, é possível que ele possa exercitar a capacidade residual, de forma a obter uma complementação de seu sustento. Lembremo-nos que o sistema previdenciário é básico de cobertura e que a instalação da incapacidade reduz drasticamente o nível de vida do segurado que percebia remuneração superior ao teto máximo de pagamento.

Como se vê, o autor admite inclusive a coexistência da invalidez técnica com a capacidade residual, numa visão realista dos fatos. Afinal, como afirma FEIJÓ COIMBRA ao tratar do elemento material da regra jurídica de proteção, está embutido no conceito de capacidade laborativa, também, a “aptidão moral que permita realizar o trabalho”, como forma de erigir a proteção estatal contra o estado de subemprego<sup>19</sup>.

Não é crível esperar que o trabalhador vá observar inerte a queda brusca no padrão de vida do núcleo familiar, razão pela qual não raro se vê obrigado a trabalhar para complementar os rendimentos mesmo estando aposentado por invalidez. Trata-se de problema social ligado à renda e não especificamente à previdência.

Nesse sentido ARAGONÉS<sup>20</sup> aborda a necessária individualização na análise da incapacidade:

A aferição da incapacidade deve ser apurada em cada caso concreto, jamais em relação ao “segurado médio”. O benefício não exige a

---

<sup>19</sup> FEIJÓ COIMBRA, op. cit., p. 129. Nesse mesmo capítulo são pontos altos na obra do eminentíssimo previdenciarista a temática do desemprego e suas causas, bem como o fator determinante da desocupação.

<sup>20</sup> VIANNA, op. cit., p. 224

incapacidade total absoluta, mas aquela que impede a continuidade do trabalho realizado pelo segurado em exame.

Com essa interpretação se vê que a incapacidade para a profissão desempenhada ou correlata autoriza a concessão do benefício, sendo irrelevante se posteriormente o segurado venha a exercer, por necessidade, atividade informal ou subemprego. Mesmo nessa situação os fatores que determinaram a caracterização da incapacidade para fins de benefício se mantêm, ou seja, ainda há necessidade de proteção estatal.

DANIEL MACHADO DA ROCHA e JOSÉ PAULO BALTAZAR JUNIOR abordam o tema:

As condições pessoais do segurado reclamam uma análise cuidadosa que não deve descuidar-se de sua idade, aptidões, grau de instrução, limitações físicas que irão acompanhá-lo dali para frente, bem como a diminuição do nível de renda que a nova profissão poderá acarretar.<sup>21</sup>

MARINA VASQUES DUARTE acompanha os autores, fazendo remissão à jurisprudência do TRF da 4<sup>a</sup> região, no sentido de que não é óbice ao deferimento do benefício o exercício de subemprego pelo segurado enquanto aguarda definição da autarquia acerca da prestação, pois não seria razoável exigir-se outra conduta daquele que vê sua única fonte de sustento suprimida.

Mas adiante, ao tratar da submissão do segurado aos exames de revisão bienal, a autora enfoca a análise judicial:

Aqui também deve ser avaliado pelo juízo as condições pessoais do beneficiário. Se ele esteve em gozo desta aposentadoria por longo tempo e já possui idade avançada, seu retorno ao mercado de trabalho torna-se impossível, razão por que deve ser mantido o benefício.<sup>22</sup>

Essa observação acerca da revisão administrativa por que passam os benefícios por incapacidade é oportuna e a análise crítica abordará o tema. É que a retomada legislativa de um limite etário para as revisões da aposentadoria por invalidez parece pertinente ao se admitir a adoção da incapacidade biopsicossocial. A reabilitação do beneficiário idoso

<sup>21</sup> ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José P. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 6. ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 202.

<sup>22</sup> DUARTE, Marina Vasques. *Direito Previdenciário*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 172.

raramente é factível, razão pela qual se questiona sujeitá-lo às eternas revisões administrativas.

Não se poderia concluir a análise doutrinária deste estudo sem mencionar um dos poucos livros a tratar do tema, que é *A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro*, de DANIEL PULINO.

A obra analisa a hipótese de incidência da norma jurídica geral e abstrata da aposentadoria em estudo, fixando o conceito técnico de invalidez a partir da definição da substancial incapacidade.

O autor reconhece que conceituar a invalidez não é apenas o ponto crucial do benefício em exame, mas uma das questões mais complexas de todo o direito previdenciário. Mesmo assim, não se furta de depurar os dois elementos que formam o núcleo do conceito jurídico de invalidez; a substancialidade e a permanência da incapacidade.

A substancial incapacidade revela a impossibilidade de ganho que nos termos da lei garanta a subsistência do trabalhador, no sentido de que a perda ou diminuição de rendas que abata, substancialmente, o orçamento familiar pode e deve ser considerada necessidade social apta a permitir a outorga de aposentadoria por invalidez.<sup>23</sup>

A evolução do tema na visão do autor deve começar pela característica da contributividade do sistema. Desse modo, se o segurado sempre trabalhou e contribuiu com base no teto de contribuição, é inviável exigir-se que passe a trabalhar em atividade que lhe permita contribuição tão somente no valor mínimo.

Da análise do texto pode se verificar indiretamente a incidência do princípio da proibição do retrocesso social, em voga numa série de questões recentemente analisadas pelo Supremo Tribunal Federal. É inequívoca a aplicação do postulado no tema ora defendido.

Oportuno ressaltar as conclusões da obra sobre as condições pessoais do segurado como fatores aptos a compor o juízo complexo sobre a constatação da incapacidade laborativa caracterizável como invalidez previdenciária:

<sup>23</sup> PULINO, Daniel. *A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro*. São Paulo: LTr, 2001. p. 114-127.

A aferição da invalidez não se resume, portanto, numa comprovação de ordem exclusivamente médica – embora esta seja uma condição necessária para a edição do ato de concessão do benefício –, compreendendo um juízo complexo, em que se deve avaliar a concreta possibilidade de o segurado conseguir retirar do próprio trabalho renda suficiente para manter sua subsistência em patamares, senão iguais, ao menos compatíveis com aqueles que apresentavam antes de sua incapacitação, e que foram objetivamente levados em consideração no momento de quantificação das suas contribuições para o sistema – dentro, sempre, dos limites de cobertura do regime geral de previdência social.

Como se vê, o ato médico-pericial deve se amparar não somente na avaliação clínica, mas também na repercussão do estado clínico – físico e psicológico – do segurado sobre a sua capacidade de trabalho em atividade que lhe possibilite determinado nível de subsistência, o que tecnicamente se denomina capacidade de ganho.

Portanto não há como deixar de se levar em conta aspectos relativos à escolaridade, formação profissional (aqui compreendidas a específica e as experiências de trabalho que possam ser aproveitadas para nova atividade), idade, perspectiva de reabilitação, e até certo ponto, as dificuldades que serão encontradas no mercado de trabalho.

Por fim, não há como negar as consequências da adoção da incapacidade biopsicossocial em relação à população atingida, ou seja, de acordo com o princípio da seletividade, pois a partir desta abordagem a definição de incapacidade se dará pela maior probabilidade de ocorrer a contingência social invalidez em determinados grupos. O perfil dos segurados será determinante para maior gerenciamento das políticas públicas na medida em que se puder mensurar quando e porquê determinada camada da população foi atingida precocemente pela incapacidade de ganho.

Como se vê, em que pese a tímida contribuição doutrinária, a incapacidade biopsicossocial tem base teórica robusta, passível de maior aprofundamento, reconheça-se.

### **2.2.3 Análise jurisprudencial qualitativa**

A adoção do critério biopsicossocial de incapacidade é uma realidade na jurisprudência brasileira nos tribunais regionais federais,

tribunais de justiça e nas turmas recursais dos juizados especiais federais de todos os estados.

Assim, optou-se por analisar arestos das duas cortes mais importantes atualmente em matéria de direito previdenciário, que são o Superior Tribunal de Justiça – STJ e a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais – TNU, representativos das idéias e conceitos ora trabalhados<sup>24</sup>.

A evolução jurisprudencial da matéria é muito peculiar.

Inicialmente a incapacidade biopsicossocial era abordada e considerada quase que exclusivamente na matéria acidentária, portanto em julgados esparsos da justiça estadual. Não havia jurisprudência que se pudesse dizer dominante ou representativa. Até mesmo em razão das espécies de prestação por incapacidade não alcançarem em passado recente os índices de concessão atuais.

Consequentemente era muito incipiente o debate no foro federal porque, como já se disse, não havia a atual enxurrada de ações ajuizadas nos JEFs.

De fato, o STJ e a TNU recentemente passaram a adotar a tese em análise. A questão não está pacificada no STJ, mas na TNU o posicionamento é reiterado.

O efeito processual é que muitos pedidos de uniformização de jurisprudência interpostos na TNU com base em divergência com o STJ não estão sendo mais conhecidos, porque a matéria não é mais pacífica na corte superior.

Deve se salientar que a TNU é um órgão colegiado de composição variável, integrado por dez juízes federais, sendo dois de cada região judiciária, com mandato de dois anos, vedada a recondução. Nesse formato é possível imprimir maior dinâmica na jurisprudência, um fator interessante e diferenciado no panorama das cortes brasileiras.

Lembra-se mais uma vez que dado ao ineditismo da matéria na doutrina, não se encontrou na pesquisa fundamentação específica sobre

<sup>24</sup> A pesquisa principal foi realizada numa base de mais de quatrocentos acórdãos entre os Tribunais Regionais Federais, a TNU e todas as turmas recursais dos juizados especiais federais nos estados, com julgados acolhendo ou não o critério biopsicossocial.

a adoção do critério em estudo. Como se vê nos trechos de acórdãos a seguir, a incapacidade biopsicossocial é um consenso fundado nos princípios constitucionais explícitos e implícitos e em legislação aplicada por analogia.

O primeiro julgado da TNU encontrado na pesquisa, de 2008, já apontava o uso desse método analógico de resolução de conflitos. Naquela ocasião o colegiado fundamentou o acórdão em legislação específica para pessoas com impedimentos, apoiando o exercício de analogia no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Anote-se que o tratamento dado à legislação é tido como aplicável à incapacidade em geral, sem distinguir a invalidez funcional da deficiência.

Mais recentemente a TNU assim se posicionou:

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. LAUDO MÉDICO QUE INDICA CAPACIDADE TEMPORÁRIA. CARACTERES SOCIOCULTURAIS DO SEGURADO QUE CONDUZEM À CONCLUSÃO PELA INCAPACIDADE PERMANENTE. PARADIGMAS JUNTADOS. SIMILITUDE FÁTICA. CONHECIMENTO DO INCIDENTE, NESSA PARTE. CASO DOS AUTOS. AVALIAÇÃO JUDICIAL QUE DESCONSIDEROU FATORES SOCIAIS E PESSOAIS RELATIVOS À IDADE AVANÇADA. DIVERGÊNCIA INSTAURADA. PRECEDENTES DESTA TNUJEF's. PROVIMENTO.

[-]

II. Afirmando os acórdãos paradigmas que, na aferição da incapacidade laboral para fins de concessão de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, é permitido ao julgador levar em consideração aspectos sócio-culturais do segurado, estes normalmente associados à sua idade avançada, e, havendo o aresto recorrido, no caso específico, desconsiderado tal circunstância, é de rigor o reconhecimento de similitude fática.

III. Em sendo o entendimento desta TNUJEF's no sentido de autorizar ao julgador, no processo de formação da sua convicção quanto à incapacidade laboral do segurado, somar às razões médicas considerações sobre as condições pessoais e sociais do segurado e, havendo a questão sido pontualmente enfrentada pelo aresto recorrido, há de ser provido o recurso, nesse ponto.

IV. Pedido de uniformização conhecido, em parte, e provido, nessa parte.<sup>25</sup>

No acórdão deste julgado se verifica a divergência e se extrai a referência ao posicionamento mais recente do STJ sobre a matéria. De fato, o Tribunal adotava posição legalista e fechada, com interpretação literal acerca do requisito da incapacidade laborativa pela egrégia 3<sup>a</sup> Seção, composta pela 5<sup>a</sup> e pela 6<sup>a</sup> Turmas.<sup>26</sup>

Ocorre que não há mais jurisprudência dominante sobre essa questão de direito material. Nesse sentido, a 5<sup>a</sup> Turma do STJ evoluiu, passando a entender que, ainda que sob o ponto de vista médico a incapacidade seja parcial, há direito à concessão de aposentadoria por invalidez se as condições pessoais forem desfavoráveis, conforme o acórdão do REsp nº 965.597/PE. Neste Recurso Especial o relator observa que “em matéria previdenciária deve haver uma flexibilização na aplicação das leis, pelo que entendo ser necessário, para a concessão de aposentadoria por invalidez, considerar outros aspectos relevantes, além dos elencados no art. 42 da Lei 8.213/91, tais como, a condição sócio-econômica, profissional e cultural do segurado”.

Voltando ao âmbito da TNU, mais um acórdão demonstra a necessidade de tratamento individualizado para a questão da invalidez funcional, ao afirmar que “*a incapacidade para o desempenho de uma atividade profissional deve ser avaliada sob os pontos de vista médico e social, mediante análise das condições socioeconômicas do segurado.*”<sup>27</sup>

Como se observa, a incapacidade biopsicossocial está se firmando no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e já soa como matéria pacificada na Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais.

---

<sup>25</sup> TNU, PEDILEF 200770530040605, DJ 11/06/2010, Relator JUIZ FEDERAL RONIVON DE ARAGÃO.

<sup>26</sup> A título exemplificativo: PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE PARCIAL. DESRESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL, À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. QUESTÕES NÃO DEBATIDAS. INOVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 182/STJ. AGRAVO DESPROVIDO. I – Estando o Autor incapacitado apenas parcialmente para o trabalho, não faz jus à aposentadoria por invalidez. II – O argumento da dificuldade de obtenção de outro emprego, em face da idade avançada, baixo nível intelectual, não pode ser utilizado para a concessão do benefício, por falta de previsão legal. (omissis)”. (STJ, AgREsp 674.036, 5. Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 13.12.2004)

<sup>27</sup> PEDIDO 200838007232672, PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI FEDERAL, Relator(a) JUIZ FEDERAL JOSÉ ANTONIO SAVARIS Fonte DJ 11/06/2010.

É interessante observar as nuances regionais, considerando as desigualdades entre cada parte do país. Ressalte-se que já na década de 80 havia julgados precursores na justiça estadual em matéria acidentária adotando o critério de incapacidade biopsicossocial. Todavia, a análise qualitativa que se propõe pretende ser atual, na medida em que somente nos últimos anos a questão ganhou relevo nos foros federais e no âmbito administrativo.

A partir da constatação de que a incapacidade biopsicossocial vem sendo reiteradamente reconhecida como critério jurídico apto para a concessão de aposentadoria por invalidez, abre-se espaço para reflexão e estudo dessa postura, lembrando que a instigação e a proposição de debate mais aprofundado também é uma meta deste artigo.

### **3 ANÁLISE CRÍTICA**

O que se viu até agora é que a adoção do critério biopsicossocial é realidade na conduta administrativa e sobejamente na jurisprudência brasileira.

Mas esse proceder não está imune a críticas, certo que ostenta aspectos positivos, negativos e indagações.

Isso porque o principal fundamento no plano social para a mudança paradigmática na interpretação sobre invalidez reside em fatos como a precarização e a falta de segurança nas relações de trabalho, o aumento das doenças ocupacionais, a má qualidade do serviço de saúde pública e, por consequência, o aumento na concessão de benefícios por incapacidade. Concorrendo com esses fatores tem-se um aumento da expectativa de vida da população.

Também é possível verificar outras causas, como a oferta de trabalho, a qualificação, a idade, a função anteriormente exercida, bem como qualquer característica peculiar do segurado, seja médica ou circunstância pessoal, que autorize classificar o indivíduo como inapto para o labor, e, consequentemente fundamentar a concessão do benefício, tido aqui com um viés mais social.

É consenso que se pode correlacionar as causas sociais e a progressão na concessão dos benefícios por incapacidade em detrimento das espécies contributivas, tratando especificamente das aposentadorias.

O que importa verificar é se realmente é correta a utilização de um benefício de risco em substituição aos benefícios contributivos para resolução de problemas sociais. Questão essa, a propósito, também debatida nos benefícios rurais não contributivos.

Também é pertinente questionar qual o impacto que essa política de concessão terá no equilíbrio atuarial da previdência, quando tenta harmonizar os rígidos requisitos legais do benefício de invalidez com a realidade da população, em relação à saúde e trabalho.

A análise crítica dessas indagações pende para ambos os lados. Considerando que a aposentadoria por invalidez é benefício que tutela um risco social específico, no caso uma contingência incerta ligada à doença, parece evidente que a prestação não se coaduna com a cobertura de eventos relacionados à idade, grau de instrução, perspectiva de reinserção no mercado de trabalho, etc. Afinal, é justamente por causa do risco imprevisível e da presença do elemento sinistro que a espécie tem carência reduzida de 12 contribuições, não se exigindo nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa, ou ainda se o segurado é portador de doenças específicas.

É questionável a quebra da base de custeio se o cidadão filia-se já em idade avançada e assolado por todas as demais contingências sociais que se analisou. Então, ao contribuir minimamente, fará jus ao longo benefício de aposentação.

O fato é que hoje a lei permite essa situação, mas desde que respeitada a vedação da preexistência da incapacidade. Todavia, adotando-se a interpretação flexibilizadora, mesmo com diagnóstico clínico desfavorável à concessão, poderia ser concedido o benefício com base na incapacidade biopsicossocial.

Lembra-se que é comum o segurado em idade avançada receber alta médica porque tecnicamente não é incapaz para o labor. Afora esse aspecto, o segurado que permaneceu durante quase toda a vida laboral fora do regime geral pode se filiar tardiamente, e embora não tenha perspectiva de atingir a carência da aposentadoria por idade ou tempo de contribuição, facilmente preencherá os requisitos para a aposentadoria por invalidez.

Se toda a população de trabalhadores informais deixar para contribuir tardiamente e o fizer sob o limite máximo do salário-de-

contribuição não há dúvidas de que haverá déficit. Ainda que o sistema seja solidário e equitativo na forma de participação no custeio, não significa que não deva ser superavitário, em atenção ao princípio específico do equilíbrio financeiro e atuarial.

Como sempre, vai se utilizar do critério da ponderação de interesses, ou melhor, dos princípios constitucionais da seguridade e da previdência, já que a seletividade impõe ao Estado eleger as maiores carências sociais.

Assim, se é certo que a pluralidade de fatores descritos acima está inequivocamente dificultando a implementação dos requisitos para as aposentadorias por idade e tempo de serviço/contribuição, e a própria manutenção dos trabalhadores no rol de segurados, deve se levar em conta o processo de resgate da cidadania, alcançando uma prestação mínima e universalizando a cobertura para quem necessita.

Por essas razões o fator positivo do critério biopsicossocial de invalidez é a inclusão social. Relevar as condições sociais do segurado é uma forma de flexibilizar a concessão do benefício e mitigar os efeitos nefastos dos problemas já citados, que estão dificultando o cidadão de se manter contribuindo para a Previdência Social de forma contínua e duradoura.

O negativo é a possibilidade de quebra da base de custeio e a estimulação de um movimento de massa tendente a não contribuir para a previdência até que advenha a contingência social, o que frustra a idéia de seguro.

Por outro lado, no âmbito judicial o grande problema é a atual massificação dos litígios, em que a facilidade de acesso à justiça paradoxalmente prejudica o jurisdicionado realmente incapaz. O fato é que hoje é banal ajuizar ação nos juizados especiais federais requerendo o restabelecimento de auxílio-doença ou concessão de aposentadoria por invalidez.

O volume de ações previdenciárias por incapacidade não representa atualmente um indicador de erro no ato administrativo médico-pericial. É possível afirmar sem medo que na maioria dos litígios de restabelecimento de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez a causa de pedir não é embasada em erro médico, mas sim no inconformismo com o mérito administrativo, consubstanciado

na conclusão sobre a incapacidade laborativa. A atuação do Poder Judiciário nos casos de lide exclusiva sobre o requisito da incapacidade muitas vezes não é correção de ato administrativo, mas mera instância revisora da perícia.

Ainda não se elaborou estudo específico de impacto sobre a concessão judicial de auxílio-doença. Mas fica autorizada a crítica de que a atuação do Poder Judiciário nos benefícios por incapacidade pode caracterizar invasão de esfera de competência do Poder Executivo.

É questionável na evoluída concepção que se tem hoje de Administração Pública que o resultado do exame-médico pericial possa ser substituído por outro produzido judicialmente, seja por um perito também servidor público (o que não ocorre na Justiça Federal, em que toda a perícia é terceirizada), seja por um médico da confiança do juiz, que ao final será o verdadeiro “juiz” do processo. A invasão da esfera de competência de um poder por outro é nítida se considerarmos o resultado positivo ou negativo do exame da incapacidade como se mérito administrativo fosse.

Em ambos os casos as distorções: se a Justiça possui departamento médico-pericial, o que só ocorre no ramo estadual, a perícia revisora fica a cargo de perito remunerado pela Fazenda Pública, que tende a convergir com o resultado da perícia administrativa. Por outro lado, na Justiça Federal a perícia é toda realizada por peritos credenciados pelo juiz, o que acarreta graves distorções.

É fato que a realização do ato médico-pericial depende de profissional treinado especificamente para esse mister, e nesse aspecto o serviço médico-pericial do INSS está muito evoluído. Afora esse aspecto, não se olvide que a medicina do trabalho tecnicamente está apta para emitir juízo sobre capacidade laborativa em qualquer área de especialidade, sendo falacioso afirmar que somente o médico especialista na doença do segurado tem aptidão para diagnosticar invalidez. É importante salientar que qualquer médico treinado tecnicamente de acordo com os parâmetros da Organização Mundial de Saúde tem aptidão para a análise pericial da incapacidade, mormente no caso da biopsicossocial, em que os critérios médicos serão agregados às demais condições pessoais do segurado.

Portanto, a qualidade do ato médico pericial é problema grave na avaliação da incapacidade biopsicossocial no âmbito judicial<sup>28</sup>.

Em passado recente, o Judiciário corrigia os erros do processo concessório, na maioria das vezes em processos de averbação de tempo rural e outras controvérsias relativas ao reconhecimento ou contagem de tempo de serviço. Era uma espécie de controle externo da administração.

Atualmente, o risco é que o Judiciário acabe excedendo suas atribuições, ao invés de exercer o necessário papel de correção de erro administrativo nos benefícios por incapacidade, quando presente a ilegalidade. É ingênuo pensar que cada benefício indeferido por perícia contrária, e judicializado, corresponda a erro do ato médico pericial.

O que se formou, notadamente nos Juizados Especiais Federais, é um sistema paralelo de concessão de benefícios por incapacidade.<sup>29</sup>

E não se trata aqui de crítica ao Poder Judiciário, pois o próprio juiz acaba refém do processo e do laudo pericial, que muitas vezes acaba sendo o único fator determinante na concessão.

Daí a proposição do articulista, fundada na evolução do trato dessas questões no Brasil, no sentido de que no futuro o Judiciário só analise questões de direito nos benefícios por incapacidade, como a qualidade de segurado, carência, preexistência da incapacidade e renda familiar, sob pena de transmudar-se em mero órgão concessionário de benefício.

Importante fixar a premissa de que a proposta está fundada na eficiência do Estado e no ceticismo em relação à redução de demandas

28 O problema reside na qualidade das perícias judiciais, na medida em que muitos médicos não têm conhecimento sobre os pressupostos do ato pericial, como por exemplo, o caráter investigativo e inquisitorial. Aqui reside a diferença com a consulta médica, em que o enfoque é assistencial. Também está se verificando dois problemas de estrutura. O primeiro é a ausência de interesse dos médicos em se credenciar como perito, afastando os médicos qualificados para o encargo. O segundo é a falta de recursos orçamentários para custear o volume excessivo de perícias judiciais. Sempre se questionou o volume orçamentário necessário para o custeio das perícias judiciais. Agora que começam a escassear as verbas, a questão ganha evidência.

29 Para maior aprofundamento em relação aos limites da atuação do Poder Judiciário, ver a recém traduzida obra *Democracia e desconfiança - Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*, de John H. Ely, um crítico da expansão do poder judicial. O autor defende que o Judiciário só deve sair da sua autocontenção (*self-restraint*) quando existir um desequilíbrio grave na democracia. Esse clássico pode ser útil para mostrar a razão de o Judiciário ter um pouco mais de “*self-restraint*”, ainda mais em matéria finalística previdenciária.

em benefício por incapacidade, já que tanto o ajuizamento como o recurso são gratuitos e não dependem de assistência de advogado. Assim, a atual intervenção do Poder Judiciário nos benefícios por incapacidade pode ser desvirtuada facilmente para uma aventura judicial em que a tentativa é livre, pois não há ônus.

A única ação administrativa tendente a diminuir a litigiosidade nessas espécies de prestações é o acompanhamento das perícias judiciais por assistente técnico da autarquia, ou seja, a própria perícia administrativa, ao acompanhar as perícias judiciais, faz um exercício de autotutela, em controle interno capaz de uniformizar procedimentos e entendimentos médico-periciais.

O efeito a médio e longo prazo é a redução de ações, na medida em que o INSS começa a vencer a maioria das causas, reprimindo o ajuizamento de demandas aventureiras<sup>30</sup>.

É o que se observa no enfrentamento e trato cotidiano dessa questão assessorando administrativa e judicialmente o Instituto Nacional do Seguro Social.

Mesmo esse trabalho de atuação conjunta da autarquia e representantes judiciais nos processos não inibe um segundo problema na adoção do critério biopsicossocial pelo Judiciário: a subjetividade, quando abre caminho para o erro e o abuso de decisões judiciais.

Ao se ampliar o plexo de incidência fática do conceito jurídico de invalidez, tido como indeterminado, se permite ao juiz toda a série de interpretações, muitas vezes distorcidas.

A fragilidade nesses casos se revela pela indução do juízo em erro, pouca experiência do magistrado, pressão da comunidade, parcialidade, influência política no ato decisório e até mesmo a ausência de percepção dos impactos que uma interpretação jurídica pode causar na comunidade.

<sup>30</sup> Conforme dados do Sistema Integrado de Controle das Ações da União – SICAU, em muitas subseções judiciais federais o INSS é vencedor em mais de 70% das ações de restabelecimento de auxílio-doença ou concessão de aposentadoria por invalidez, lembrando a fungibilidade incidente na espécie, sendo irrelevante o pedido, pois o benefício será concedido de acordo com o laudo pericial e outros elementos do processo, inclusive os aspectos biopsicossociais. Esses dados revelam a inequívoca presença de lides sem fundamento fático ou jurídico.

No afã de fazer caridade ou de ser um agente transformador na comunidade em que está inserido, o juiz pode entrar no caminho perigoso da banalização na concessão de benefícios, tornando-se facilmente manipulável pela comunidade jurídica. O *in dubio pro misero*, nesse caso, se transforma em arbítrio.

Não à toa, MARCELO LEONARDO TAVARES assinala<sup>31</sup>:

Quanto à perícia, a presunção *in dubio pro misero* pode convencer o juiz, por exemplo, da continuidade de uma incapacidade, em caso em que o INSS tenha concedido benefício por algumas vezes, pelo mesmo motivo, de maneira intercalada, se o perito judicial, ao responder aos quesitos formulados, afirmar não poder informar, clinicamente, que tenha ocorrido a recuperação do segurado nos períodos de alta.

O que deve ser evitado, sob pena de se utilizar a presunção indevidamente, é fazer alusão a ela como uma forma fácil para não se adotar postura judicial compromissada com a solução justa da lide previdenciária a partir do exame detalhado das provas e da busca da verdade real. O Direito Processual Previdenciário deve proporcionar, com os dois princípios analisados, subsídios para a prolação de uma decisão que pacifique a questão relativa à fruição de um direito social fundamental e que tenha compromisso com o seguro, a fim de proteger adequadamente os beneficiários, sem onerar o grupo e a sociedade de forma indevida.

No mesmo sentido, vale destacar a opinião de MACHADO DA ROCHA e BALTAZAR JUNIOR:

Na ação judicial, não raro divergem o perito do Juízo e o assistente técnico da autarquia. Nesse caso, em princípio, deve prevalecer a conclusão do perito judicial, que está em posição equidistante do interesse das partes, ressalvada a hipótese de estarem as conclusões do assistente técnico melhor fundamentadas ou escudadas em outros elementos de prova, tais como exames laboratoriais.<sup>32</sup>

Como se vê, a questão envolve dois âmbitos de atuação. O primeiro é administrativo, no sentido de melhorar a qualidade do ato concessório

---

<sup>31</sup> TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário*. 12. ed. rev. e atual., Niterói/RJ: Impetus, 2010. p. 38.

<sup>32</sup> ROCHA; BALTAZAR JUNIOR, op. cit., p. 205.

de benefício por incapacidade, com atendimento mais qualificado e humanizado, adotando-se o critério biopsicossocial com base em dados concretos coligidos no ato médico pericial e no bojo do processo administrativo.

O segundo passo é o rígido acompanhamento e controle das ações judiciais, para evitar o desvirtuamento da interpretação ora defendida, e buscando a padronização das interpretações administrativa e jurisprudencial.

A redução de demandas em benefícios por incapacidade vai ser consequência dessas ações.

Superados esses óbices, e tratando de equilíbrio atuarial, é necessário averiguar ainda se a adoção do critério biopsicossocial retira a característica não programável do benefício de aposentadoria por invalidez. Ora, na medida em que o benefício passa a ser substitutivo da aposentadoria por idade, por exemplo, a concessão passa a ser previsível, deixando de ser vinculada a um sinistro causador de incapacidade – doença ou acidente – para se tornar consequência da idade e dos fatores exógenos já relatados.

É um risco que está diretamente ligado à necessidade de ampliação da cobertura previdenciária e consequentemente da base de contribuintes.

Também é passível de reflexão a necessidade de revisão administrativa por que passam os benefícios por incapacidade. Nesse sentido, a retomada legislativa de um limite etário para as revisões da aposentadoria por invalidez parece pertinente ao se admitir a adoção da incapacidade biopsicossocial<sup>33</sup>.

A situação do beneficiário idoso, por exemplo, dificilmente é reversível, sendo questionável a recuperação da capacidade nos termos do art. 47 da lei 8.213/91, para suspender aposentadoria por invalidez de beneficiário em idade incompatível com a reinserção no mercado de trabalho.

Mais uma vez MARTINEZ é lúcido ao tratar do retorno ao trabalho nessas condições:

---

<sup>33</sup> O benefício é de duração indeterminada e não se opera mais a presunção de incapacidade definitiva pelo fato do segurado completar 55 anos de idade, conforme preceituava a redação original do art. 101 da Lei 8.213/91.

O mais correto, porém, é o apreciador da situação louvar-se no bom senso e verificar se a remuneração auferida é ou não expressiva, a idade do segurado, suas condições de saúde se a volta se deu na mesma atividade ou função e o quanto os salários representam comparados com a prestação mensal<sup>34</sup>.

Por outro lado, em relação aos segurados mais jovens o dado crítico é a possibilidade de deturpação do benefício para a função de seguro-desemprego, problema já enfrentado em comunidades com variação sazonal de oferta de trabalho.

Como se vê, não é tarefa fácil equacionar as questões previdenciárias, mas não há alternativa. O futuro da previdência reside justamente na capacidade de mutação do sistema para que se adapte à realidade.

Por isso é importante deixar claro que a adoção do critério biopsicossocial de incapacidade é dinâmica. A interpretação tem que ser maleável, adaptando-se à realidade socioeconômica e a evolução dos indicadores relacionados à saúde do trabalhador, níveis de desemprego, acesso ao Sistema Único de Saúde – SUS, dentre outros.

#### **4 CONCLUSÃO**

O presente artigo é um sucinto estudo sobre o requisito legal da incapacidade laborativa para fins de aposentadoria por invalidez no regime geral, com ênfase no critério biopsicossocial.

Buscou-se estabelecer métodos para definição de incapacidade funcional, sem adentrar na conceituação e análise médica da questão, que se deixa reservada para a ciência da medicina, especialmente o ramo do trabalho.

Aqui o que se perseguiu foi a definição de invalidez que, partindo dos conceitos médicos, agregasse critérios jurídicos, numa integração de institutos de direito previdenciário, trabalhista e constitucional.

Os dados analisados na pesquisa indicam uma relação entre o aumento das concessões de aposentadoria por invalidez, as mudanças legislativas em matéria previdenciária, e os problemas sociais que afetam

---

<sup>34</sup> VIANA, op.cit. p. 700.

a população, principalmente a de baixa renda composta por maioria de trabalhadores braçais.

Por essa razão se tornou importante traçar um panorama sobre o conceito e a interpretação da incapacidade laborativa que abarque já no âmbito administrativo o reconhecimento do critério biopsicossocial, sua aplicabilidade na prática, e os reflexos que poderá ocasionar.

O estudo revelou prematura a idéia de que fatores socioeconômicos e culturais se constituiriam em causas supralegais de aposentadoria, tendo a invalidez como fato gerador. De fato, não há que se falar em causas supralegais de concessão, mas sim reconhecer que o conceito moderno de incapacidade laborativa não se dissocia da realidade das relações de trabalho no Brasil, e deverá evoluir juntamente com essa realidade.

Não se pode formar operadores com o pensamento restrito à legalidade e ao direito posto, mas sim fomentar a crítica, o pensamento interdisciplinar, e a observação das transformações sociais. E nesse caso é preciso admitir que se está partindo de um problema social-previdenciário, sempre com um olho nas contas, relevando a necessidade de plena integração com os órgãos gestores do orçamento público e os estudos de impacto financeiro.

O sistema, além de superavitário, deve ser lastreado para o futuro, considerando a dinâmica das relações sociais e a lei positivada.

Toda e qualquer mudança no tratamento administrativo e judicial dessa questão deveria e deve ser precedida de estudo das implicações que essa prática poderá ocasionar no sistema previdenciário.

Todavia, independente do quanto se evolua nessa questão, o fato é que a aplicação do critério biopsicossocial de incapacidade laborativa para autorizar a concessão dos benefícios é uma realidade que poderá se modificar de acordo com o desenvolvimento socioeconômico do país.

O intérprete da legislação previdenciária deve sempre buscar formas de harmonizar a lei e as praxes administrativas no enfrentamento das questões sociais que envolvem a exclusão total ou parcial do trabalhador do sistema previdenciário tradicional de aposentação, que é o contributivo.

Por isso entende-se plenamente justificado um estudo mais aprofundado sobre esse fenômeno social, em razão dos reflexos futuros.

Afinal, a previdência social brasileira foi e é o melhor instrumento de distribuição de renda do país e um dos mais eficientes do mundo. A avaliação da incapacidade laborativa na prática está vinculada com a possibilidade de reinserção do segurado no mercado de trabalho, o que se não for possível deverá acarretar a proteção estatal através do benefício.

Se o segurado já se encontra numa situação de vulnerabilidade social, notadamente pela idade, torna-se irrelevante o fato de ostentar uma incapacidade parcial ou temporária no aspecto clínico.

A possibilidade de reintegração desse indivíduo à vida laboral é muito difícil, e em alguns casos impossível, tudo a depender de uma análise individualizada da situação médica e social.

Afora esses dados não se pode esquecer que a concessão da prestação tem como beneficiário direto o segurado, mas indiretamente atinge toda a família desse cidadão, muitas vezes tirando-o de uma situação de extrema pobreza ou miséria para alçá-lo a patamar mais digno de cidadania.

Não raro significa tirar da rua e da criminalidade as crianças desse grupo. O núcleo familiar, dessa forma, pode obter maior proteção social com o benefício e demais programas assistenciais.

Somente com ações macro na área da saúde, assistência, educação e previdência se poderá reverter o quadro de exclusão que ainda prevalece no país.

Estudar ou defender a idéia ora posta representa justamente o rompimento desse paradigma de legalidade administrativa, para compatibilizá-lo com os princípios maiores de nossa constituição.

## **REFERÊNCIAS**

ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios Previdenciários*. São Paulo: Leud, 2009.

Anuário Estatístico da Previdência Social 2011. Disponível em: <[http://www.mpas.gov.br/arquivos/office/1\\_121023-162858-947.pdf](http://www.mpas.gov.br/arquivos/office/1_121023-162858-947.pdf)>.

- BALERA, Wagner. *Direito previdenciário*. 9. ed. Método: São Paulo, 2012.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. "A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito". In: *Notícia do direito brasileiro*. Nova série, n. 6 Brasília: UnB, 2º semestre de 1998.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- DUARTE, Marina Vasques. *Direito Previdenciário*. 7. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.
- FEIJÓ COIMBRA, J. R., *Direito Previdenciário Brasileiro*. 11. ed. rev. e aum., Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade (I e II)*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HORVATH JUNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- IBRAHIM, Fábio Zambitte, *Curso de Direito Previdenciário*. 9. ed. rev. e atual. Niterói/RJ: Impetus.
- LAZZARI, João Batista; PEREIRA DE CASTRO, Carlos Alberto. *Manual de Direito Previdenciário*. São Paulo: Forense, 2013.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários à lei básica da previdência social. Tomo II – Plano de Benefícios – Lei 8.213/91*, São Paulo: LTr, 7. ed., 2010.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Previdenciário, Tomo II, Previdência Social*. 4. ed. São Paulo, LTR, 2011.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Fundamentos do direito da seguridade social*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- PULINO, Daniel. *A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro*. São Paulo: LTr, 2001.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José P. *Comentários à lei de benefícios da previdência social.* 10. ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ROCHA, Daniel Machado, Resolvendo questões difíceis que envolvem o exame da qualidade de segurado e da carência. *Revista da AJUFERGS*, 2005.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário.* 14. ed. rev. e atual., Niterói/RJ: Impetus, 2012.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário.* São Paulo: LTr, 2011.

# **DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROCESSO DISCIPLINAR INTERNO: A SUPREMACIA ESPECIAL E OS SEUS LIMITES NORMATIVOS<sup>1</sup>**

***FUNDAMENTAL RIGHTS AND DISCIPLINARY  
PROCESS INTERNAL: SUPREMACY SPECIAL AND ITS  
REGULATORY LIMITS***

*Raimundo Márcio Ribeiro Lima*

*Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor de Graduação e Pós-graduação da Universidade (UnP)  
Procurador Federal (AGU)*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Direitos Fundamentais; 2 Processo Disciplinar Interno; 3 Supremacia Especial e Supremacia Geral; 4 Limites Normativos em Matéria de Restrições aos Direitos Fundamentais; 5 Conclusões; Referências.

---

<sup>1</sup> Artigo apresentado no Seminário Teoria Constitucional do Processo Penal, ministrada pelo Prof. Dr. Walter Nunes da Silva Júnior, no semestre 2011.1, no Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN.

**RESUMO:** O artigo discute a possibilidade de uma relação especial de sujeição ser promovida por meio de regulamento; assim como, a compatibilidade do Decreto Federal nº 6.049/2007 com a ordem jurídica vigente, haja vista o objeto de sua regulamentação, a saber, a apuração de falta grave perpetradas por detentos nas penitenciárias federais. O trabalho discute, ainda, os limites do regulamento na ordem constitucional brasileira, especialmente pela densidade jurídica dos direitos fundamentais, em particular no agravamento do *status libertatis* do cidadão.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Fundamentais. Processo Disciplinar Interno. Supremacia Especial.

**ABSTRACT:** The article discusses the possibility of a special relationship of subjection be promoted through regulation, as well as the compatibility of the Federal Decree No. 6.049/2007 with the legal system in force, considering the object of regulation, namely the determination of misconduct committed by inmates in federal penitentiaries. The paper discusses also the limits of regulation in the Brazilian constitutional order, especially by the density law of fundamental rights, in particular the worsening *status libertatis* citizen.

**KEYWORDS:** Fundamental Rights. Disciplinary Procedure. Special Supremacy.

## INTRODUÇÃO

Atualmente, vem se destacando uma série de medidas legais, judiciais e administrativas<sup>2</sup>, em que pese não expressar e nem alcançar uma atuação sistêmica por parte do Poder Público, com o objetivo de assegurar o devido cumprimento da execução da pena nas penitenciárias brasileiras; contudo, a despeito dos bons propósitos que encerram algumas medidas, impende destacar que a regulamentação delas, mormente as que compreendem atos executivos de natureza processual, faz exsurgir necessários questionamentos quanto à regularidade dos veículos normativos empreendidos nas regulamentações editadas e, claro, o conteúdo dessas diretrizes normativas.

Tendo em vista o enfoque eminentemente constitucional que deve nortear qualquer análise das ações ou medidas tomadas pelo Estado, em especial as que suprimem direitos ou interesses de envergadura considerável (*status libertatis*), como é o caso do exercício do direito de executar as penalidades aos condenados (*jus puniendi*), tudo nos termos da ordem jurídica vigente e conforme os parâmetros da decisão judicial exigível, assoma em importância a devida compreensão dos limites da *atividade normativa do Poder Executivo* em face dos direitos fundamentais dos detentos das penitenciárias estaduais ou federais, pois justamente através dela é possivelmente encampado o malferir de direitos de ordem processual administrativa dos condenados.

Como se impõe uma posição delimitadora na proposta de estudo, as considerações que seguem se pautam, basicamente, na discussão sobre a regularidade do Decreto nº 6.049/2007<sup>3</sup>, que aprova o Regulamento Previdenciário Federal, no que concerne à *adequação normativa* de

<sup>2</sup> O que se pode colher em leis mais severas no regime do cumprimento das penas (*v. g.*, Regime Disciplinar Diferenciado - RDD; tipificação de conduta irregular de diretores de estabelecimentos prisionais, art. 319 – A, do CP; procedimentos mais céleres no trâmite das informações ou dados relativos à análise da conduta do apenado etc), uma atuação judicial, de modo geral e para atender geralmente clamores públicos, mais enérgica na condução dos incidentes relacionados ao cumprimento da pena, procedimentos administrativos mais céleres na promoção de atos relacionados à salvaguarda do interesse da sociedade e dos condenados.

<sup>3</sup> Trata-se do Regulamento Penitenciário Federal (RPF) e disciplina, em certa medida e no que se refere ao cumprimento material da pena nas penitenciárias federais, a Lei nº 7.210/84, que institui a Lei de Execução Penal, e a Lei nº 10.693/2003, que cria a Carreira de Agente Penitenciário Federal no Quadro de Pessoal do Ministério da Justiça e dá outras providências. Importa destacar, desde já, o seguinte: o decreto em cotejo não encontra menção expressa nas leis acima mencionadas, nem sequer há uma referência vestigial quanto à sua elaboração, sem falar que ele trata de temática absolutamente distante dos imperativos do art. 72 da Lei de Execução Penal.

regulamentar o Procedimento Disciplinar Interno (PDI) no âmbito das penitenciárias federais, em estabelecer os parâmetros para aferição e aplicação de penalidade aos eventuais detentos que tenham cometido alguma falta durante a execução da pena.

Em termos mais claros, qual a pertinência ou *adequação normativa* de um Decreto, que promove uma regulamentação sobre determinada matéria, que implique restrição ou supressão de direitos fundamentais, calcado no fundamento de que executa uma disposição legal que carreia ou autoriza uma relação especial de sujeição dos detentos em face do Estado.

É dizer, em que sentido é admissível a regulamentação de uma relação especial mediante ato normativo expedido pelo Chefe do Poder Executivo, mormente em função do texto constitucional vigente, no qual apresenta um amplo catálogo de direitos que evidencia o prestígio da *lei parlamentar* e a proteção do *status libertatis* do cidadão.

Naturalmente, a análise não se dedicará precisamente à discussão analítica dos dispositivos do anexo do Decreto mencionado, até porque isso fugiria dos parâmetros doutrinários do Direito Administrativo, mas, em primeiro e necessário plano, sobre a regularidade do alcance normativo do regulamento em face da ordem jurídica vigente, haja vista o seu objeto e suas pretensões relativas à execução das penas nas penitenciárias federais.

## 1 DIREITOS FUNDAMENTAIS<sup>4</sup>

A fundamentalidade de determinado direito comporta muitas discussões, mormente as que encetam a via consagradora da historicidade<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Direitos fundamentais são aqueles devidamente positivados numa Constituição, ou em documento equivalente, e que, através deles, faz exsurgir uma necessária teia de relações entre a estatalidade e os seus cidadãos, tudo de modo a assegurar os valores, os princípios e as regras de cogêncio inarredável no referido sistema jurídico. Impende mencionar, agora, a tríade elemental dos direitos fundamentais, a saber, (a) o Estado; (b) o indivíduo; e (c) o texto normativo regulador das relações entre o Estado e os indivíduos. Nessa senda, é oportuno repisar o entendimento de que a noção de indivíduo é recente e, nessa qualidade, a partir do Estado moderno, alinha-se todo um complexo de direitos a ele associado/vinculado em face de possíveis relações do Estado e, claro, também de terceiros, donde exsurge o indivíduo como sujeito de direitos (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 21-23).

<sup>5</sup> Nesse ponto, é preciso a seguinte passagem doutrinária (COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 50): “Pois bem, a compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos, no curso da História, tem sido, em grande

das conquistas dos homens na ordenação social, centradas no princípio da dignidade humana<sup>6</sup>, donde desponta uma série de desdobramentos para o fundamento de certos direitos em face de determinadas lutas de cunho civil ou mesmo militar.

A evolução dos direitos do homem guarda inarredáveis páginas ao limite do exercício do direito de punir do Estado, até mesmo pelas crudelíssimas formas de penas infligidas pelo Poder Público no decorrer da história<sup>7</sup>. Assim sendo, a própria ideia de direitos tidos, havidos e reconhecidos como fundamentais comporta uma necessária relação com as garantias dos homens em face da repressão estatal, daí a importância de expedientes ou instrumentos claros sobre o modo operativo do aparelho repressivo estatal voltado à concreção das medidas administrativas ou

---

parte, o fruto da dor física e do sofrimento moral. A cada grande surto de violência os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, pelas mutilações em massa, pelos massacres coletivos e pelas explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos". O mesmo se diga quanto às precisas colocações de BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 05: "Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas".

6 Muito embora não seja aconselhável promover relações identificadoras entre direitos fundamentais e dignidade humana, pois os substratos daqueles vão além dos parâmetros da dignidade e, claro, são cambiáveis no tempo. Exemplificando, como a CF/88 consagra direitos fundamentais às pessoas jurídicas, inclusive ao próprio Estado, como é o caso dos direitos e das garantias processuais, evidentemente, resulta inadequado firmar uma proximidade entre a noção de direitos fundamentais e o seu fundamento na dignidade humana (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos Fundamentais – Tópicos de Teoria Geral. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 265-327, p. 270).

7 Com inegável maestria, tem-se que a obra de Michel Foucault, na qual revela, como nenhuma outra, toda uma ordem de suplícios sofridos pelos condenados, mesmo após o surgimento do Estado moderno, no qual se pressupõe alguma noção de ordenação ou sistematização do Direito, tudo de forma a contemplar, ainda que minimamente, uma série de direitos e/ou garantias aos eventuais condenados pelas autoridades públicas (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Trad. Raquel Ramalhete. 37 ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 09-67). Numa perspectiva mais antiga, e não menos atual, indicam-se as imorredouras lições de Cesare Beccaria, em especial os capítulos dedicados à interpretação das leis, à tortura, à pena de morte e à prisão (BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos Delitos e Das Penas*. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 45-48; 69-76; 94-105). Ora, ainda hoje, com inegável contrassenso, e em nome dos direitos humanos, admite-se a aplicação da pena capital, haja vista o Tribunal Penal Internacional conjurar a possibilidade de punição de pena de morte aos seus sentenciados; aliás, registra-se que "essa inútil prodigalidade de suplícios, que nunca tornou os homens melhores" (BACCARIA, op. cit., 2005. p. 94), não pode representar a melhor forma de consagrar a defesa dos direitos humanos.

judiciais dedicadas ao combate ao crime mediante uma efetiva execução penal.

Nessa ordem de ideias, assoma em importância a cogênci a dos princípios fundamentais no processo penal brasileiro e, no que se revela mais importante neste trabalho, na ambição processual administrativa disciplinar, já que se assenta no conjunto de direitos e garantias fundamentais de todos os cidadãos brasileiros<sup>8</sup>, devidamente decantados na Constituição Federal de 1988.

Então, a consolidação histórica dos direitos humanos; quer dizer, a sua necessária historicidade, fez desaguar toda uma pléiade de direitos que devem ser assegurados pelo Estado; isto é, devem ser observados pelo Poder Público, uma vez que tais conquistas são devidamente absorvidas pela cogênci a das normas constitucionais reconhecidas pelo Estado em virtude de um demorado processo de *evolução aquisitiva de direitos*.

A clara observância de tais direitos, evidentemente, impõe, às vezes, a árdua tarefa de prestigiar os *direitos a algo*<sup>9</sup> por parte dos cidadãos, de modo que há o direito a ações positivas e, também, o direito a ações negativas; no primeiro caso, entram em cena os deveres prestacionais positivos, que se dividem em prestações normativas<sup>10</sup> ou fáticas<sup>11</sup>; já, no segundo, tem-se o dever geral de abstenção<sup>12</sup>. Em quaisquer dos casos, o Estado deve pautar-se na cogênci a dos direitos fundamentais e na necessária observância do núcleo essencial de tais direitos, conforme o domínio normativo identificado no caso concreto.

Em face de tais considerações, e se não se olvidando da fundamentalidade<sup>13</sup> dos direitos insculpidos no art. 5º, incisos III, VI, XI,

---

8 O que não excluem, evidentemente, os estrangeiros, nos termos da lei.

9 Segue, nesse ponto, a conhecida classificação de ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 203.

10 V. g., a devida regulamentação dos procedimentos para o efetivo exercício do direito de punir (art. 5º, incisos LIII e LIV, da CF/88).

11 Quando se exige uma atuação material do Poder Público, tal como a construção de presídios, hospitais psiquiátricos etc.

12 Por exemplo, de não aplicar penalidades degradantes ou cruéis (art. 5º, inciso III, da CF/88).

13 Para uma precisa explanação sobre a fundamentalidade formal e material, transcreve-se (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 77):

"Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância

XXXV a LXVI, da CF/88, não há como negar (a) a particular dinâmica que encerra a relação entre o Estado e os possíveis apenados do sistema repressivo estatal em virtude de cometimento de crimes, até mesmo pela enorme envergadura das restrições sofridas pelos detentos; (b) assim como a relevante questão dos limites quanto à elaboração/aplicação de instrumentos ou meios utilizados para balizar essa relação.

Em outras palavras, ainda que se justifique a concreção (a) de uma precisa estrutura organizacional<sup>14</sup> e (b) de procedimentos céleres para a consecução da atuação estatal de caráter penal, não há como aceitar que dela possa resultar veículos normativos destituídos do necessário lastro legal; quer dizer, que não encontre na lei o seu necessário parâmetro normativo, especialmente quando eles possam ferir de morte os caros princípios fundamentais do processo penal brasileiro e, claro, da atividade processual administrativa disciplinar.

Numa palavra: os direitos fundamentais revelam-se como limites necessários à atividade regulamentadora do Estado, tudo de forma a evitar que a desmedida atividade legiferante ponha por baixo todo o arcabouço de exigências axiológico-normativas, de cunho formal ou material, que encerra uma relação jurídica constitucionalmente aceitável entre o Estado e os cidadãos, especialmente quando entre estes se afigurem tensões sobre os pontos nevrálgicos da ordenação social<sup>15</sup> e, em contraponto, da liberdade em sentido amplo do cidadão.

---

(fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo)".

- 14 No que se refere à *organização* do Estado, tem-se que a Constituição deve criar órgãos que deverão promover as mais diversas tarefas estatais; isto é, a delimitação de competências de tais órgãos fará com que a gestão do Estado efetivo o atendimento dos diversos encargos determinados na Carta Política, bem como, e o que é importante, preserve os limites ou parâmetros constitucionais para uma regular atuação desses órgãos. Como se pode observar, a tarefa de organização constitui um pressuposto lógico da própria definição política do Estado, pois define as competências consentâneas com a divisão dos poderes estabelecida, bem como define o acesso ao poder. Sem maiores esforços, observa-se que as funções de organização e de integração são, em muitos casos, complementares, pois a ação dos órgãos estatais depende do sucesso da integração política do próprio Estado (HESSE, Konrad. *Constitución y Derecho Constitucional*. In: BENDA; HEYDE, HESSE; MAIHOFER; VOGEL. *Manual de Derecho Constitucional*. Trad. Antonio López Pina. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 01-15, p. 04).
- 15 E, aqui, não se pode negar nem mesmo a existência de um verdadeiro controle social através dos instrumentos persecução penal do Estado, e não somente através deles, ainda que isso não se afigure evidente em todos os casos. Nesse sentido, é importante salientar que o sistema penal constitui uma verdadeira estrutura de controle da sociedade, pois impõe uma diretriz que se julga necessária para a convivência em sociedade, contudo, dentro dos parâmetros desejáveis por grupos dominantes. Afinal,

Sendo que a normatividade constitucional se afigura indeclinável em face da normatividade meramente legal, não há como admitir que os imperativos constitucionais relativos ao *status libertatis* possam ser suplantados em função de normas secundárias ou terciárias, o que, mais que um esvaziamento do princípio da legalidade, representaria uma superposição das normas regulamentares sobre as normas supremas do sistema jurídico.

Portanto, a questão arvora o mero e elementar reconhecimento de que o fundamento constitucional das imposições legais sobre matéria penal (art. 5º, incisos XXXIX e XL) não comporta temperamentos e isso, mais adiante, tende a repercutir na perfectibilização das normas que veiculam uma *relação especial de sujeição*<sup>16</sup> e, consequentemente, na prossecução da atividade processual administrativa disciplinar.

Em outras palavras, não há como admitir, tal como ventilava Otto Mayer sobre a relação especial de poder, que o exercício da atividade disciplinar seja fundado numa ordem especial, devidamente expressado num ato administrativo, decorrente de uma relação jurídica desprovida de qualquer substrato legal<sup>17</sup>.

A intransigência constitucional nessa seara, por resultar de conquistas advindas de sofridos momentos históricos de repressão desumana, permeia-se nos caros valores que ostentam a nossa comunidade política em matéria de restrição à liberdade individual e, consequentemente, no modo operativo do cumprimento da pena, em que pesem às mazelas existentes no trato da questão, ainda hoje, nos estabelecimentos prisionais do país.

---

<sup>16</sup> “o controle social se vale, pois, desde meios mais ou menos ‘difusos’ e encobertos até meios específicos e explícitos, com é o sistema penal (polícia, juízes, agentes penitenciários etc.)” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 61-62).

<sup>17</sup> MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Parte General. Trad. Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin. 2 ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982. p. 144-145.

## 2 PROCESSO DISCIPLINAR INTERNO<sup>18</sup>

Aqui, não há a pretensão, como já afirmado anteriormente, de discutir os termos de cada dispositivo do Processo Disciplinar Interno (PDI), mas, tão-somente, destacar que o conteúdo de algumas disposições processuais decantado no regulamento<sup>19</sup>, por certo, faz exsurgir fundadas dúvidas quanto a sua regularidade; seja por se mostrar lesivo ao princípio da legalidade (reserva de lei); seja por não expressar uma elementar noção de decreto de execução, já que se afigura indevida e possivelmente inovador em alguns pontos versados sobre a aferição da infração cometida pelo detento, pois “[...] só por lei se regulam liberdade e a propriedade; só por lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer e só para cumprir dispositivos legais é que o Executivo pode expedir decretos e regulamentos”<sup>20</sup>.

De par com isso, impõe-se uma ligeira exposição dos disformes propósitos do PDI com relação aos permeios que cercam à aferição das eventuais faltas<sup>21</sup> cometidas pelos detentos nas penitenciárias federais. Assim sendo, algumas necessárias considerações sobre o PDI são aventadas nas linhas vindouras.

Pois bem, as disposições dos arts. 59 a 60 não representam qualquer afronta a dispositivos legais, haja vista a sua total compatibilidade, muito embora sem maior minudência normativa, com o art. 18 da Lei nº 9.784/99, que possui aplicação subsidiária nos termos do seu art. 69, e com o art. 5º, inciso LV, da CF/88.

Todavia, o problema inicia-se no *caput* do art. 61, pois empreende, se lido apressadamente, todos os extremos do anacrônico instituto da *verdade sabida*. Claro que, de ordinário, os agentes penitenciários

<sup>18</sup> O regulamento, com inegável atecnia, insiste na expressão “procedimento de apuração de faltas disciplinares” (art. 59, *caput*, do Anexo Único). Ora, se a própria Constituição grava o termo processo administrativo (art. 5º, inciso LV, da CF/88), por certo, insistir no reducionismo da palavra procedimento não constitui qualquer avanço sobre a matéria, basta lembrar que tanto em processo judiciais quanto nos administrativos há procedimentos, contudo, não se fala em procedimentos judiciais, mas, sim, em processos judiciais, logo, do mesmo modo deve-se chamar na via administrativa pelo nome adequado, processo administrativo e isso não causa qualquer balbúrdia terminológica, pois é de elementar sabença que cada um dos processos possui a sua sede própria de atuação.

<sup>19</sup> Leia-se o Decreto Federal nº 6.049/2007.

<sup>20</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Perfil do Poder Regulamentar no Direito Brasileiro. In: \_\_\_\_\_. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 255-269, p. 258, itálico no original.

<sup>21</sup> As devidamente especificadas nos arts. 49 a 52 da Lei de Execução Penal.

possuem condições de presenciar (na verdade, devem presenciar) as possíveis irregularidades perpetradas pelos detentos; contudo, “a descrição minuciosa das circunstâncias do fato” deve ser pautada mediante elementos concretos de materialidade, o que não se observa em todos os casos, principalmente quando o agente “tomar conhecimento de falta de qualquer natureza”, já que ele não presencia o ocorrido, tendo em vista esse aspecto a disposição carreia uma insustentável superposição legal do denunciante, especialmente quando ele for também detento do sistema prisional, no que pode simplesmente veicular todo os ranços e rixas existentes nas difíceis relações entre os presos, o que afasta qualquer exercício do direito de defesa do denunciado no seu aspecto substantivo.

Ora, o cometimento de infração durante a execução da pena acarreta sérias consequências para o detento, em especial o agravamento do regime de cumprimento, situação que, sem dúvida ofende diretamente o *status libertatis* do condenado, pelo menos no que concerne ao modo operativo da privação; assim sendo, a comunicação da ocorrência de falta deve ser cercada de precisos meios de prova e não decorrentes de meras presunções de outros detentos ou de agentes que não presenciaram o fato.

Há, naturalmente, faltas que deixam visíveis os resultados da previsão legal não observada ou afrontada, de maneira que, nesses casos, se afigura possível uma análise pautada em meras declarações, haja vista a possibilidade de constatação material do delito. Agora, tratando-se de delitos formais, donde não se desponta necessariamente um resultado naturalístico, a questão ganha outros contornos, pois a alegação ou delação sobre fatos<sup>22</sup> pode fundar-se exclusivamente em expedientes de vindita.

A conjuntura preocupa mais ainda quando a delatada situação também constitui um ilícito penal, como apregoa o art. 62, pois, nessa hipótese, o detento pode ser acusado de uma conduta que um agente penitenciário “ouviu falar”. Sabe-se que o mero surgimento de possível inquérito policial já é motivo suficiente para regressão de regime *per*

<sup>22</sup> Sem falar que as declarações podem se fundar em parâmetros diversos de sua real ou efetiva ocorrência, fazendo com que, grosso modo, a possível falta se assente em fato que não ocorreu ou, se ocorreu, não se deu do modo como mencionado. Nesse ponto, transcreve-se uma oportuna lição sobre a temática, nestes termos (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 95):

“[...] el carácter teóricamente infinito de las posibles descripciones y el problema conexo del nivel de descripción adecuado del hecho se resuelven sobre la base de elecciones dictadas por el contexto práctico en el que se sitúa la necesidad de describir ese hecho. De ello se deriva que la solución concreta puede ser distinta, aun cuando se trate de la misma situación, en función de contextos distintos que requieran la individualización de distintas ‘secciones de la realidad’ o distintos niveles de precisión”.

*saltum*, de modo que, ainda que se comprove a regularidade da conduta do detento, o que não é nada fácil, a situação já causa um enorme *transtorno*<sup>23</sup> para o preso, que, obviamente, detém todos os direitos e garantias não suprimidos pela privação da liberdade.

Mais adiante, no art. 65, tem-se a figura da *investigação preliminar*, que não passa de uma sindicância, portanto, de natureza inquisitorial, que persegue a necessidade de comprovação da materialidade e da possível autoria, o que reforça o entendimento de que o disposto no art. 61 não deve contemplar, sob uma perspectiva direta, uma atuação repressiva sem a necessária identificação da autoria e da existência da materialidade da falta devidamente presenciada, sem falar no reforço da expressão “a pertinência dos fatos”, que deita importância na robustez das declarações levantadas, tudo de modo a não fazer imperar uma mais absoluta insegurança no regime de aplicação de penalidade/medida administrativa durante a execução da pena.

Dessa forma, defende-se que a instauração de investigação preliminar deve ser realizada quando não existir uma identificação visual da conduta do detento e da comprovação incontestável da autoria<sup>24</sup> da falta cometida.

Continuando a senda de duvidosas disposições normativas, observa-se que o § 3º do art. 67 empreende um tratamento diferenciado que não se justifica, uma vez que a noção de isolamento preventivo seria mais um motivo para respaldar a importância da apresentação de defesa por escrito, inclusive com prazo mais dilargado, pois são maiores as restrições sofridas pelo detento e, por certo, o exercício do direito de defesa deve sobrepor-se a eventuais medidas administrativas de caráter cautelar, especialmente quando inexiste qualquer possibilidade de o detento atrapalhar as investigações.

Ademais, o *caput* do artigo em apreço facilita à apresentação de defesa oral ou escrita por parte do detento; logo, a complexidade da causa deve ser o único requisito a ser demonstrado com vista a obter um prazo maior para apresentação de defesa escrita.

<sup>23</sup> Na verdade, isso pode revelar um indiscutível martírio ao detento, a depender do modo e do lugar em que se opere a nova fase da execução da pena.

<sup>24</sup> Lembrando-se que os crimes formais também são de resultado, ainda que não possa ocorrer uma modificação no mundo naturalístico, mas, e não se pode negar isso, ocorre resultado sob a perspectiva da ordem jurídica, daí, mais uma vez, a necessidade de se obter uma comprovação visual da conduta praticada como parâmetro de segurança jurídica, senão tudo pode desaguar no império de construções artificiais ou abstratas com possíveis imposições de penalidades durante a execução da pena.

Sobremais, não se pode esquecer que a celeridade na conclusão do procedimento corre em benefício do próprio detento, de modo que ele, mais que ninguém, sabe da importância da necessidade ou não da dilação de prazo, mormente quando a situação de incerteza implicar uma efetiva modificação material antecipada do regime de cumprimento da pena.

Urge mencionar, ainda, que até o final do Capítulo I, que trata sobre o “Procedimento de Apuração de Faltas Disciplinares”, não se observa a existência de dispositivos que represente, em abstrato, uma clara ofensa à Lei nº 9.784/99, à Lei de Execução Penal ou à Constituição Federal. Logo, não se afigura necessária uma exposição sobre os seus termos, até porque eles empreendem, de forma clara, os substratos mínimos da processualidade administrativa já declinada na Lei Geral do Processo Administrativo Federal.

Todavia, como se pode observar, num aligeirado sobrevoo sobre os dispositivos referentes ao PDI, já que o presente trabalho não se destina a ventilar todos os pormenores da regulamentação apresentada pelo malfadado decreto, dessume-se que, ainda que bem dirigido ou devidamente aportado das informações necessárias ou assim consideradas, pode representar, tão-somente, uma *teatralização* dos expedientes imprescindíveis à aferição ou à atribuição de penalidades de natureza disciplinar aos detentos, como que um verdadeiro embuste processual administrativo, haja vista a dificuldade de contraprova<sup>25</sup> no regime de sujeição especial em que se encontram os condenados à pena privativa de liberdade.

### 3 SUPREMACIA ESPECIAL E SUPREMACIA GERAL<sup>26</sup>

Sabe-se que o Estado, e aqui se entenda todos os entes políticos ou os seus possíveis ou necessários desdobramentos institucionais, não pode, ou não deve, tratar todos os cidadãos de forma igualitária, haja vista uma eventual existência de circunstância particular que os singularizam em face (a) dos demais cidadãos e, claro, (b) do próprio Estado.

---

<sup>25</sup> Aqui, faz-se uma ligeira referência ao abuso da expressão *fé pública*, pois tal termo, ou seu sentido, é empregado para fazer ruir o dever de produzir provas comprobatórias das alegações do fato. Em outras palavras, o agente penitenciário, no mais das vezes, se limita a dizer que as suas considerações possuem *fé pública* que, por sua vez, são analisadas por outro agente penitenciário também possuidor de *fé pública* que atesta a *fé pública* anterior e, assim, segue a ciranda surreal e meramente formal de aferição das faltas com as consequentes penalidades possíveis do sistema.

<sup>26</sup> Não há como negar que a expressão supremacia especial não é das mais simpáticas, já que revela, em casos bem particulares, a existência de uma relação especial de sujeição do cidadão, porém isso não quer dizer que o seu exercício não é cercado de limites na ordem jurídica.

Assim sendo, um munícipe, que caminha displicentemente na calçada de uma praça, se sujeita a uma relação de supremacia geral com Município local, na qual impõe uma regra geral de conservação e de respeito ao patrimônio público. Por outro lado, tratando-se de empresa contratada pela municipalidade para promover uma necessária limpeza urbana, o que inclui naturalmente a área da referida praça, a relação se altera consideravelmente, uma vez que o vínculo existente entre a empresa e o Município não assume um caráter geral, mas decorre de permeios contratuais específicos, inclusive com as inferências decorrentes do regime jurídico administrativo, que são derrogatórias das prescrições privatísticas, com bem exemplifica a prerrogativa das cláusulas exorbitantes, de modo que se pode cogitar de uma particular relação especial de sujeição decorrente de uma supremacia especial do Poder Público.

Noutra exemplificação, mas seguindo o mesmo norte, uma coisa é a situação de um cidadão dentro de uma repartição pública, na hipótese, até prova em contrário em face de possíveis circunstâncias não devidamente desveladas *aprioristicamente*, ocorre uma mera supremacia geral do Poder Público, hajam vista os estritos limites de imposição normativa a ser observada por qualquer cidadão. O mesmo não se pode dizer em face de um servidor público, pois a relação institucional existente impõe uma série de restrições e/ou deveres aos titulares de cargos, empregos ou funções públicas, de maneira que ocorre uma relação especial de sujeição decorrente de uma supremacia especial do ente político respectivo. A mesma linha de raciocínio se observa entre a posição jurídica de um cidadão civil em relação ao militar<sup>27</sup>.

À evidência, a situação afigura-se ainda mais clara quando há uma necessária relação de custódia associada à privação de liberdade de um cidadão-condenado. Não há como negar uma intensa situação especial de sujeição advinda de uma supremacia especial do Poder Público<sup>28</sup>.

27 Os militares, inclusive, sofrem tantas restrições em direitos que, sem exagero e numa evidente atecnia jurídica, pode ser considerado um meio cidadão.

28 Deve-se deixar claro que o termo *supremacia especial* é utilizado na Itália, assim como, e não tão frequente, na Espanha; por outro lado, a expressão *relação especial de sujeição* é empregada na Alemanha e, também, na Espanha, conforme apregoa BANDEIRA DE MELLO, op. cit., 2007. p. 800. Todavia, aqui, prefere-se encetar o entendimento, de certo modo diverso, que une as terminologias empregadas em função de uma necessária conexão lógica, de forma que uma *sujeição especial* só pode decorrer de uma *supremacia especial* que permita o seu aporte, assim a *supremacia especial*, como expressão de uma prerrogativa pública, possibilita o exercício de um *regime de sujeição especial dos cidadãos*. Logo, a relação entre os termos é de antecedência e de fundamento e não de similitude ou de complemento. Sobretudo, a *relação especial* decorre do axioma da *supremacia do interesse público sobre o privado*, contanto que sejam

Portanto, não é preciso muito esforço para notar que tais relações não possuem o mesmo grau de sujeição dos particulares em função das necessárias prerrogativas do Estado.

Contudo, tratando-se mais especificamente da situação do preso, essa relação de supremacia especial implica observância de claros limites na nossa ordem jurídica, até porque o exercício de qualquer prerrogativa, e demais expedientes de natureza instrumental em benefício do Poder Público, deve guardar uma precisa relação de pertinência com os fins a serem alcançados pelo sistema jurídico<sup>29</sup> e, evidentemente, tudo conforme os seus próprios ditames.

Em face de tais considerações, enumeram-se algumas características da supremacia especial, em que se revelam as relações especiais de sujeição dos particulares sob a égide do regime jurídico administrativo, nestes termos:

- (a) uma acentuada relação de dependência entre o Estado e o administrado, de modo que se revelam várias obrigações a cargo deste<sup>30</sup>, mormente no que concerne à intensidade de tais obrigações em função dos ordinários direitos do cidadão;

---

observados os cânones constitucionais aplicáveis em cada caso, que faz imperar toda uma rede de justificáveis superposições jurídicas do Estado em face do particular; evidentemente, a supremacia não deve ocorrer em abstrato, mas apenas e justificadamente em função dos interesses envolvidos no caso concreto, porém não se pode olvidar a existência de “[...] regras condicionais concretas de prevalência” (ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In: SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 173-217, p. 216), tal como se pode observar na desapropriação. Por fim, cumpre mencionar que, apesar da preferência pelo termo *relação especial de sujeição*, empregam-se, indistintamente, as expressões *supremacia especial*, *relação especial* ou *relação de sujeição especial* para indicar o instituto em referência.

29 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Trad. Antonio Manuel da Rocha e Meneses Cordeiro. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 66-102, trabalha o conceito de sistema a partir de uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de direito, inclusive salientando a importância de afastar entendimentos que resultem em meras composições formais e abstratas do Direito sob o ponto de vista sistemático, já que isso afasta a diretriz do conceito de sistema a partir da ideia de adequação valorativa e da unidade interna da ordem jurídica. A perspectiva apresentada tem como grande marco a operacionalidade do conceito de sistema de modo a permitir uma devida interferência entre os diversos planos normativos e suas mais diversas áreas de atuação, tudo de forma a confluir uma necessária pertinência axiológica ou teleológica na aplicação do direito sem perder de vista também uma necessária unidade interna da ordem jurídica; quer dizer, a noção de harmonia e congruência.

30 ANABITARTE, Alfredo Gallego. Las Relaciones Especiales de Sujeción y el Principio de la Legalidad de la Administración. *Revista de Administración Pública (RAP)*, Madrid, n. 34, p. 11-51, enero-abril 1961. p. 25.

- (b) um estado geral de liberdade limitado<sup>31</sup>, no que pode ser facilmente observado em função de condutas limitadas ou proibidas aos cidadãos na ambência pública, e isso é especialmente indiscutível nas relações de custódia, como é o caso dos presos, estudantes etc;
- (c) o fato de a situação especial decorrer de um necessário fim administrativo<sup>32</sup>, que deve ser devidamente demonstrado em cada caso, ainda que eventualmente posterior à concreção dos atos ou das medidas administrativas tomadas pela Administração Pública, impede o exercício da supremacia especial para atender aos desígnios administrativos em função de meras comodidades do Poder Público, pois toda sujeição especial deve ser arrimada numa justificável superposição fático-jurídica para o cumprimento de uma finalidade pública;
- (d) a existência de uma relação pessoal<sup>33</sup>, quer dizer, não se refere a exigências relacionadas aos bens ou aos seus institutos correlatos, mas, sim, a uma ordem de situações ou circunstâncias que impõe relação de pessoalidade com o ente público;
- (e) o exercício de uma prerrogativa pública ou a imposição de deveres por parte do Poder Público se notabiliza pela imprescindibilidade da sua ocorrência, no que retoma a ideia de fim administrativo, porém, em qualquer caso, tudo deve guardar consonância com os preceitos constitucionais, mormente os que assentam os direitos fundamentais dos cidadãos;
- (f) a cogênciça das imposições deve encontrar substrato na lei, ainda que de forma indireta; quer dizer, ainda que emanados de veículos normativos infralegais, as obrigações devem sempre possuir um arrimo legal, senão pode ocorrer um verdadeiro esvaziamento do princípio da legalidade; e
- (g) não há como estabelecer antecipadamente toda a extensão e o conteúdo das prestações decorrentes da relação especial,

---

<sup>31</sup> ANABITARTE, op. cit., p. 25.

<sup>32</sup> Ibid., p. 25.

<sup>33</sup> Ibid., p. 25.

assim como a intensidade das intervenções de caráter coativo suportadas pelo particular<sup>34</sup>.

Pela breve exposição acima, pode-se salientar que a relação especial de sujeição se afigura incontestável dentro do regime jurídico-administrativo; assim sendo, se não há como olvidá-la, muitos menos os seus efeitos, é de todo aconselhável entender a sua disciplina e, com isso, evitar eventuais malefícios decorrentes do desvio dos seus fins na ordem jurídica administrativa.

Portanto, e isso se afigura incontestável em função dos permeios constitucionais da segunda metade do século passado, nos quais arvoraram o devido relevo à normatividade constitucional, mormente no que se refere aos direitos fundamentais, não há como admitir a concepção originária da relação especial de sujeição desenvolvida na Alemanha<sup>35</sup>, na qual “afastava-se o princípio da reservar legal para a imposição de restrições aos direitos fundamentais, podendo o Executivo mover-se de forma livre e autônoma para determinar os termos e condições da relação especial em causa”<sup>36</sup>.

É dizer, uma coisa, no atual contexto das intensas relações do cidadão com o Estado, é negar a existência da relação especial e mesmo a sua necessidade; outra é simplesmente não impor limites a sua operatividade no círculo das atividades administrativas. Assim, no primeiro caso, há como que uma má compreensão dos fenômenos jurídicos que pairam na seara administrativa ou, no que se revela mais insano, uma miopia quanto aos verdadeiros propósitos que animam a existência do instituto, no que nega a particular situação do Poder Público em determinadas relações jurídicas administrativas. No segundo, exsurge a providencial medida de contemplar as particularidades do instituto e, desse modo, firmar um parâmetro cognitivo preciso para limitá-lo em função dos direitos fundamentais dos cidadãos.

<sup>34</sup> ANABITARTE, op. cit., 1961. p. 25.

<sup>35</sup> Que, aliás, “[...] manteve-se não só na época de Weimar, mas, também, ainda muito tempo após a promulgação da Lei Fundamental [...]”, muito embora com as devidas e crescentes críticas da doutrina alemã (MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*. Trad. Luís Afonso Heck. 14 ed. Barueri: Manole, 2006. p. 133).

<sup>36</sup> WIMMER, Miriam. As Relações de Sujeição Especial na Administração Pública. *Revista IOB de Direito Administrativo (RIDeA)*, São Paulo, v. 20, p. 31-53, ago. 2007. p. 37.

#### 4 LIMITES NORMATIVOS EM MATÉRIA DE RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Decorrido alguns pormenores sobre a relação especial de sujeição e o Processo Disciplinar Interno (PDI), é oportuna uma conexão discursiva de tais temáticas com vista a estabelecer uma diretriz sobre a regularidade ou não do Decreto nº 6.049/2007 com a ordem constitucional vigente, em especial a sua compatibilidade com a teia de direitos fundamentais insculpidos na nossa Carta Política.

Primeiramente, impende indagar: qual seria o limite normativo de um regulamento e em que termos ele pode ser validamente operativo no nosso sistema jurídico. Ademais, o exercício de uma supremacia especial legitimaria ou mesmo é legitimada por uma veiculação normativa infralegal restritiva de direitos. Se afirmativa a resposta anterior, de que modo e sobre que objetos regulamentados essa veiculação poderia incidir.

Desde já, sem maior esforço de compreensão, pode-se observar o seguinte: o vício do PDI pode ocorrer não necessariamente do seu desenvolvimento, mas do seu nascedouro; isto é, dos fundamentos fático-jurídicos que levaram a sua realização, (a) já que, sob uma perspectiva fática, não se pode perder de vista que toda a reunião de dados não fulcrada em parâmetros precisos de certeza visual podem ser facilmente inquinados de falaciosos ou, no mínimo, suspeitos em face da situação peculiar que encerra os momentos de convivência entre detentos e agentes penitenciários; (b) por outro lado, dentro de uma contextura jurídica, é totalmente discutível a regularidade do uso do regulamento para tratar matéria processual<sup>37</sup> que implique alteração no *status libertatis* dos cidadãos.

Assim sendo, e se detendo à análise da situação ou posição jurídica dos presos em face do sistema prisional do Estado, podem-se arvorar os seguintes condicionantes positivos ao exercício de uma relação especial de sujeição<sup>38</sup>:

<sup>37</sup> Não há como aceitar a ideia de mera proceduralização no PDI, mormente porque carreia decisão administrativa capaz de afetar direitos dos cidadãos e, dessa forma, impõe-se toda uma inferência de ordem processual, haja vista o disposto no art. 5º, incisos, LIV e LV, da CF/88. É dizer, a processualidade decorre da necessária observância dos parâmetros constitucionais relacionados a uma regular atividade decisória do Estado, pouco importando se ela ocorre em um ou outro Poder da República.

<sup>38</sup> As considerações apresentadas nas alíneas a a d encontram arrimo nas palavras de BANDEIRA DE MELLO, op. cit., 2007. p. 803-804.

- (a) o fundamento último da relação especial de sujeição, como já afirmado, encontra-se na lei<sup>39</sup>, donde a legalidade representa um substrato normativo inarredável<sup>40</sup> a qualquer concreção de uma relação de sujeição, mormente em função dos direitos fundamentais<sup>41</sup>. A rigor, o dever de juridicidade administrativa, por contemplar um complexo mais extenso de normatividade do que a ordinária legalidade, também legitimaria, evidentemente, a existência de uma supremacia especial, contanto que os seus parâmetros não descurassem dos direitos e das garantias das normas supremas do nosso sistema jurídico;
- (b) o fundamento imediato pode encontrar-se até mesmo na própria relação jurídica de sujeição, como é o caso dos contratos e demais institutos afins ou correlacionados, pois, nesses casos, o substrato da normatividade legitimadora decorre das ordinárias relações jurídicas que antecedem à concreção da relação de sujeição e, claro, encontra espeque no alcance de um fim administrativo a ser alcançado pela autoridade pública;
- (c) as restrições devem ser estritamente necessárias ao cumprimento das finalidades que estipulam as relações especiais de sujeição. Com efeito, não há qualquer novidade em salientar que a instrumentalidade da relação de sujeição guarda limite nos estreitos contornos da finalidade administrativa a ser alcançada pelo Poder Público; logo, a atuação administrativa deve contemplar a concreção de atos ou procedimentos não invasivos na esfera jurídica dos cidadãos ou, caso seja necessária uma invasão, lastreie a menor lesividade possível aos direitos dos cidadãos;

---

39 Na verdade, a contextura das relações jurídicas administrativas, quando decorrente de particulares pontos de contato entre a Administração e o cidadão, sempre revelou uma área de difícil ambigüidade para a operatividade da lei, como bem retrata o trecho abaixo (MONCADA, Luís S. Cabral de. As Relações Especiais de Poder no Direito Português. In: \_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Público*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 223-249, p. 223):

“Um dos domínios em que a lei teve maiores dificuldades em penetrar e continua a ter é precisamente o das relações especiais de poder ou sujeição. Esta situação resistiu a várias mudanças constitucionais. A justificação para tanto residia na circunstância de a Administração necessitar de meios humanos para a cabal prossecução das suas actividades em ligação particular consigo, o que não poderia deixar de se traduzir numa particular situação de enfraquecimento da respectiva posição”.

40 Aqui, evidentemente, segue-se uma elementar conclusão: além da lei, mas através da lei.

41 MAURER, op. cit., p. 197.

- (d) em reforço à alínea anterior, impõe-se uma rigorosa harmonia com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tal como impõe o art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/99, donde desponta ou requer um providencial sopesar das medidas administrativas a serem encampadas pela Administração Pública; e
- (e) como que uma síntese das alíneas anteriores, a intervenção na situação ou posição jurídica do administrado deve servir a uma finalidade objetiva da relação especial de sujeição, assim como tal intervenção deve ser exigida ou permitida em face de um levante fático justificador<sup>42</sup>.

Noutro giro, arvora-se, agora, uma senda dos condicionantes negativos sobre a relação especial de sujeição, tudo de modo a elencar parâmetros precisos para uma regular atuação administrativa, nestes termos<sup>43</sup>:

- (a) não pode afastar qualquer direito ou dever decorrente de normas constitucionais ou legais, muito menos promover qualquer posição de superposição em face de tais normas, ainda que posteriormente editadas. Portanto, o parâmetro da legalidade não pode ser rompido em função de uma pretendida superposição jurídica inerente a um determinado fim administrativo, senão acarretaria uma discutível utilidade dos preceitos constitucionais e legais vigentes;
- (b) não pode extrapolar os limites objetivos da necessária interferência ou restrição decorrente da relação especial de sujeição, o que exige sempre uma precisa identificação do pretendido e justificado fim administrativo da Administração Pública;
- (c) não pode exceder o estritamente necessário à promoção dos fins da relação especial de sujeição, no que impõe uma criteriosa escolha dos meios utilizados para a concreção dos atos da relação especial de sujeição;

---

<sup>42</sup> ANABITARTE, op. cit. p. 50.

<sup>43</sup> As ponderações apresentadas nas alíneas a a d foram abeberadas das preciosas ponderações de BANDEIRA DE MELLO, op. cit., 2007. p. 804.

- (d) não pode fazer com que da relação especial de sujeição existente importe em restrições a direitos ou deveres de terceiros, já que ela deve limitar-se ao círculo de interferência que envolve apenas o vínculo existente entre determinado administrado/entidade<sup>44</sup> e o Poder Público, pois, ainda que se discuta a multipolaridade das decisões administrativas, o complexo das restrições da supremacia especial deve comportar um círculo preciso dos seus destinatários, senão ele pode perder o substrato legal ou regulamentar em função da indevida extensão dos seus efeitos; e
- (e) o estabelecimento da organização administrativa, assim como a regulamentação dos procedimentos a ela pertinentes, não pode fazer com que a relação especial de sujeição implique negação a eventuais direitos fundamentais dos administrados sob a pretensa alegativa de fiel cumprimento da lei ou do alcance da eficiência na Administração Pública.

Naturalmente, a temática pode encampar outros pormenores, mas, e isso se afigura relevante, tendo em vista o até agora gizado, tudo deixa claro que as restrições veiculadas no Decreto nº 6.049/2007 não encontram arrimo na nossa ordem jurídica, especialmente aquelas em que dificultam o exercício do direito de defesa; pois, acredita-se, sem qualquer favor, que a regulamentação sobre matéria processual, ainda que de natureza administrativa, mormente quando possua direta consequência no *status libertatis* do cidadão, deve respeitar a reserva de lei.

Todavia, não se quer dizer com isso que a relação especial de sujeição não possa derivar de decretos<sup>45</sup> com fundamento em lei, mas apenas salientar que certos bens jurídicos, como o direito à liberdade, não pode sofrer restrições sem consequente proposição legitimadora da lei.

<sup>44</sup> Aliás, não é por outra razão que a relação especial de sujeição entre eventuais entidades regulatórias e as empresas concessionárias não pode atingir os usuários de serviços públicos [MELLO, Raphael Munhoz de. O Poder Normativo das Agências Reguladoras e as Relações de Especial Sujeição (Comentários a Acórdão do TRF – 3ª Região). *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 01, nº 01, p. 283-289, jan./mar. 2003. p. 285], dessa forma, quaisquer repercussões jurídicas ou econômicas decorrentes do exercício dessa relação especial por parte da agência reguladora não tem o condão, por si só, de criar ou de transferir qualquer ônus financeiro aos consumidores.

<sup>45</sup> Como bem pontua a passagem abaixo (BANDEIRA DE MELLO, op. cit., 2007. p. 802-803, itálico no original):

“É igualmente reconhecível que nas situações referidas, ou em muitas delas, seria impróprio e inadequado que todas as convenientes disposições a serem expedidas devessem ou mesmo pudessem estar previamente assentadas em lei e unicamente em lei, com exclusão de qualquer outra fonte normativa”.

Por isso, defende-se que a relação especial de sujeição não é um *poder administrativo autônomo*<sup>46</sup> capaz de justificar, por si só, restrição a um direito fundamental, até porque isso é reservado ao regime constitucional das restrições aos direitos fundamentais<sup>47</sup>, porém não há como desprezar a sua ocorrência e mesmo pertinência para identificar um conjunto de relações jurídicas administrativas cercadas de particulares inferências fático-jurídicas, no qual é carreada uma atuação administrativa que exige uma criteriosa ponderação dos meios ou instrumentos necessários a alcançar determinado fim administrativo em função dos limites normativos do instituto declinados acima, senão pode resultar numa insustentável afronta aos direitos dos cidadãos, mormente os fundamentais. Desse modo, “a legitimidade da compressão dos direitos fundamentais há de ser apurada mediante um esforço de concordância prática e de ponderação dos valores contrapostos em cada caso”<sup>48</sup>.

É dizer, (a) inexiste uma relação especial de sujeição alheia aos parâmetros normativos; (b) a relação especial pode ser, no entanto, encartada via Decreto, porém sem descurar dos sustentáculos legais, isto é, não ocorra qualquer inovação normativa, portanto, seja um veículo normativo de mera execução da lei, de forma que os desdobramentos dos textos jurídicos não criem restrições novas, mas apenas circunstanciem operativamente, sem novidade, as já existentes; (c) como os direitos fundamentais não são absolutos, e o texto constitucional prescreve fins administrativos numa perspectiva bem ampla, no que revela um oceano de possibilidades fáticas, a normatização infralegal, inevitavelmente, pode comportar situações ou posições jurídicas plenamente válidas para o devido cumprimento das atividades administrativas, contanto que as prescrições não descuram, dentro de uma perspectiva sistêmica, dos valores, princípios e regras que norteiam a aplicação do direito no nosso sistema jurídico; e (d) inexiste, aprioristicamente, uma atuação administrativa indene de qualquer controle ou discussão jurídica, e isso se aplica evidentemente à relação especial de sujeição, porém com o

46 WIMMER, op. cit., p. 49.

47 Donde desponta uma reserva de intensificação ou densificação normativa, tal como prescreve o texto abaixo (MONCADA, op. cit., 2001, p. 240):

“Do regime constitucional das restrições aos direitos fundamentais faz parte a reserva de lei, como é bem sabido, mas é necessário ter ideias claras sobre o âmbito material daquela reserva, sob pena de permitir à Administração, porque se desconhecem as dimensões do espaço legislativo, intervir sem base legal em domínios que (abusivamente) reputa indiferentes à lei e consequentemente avessos aos direitos fundamentais”.

48 BRANCO, op. cit., p. 326.

providencial reconhecimento de que o Poder Público faz uso de meios ou instrumentos peculiares com o escopo de atender a um objetivo que, pelas vias ordinárias, não seriam alcançadas ou, se efetivamente alcançadas, não teriam a mesma eficácia; daí, por um lado, a importância de ponderar os meios da atuação administrativa com vista a conseguir o fim administrativo pretendido e, por outro, evitar restrições que não sejam sustentáveis em face da ordem constitucional vigente.

## 5 CONCLUSÕES

Considerando a breve exposição acima, na qual foi promovida uma conexão discursiva entre a relação especial de sujeição e o PDI, concluímos que:

- (a) o parâmetro da historicidade dos direitos fundamentais, o que reveste de inegável importância às lutas travadas com vista a instituí-los ou consolidá-los nos ordenamentos jurídicos modernos, impõe uma inarredável relação de respeito do Poder Público com o cidadão, e mais que isso, uma verdadeira vinculação, aos direitos fundamentais, de maneira que restrições a tais direitos devem decorrer de ressalvas devidamente identificadas em normas constitucionais ou, em alguns casos, mas sempre atento aos parâmetros constitucionais, em normas infraconstitucionais;
- (b) a supremacia especial, que decorre da singular posição dos entes políticos na estrutura organizacional do Estado, e devidamente supedaneada pelo axioma da sempre questionável supremacia do interesse público sobre o particular<sup>49</sup>, deve assentar-se em fundamento constitucional ou legal, ainda que por via indireta ou reflexa, senão a relação especial de sujeição não encontra substrato normativo válido para sua ocorrência gerando, assim, uma situação maculada pela pecha da ilegalidade ou inconstitucionalidade<sup>50</sup>;

<sup>49</sup> Por mais que se questione, e isso tem sido feito, não há como negar uma relação de paridade entre o Estado e o cidadão não passa de uma quimera, pois a posição particular do Poder Público se justifica, dentre outros fins, justamente a contemplar especificidades e estabelecer limites à atuação dos particulares, inclusive para atender os anseios da coletividade.

<sup>50</sup> Aqui, ocorre quando a relação especial se assentar diretamente numa lei inconstitucional ou, o que é de difícil ocorrência, de qualquer norma primária inconstitucional que não constitua lei em sentido estrito.

- (c) o Decreto nº 6.049/2007, infelizmente, extrapolou o círculo normativo da sua área de atuação, porquanto o objeto de sua regulamentação demanda reserva de lei, pois trata de matéria que restringe, ou pode restringir, direitos fundamentais dos detentos que se encontram nas penitenciárias federais; quer dizer, não se admite que agravamentos no *status libertatis* dos detentos, ainda que decorrente de matéria processual administrativa, já que no âmbito material seria impensável, encontre seu substrato normativo em um decreto; e
- (d) os procedimentos para a aferição de eventual falta grave perpetrada por detentos de penitenciárias federais devem encontrar arrimo em lei; assim sendo, na ausência de normas específicas sobre a matéria, deve aplicar-se a Lei Geral do Processo Administrativo Federal (LGPAF), tudo nos termos do art. 69, da Lei nº 9.749/1999; contudo, isso não implica dizer que toda regulamentação sobre relação especial de sujeição tenha de decorrer de lei em sentido estrito (art. 59 da CF/88), o que seria operacionalmente impossível, mas, tão-somente, salientar que certas matérias, como a liberdade ou a intimidade, devem ser pautadas diretamente em lei e, nos demais casos, devem encontrar fundamento último na lei, senão o instituto pode representar uma verdadeira zona de atuação administrativa alheia ao Direito e, portanto, incompatível com o sistema constitucional vigente.

## REFERÊNCIAS

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

ANABITARTE, Alfredo Gallego. Las Relaciones Especiales de Sujeción y el Principio de la Legalidad de la Administración. *Revista de Administración Pública (RAP)*, Madrid, n. 34, p. 11-51, enero-abril 1961.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In: SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. Perfil do Poder Regulamentar no Direito Brasileiro. In: \_\_\_\_\_. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 255-269.

BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos Delitos e Das Penas*. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos Fundamentais – Tópicos de Teoria Geral. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires et. al. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 265-327.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução de Antonio Manuel da Rocha e Meneses Cordeiro. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Tradução de Raquel Ramalhete. 37 ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

HESSE, Konrad. Constitución y Derecho Constitucional. In: BENDA; HEYDE; HESSE; MAIHOFER; VOGEL. *Manual de Derecho Constitucional*. Trad. Antonio López Pina. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 01-15.

MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. São Paulo: RT, 2010.

MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*. Tradução de Luís Afonso Heck. 14. ed. Barueri: Manole, 2006.

MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Parte General. Tradução de Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1982.

MELLO, Raphael Munhoz de. O Poder Normativo das Agências Reguladoras e as Relações de Especial Sujeição (Comentários a Acórdão do TRF – 3<sup>a</sup>

Região). *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 01, n. 01, p. 283-289, jan./mar. 2003.

MONCADA, Luís S. Cabral de. As Relações Especiais de Poder no Direito Português. In: \_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Público*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 223-249.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: RT, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

WIMMER, Miriam. As Relações de Sujeição Especial na Administração Pública. *Revista IOB de Direito Administrativo (RIDA)*, São Paulo, v. 20, p. 31-53, ago. 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.



## **PARECER ASMG/CGU/AGU/04/2013**

*Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy  
Consultor-Geral da União*

**PARECER ASMG/CGU/AGU/04/2013**

**Interessado:** Ministro de Estado da Micro e das Pequenas Empresas

Aviso Ministerial nº 004/2013. Exercício de Chefia de Pasta Ministerial. Diploma de Vice-Governador de Estado. 2. Cumprimento das exigências do art. 87 da Constituição Federal. Números fechados. 3. Interpretação restritiva do § 1º do art. 28 da Constituição Federal. Hipótese de perda de mandato de Governador. 4. Distinção entre substituição e sucessão. Art. 38 da Constituição do Estado de São Paulo. 5. Se os conceitos de Governador e de Vice-Governador fossem exatamente idênticos, e para todos os fins, o atual Governador do Estado de São Paulo não poderia ter concorrido ao Governo em 2001, após ter sido Vice-Governador no mandato de Mário Covas (1995-1999) e novamente (1999-2001, por 22 meses), quando assumiu o mandato com o falecimento do titular. 6. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE 366488-SP). Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositivo. Os casos idênticos regem-se por disposições idênticas. 7. Constituição do Estado de São Paulo. Regras de aplicação simultânea a Governador e Vice-Governador. 8. Regras de aplicação exclusiva a Governador, a exemplo de fixação de domicílio e hipóteses de perda de mandato. Avaliação jurídica. 9. Exegese literal e sistemática. Arts. 37 e ss. da Constituição do Estado de São Paulo. 10. Exame da situação quanto às demais unidades federadas. 11. Juízo político. Acúmulo de funções. Colidência e conflito de interesses. Poder hierárquico. 12. Autonomia do ente federativo. Competência privativa do Governador para representar o Estado em suas relações jurídicas, políticas e administrativas.

Exmo. Sr. Ministro de Estado Advogado-Geral da União,

**I) INTRODUÇÃO E CONTORNOS DO PROBLEMA:**

Por intermédio do Aviso Ministerial nº 004/2013, datado de 16 de maio último, o Sr. Guilherme Afif Domingos, Ministro titular da recém-criada pasta que trata do importantíssimo nicho das Micro e das Pequenas Empresas, preocupado com alguma reverberação relativa a

eventual impossibilidade de acumulação de pasta ministerial com a vice-governança do Estado de São Paulo, demanda, desta Advocacia-Geral da União, manifestação a propósito da referida acumulação de chefia de pasta ministerial com a titularidade de diploma de Vice-Governador.

2. Indaga aquela autoridade se a perda de mandato de que dispõe o § 1º do art. 28 da Constituição Federal seria extensiva ao Vice-Governador. Questiona, ainda, se hipoteticamente convocado a exercer o mandato de Governador de São Paulo, por qualquer motivo de viagem ou outro evento de natureza temporária, haveria obrigatoriedade de assumir a Chefia do Executivo da unidade federada cuja população o elegeu Vice-Governador.

3. Por fim, indaga, se na qualidade de Ministro de Estado, uma vez convocado a exercer o mandato (temporário) de Governador de São Paulo, deveria licenciar-se, ou efetivamente exonerar-se da pasta ministerial que ocupa.

4. Ainda que matizada por intensa altercação política (no contexto da democracia enquanto ideal também normativo<sup>1</sup>), por alguma inquirição ética<sup>2</sup>, e por muita animosidade partidária e midiática<sup>3</sup>, a questão também é jurídica<sup>4</sup>, resolvida por simples operação de subsunção<sup>5</sup>, de vinculação

---

1 SHAPIRO, Ian. *Os Fundamentos Morais da Política*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 245 e ss.  
Tradução de Fernando Santos.

2 Nesse contexto, invoca-se o tema da ética em uma dimensão também jurídica. Conferir, por todos, HAZARD JR., Geoffrey; Dondi, Angelo. *Ética Jurídica- um estudo comparativo*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Tradução de Luiz Gonzaga de Carvalho Neto.

3 Do que faz prova intenso debate na imprensa, a exemplo de artigo de Carlos Ari Sundfeld publicado no Jornal O Estado de São Paulo (Edição de 7 de maio de 2003), argumentando pela impossibilidade do Vice-Governador deixar a vice-governança para exercer cargo de Ministro, no sentido de “cuidar de interesse próprio”, bem como opinião de Ives Gandra da Silva Martins, com excerto publicado no Jornal Diário do Comércio, edição de 8 de maio de 2013, para quem, “*A Constituição, em seu artigo 27, proíbe o Governador de assumir outro cargo na Administração, mas não fala nada quanto ao Vice*”. Para o mesmo renomado jurista, segundo matéria colhida no Jornal Folha de São Paulo, edição de 8 de maio de 2013, na hipótese de substituição do Governador, deveria o Vice, uma vez empossado Ministro, renunciar ao posto na Esplanada, dado que a licença não seria suficiente.

4 Nesse sentido, necessária a avaliação das consequências da opção hermenêutica que se toma, a propósito das consequências advindas das conclusões que serão lançadas no presente parecer. Conferir, como referência, MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 165 e ss. Tradução de Waldéa Barcellos.

5 É o tema do objeto da interpretação. Conferir, entre outros, FERRARA, Francisco. *Como Interpretar as Leis*. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 29 e ss. Tradução de Joaquim Campos de Miranda.

dos fatos questionados com as normas constitucionais e legais aplicáveis à espécie<sup>6</sup>.

5. Há também um juízo político subjacente, debatido na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, por conta de requerimento que objetiva a cassação do mandato do conselente, bem como pelas razões identificadas em parecer da Procuradoria Jurídica daquela Casa Legislativa, de ampla divulgação na imprensa<sup>7</sup>.

6. Demanda-se segurança jurídica, no sentido de busca de definição geral, e a todos aplicável, e não meramente casuística<sup>8</sup>. Por isso, deve ser avaliada também à luz dos textos constitucionais das outras unidades federadas, de modo que se tenha precedente que qualifique *ratio decidendi* aproveitável em situações convergentes, análogas, de eventual ocorrência no futuro.

7. São mais de 25 constituições estaduais e uma lei orgânica distrital que cuidam do mesmo assunto. Do ponto de vista federal, para onde a consulta foi dirigida, há necessidade também de previsão de situações futuras, referentes a outras unidades federadas, que a discussão presente pode influenciar.

8. Alguma literalidade é necessária na compreensão do presente problema, dado que -- como se verá -- a chave interpretativa da questão é objetivamente de leitura de lei<sup>9</sup>, ainda que substancializada por forte ingrediente histórico. Tem-se dilema técnico de mera subsunção; a fundamentação técnica (que não vale para todas as regras) é indispensável -- no caso --, com o desenho de fins objetivamente limitados<sup>10</sup>.

9. Não há, na hipótese, disposições contraditórias. Far-se-á exegese de texto normativo, verbal, com base em aforisma que nos dá conta de que *verba cum effectu sunt accipienda*, isto é, a lei não contém

---

6 É o caso da aplicação do Direito enquanto submissão do fato concreto à norma que o regule, na expressão de HERKENHOFF, João Baptista. *Como Aplicar o Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 9.

7 Parecer nº117-0/2013.

8 VIGO, Rodolfo Luis. A *Interpretação Jurídica- do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 273. Tradução de Susana Elena Dalle Mura.

9 Conferir, a propósito do problema (falso) do formalismo, Dimoulis, Dimitri, Sentidos, vantagens cognitivas e problemas teóricos do formalismo jurídico, in: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. *Direito e Interpretação- Racionalidades e Instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 213 e ss.

10 Conferir, nesse tema, de fundamentação de regras de discurso, especialmente de regras técnicas, ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação –A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2005. p. 184 e ss. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva.

*palavras inúteis<sup>11</sup>.* Não se desconhece o fato de que a questão engendra também gravíssima discussão de fundo político, referente a problemas de acúmulo de funções, de autonomia de ente federativo, de segurança institucional, de disparidade entre entes federativos, de hierarquia (em função de eventual subordinação de Vice-Governador a Presidente da República), e até de suposto crime de responsabilidade, situações todas alcançadas e debatidas em referido parecer da Procuradoria Jurídica da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. São aspectos de fundo e de forma política, cujo debate é prioritariamente do campo também da política, ainda que com contornos fixados em formulações jurídicas.

10. Uma aproximação entre formulações hermenêuticas gramaticais, históricas e sistemáticas pode orientar a boa solução da questão, do ponto de vista jurídico. Ao modelo grammatical associam-se outras fórmulas, porquanto *atualmente, porém, esta interpretação* [a grammatical], *por si só, é insuficiente para conduzir o intérprete a um resultado conclusivo, sendo necessário que os elementos por ela fornecidos sejam articulados com os demais, propiciados pelas outras espécies de interpretação<sup>12</sup>.* Como se verá, não se pode - - simplesmente - - subsumir o Vice-Governador a toda regra jurídica que tem como destinatário o Governador.

11. Além do que, não se tem caso de antinomia entre regras distintas, de hierarquia entre normas de qualidade diversas, e nem mesmo há lacuna. O que se tem é espaço jurídico não regulado no sentido negativo; isto é, aparentemente indiferente ou vazio, à espera de aplicação fática, em homenagem à busca do dogma da completude do ordenamento jurídico<sup>13</sup>.

12. Atenta leitura da Constituição Federal, cotejada com as disposições aplicáveis da Constituição do Estado de São Paulo, em exercício hermenêutico de compreensão da literalidade das regras invocadas, aponta que o § 1º do art. 28 da Constituição Federal alcança tão somente ao Governador, e não ao Vice-Governador; que o Vice-Governador poderia, eventualmente, contar com substituição própria por parte do Presidente da Assembleia Legislativa ou do Tribunal de Justiça, na hipótese de não poder atender a convocação do Governador do Estado e que, por fim; na eventualidade de substituir ao Governador, deverá,

11 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro e São Paulo: Freitas Bastos, 1965. p. 262 e ss.

12 FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 9.

13 BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: UnB, 1999. p. 127 e ss., tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos.

tão somente, e no limite, licenciar-se da incumbência aceita de chefia de pasta ministerial. É o que se sustenta em seguida. Bem entendido, a resposta se faz pela ótica federal, para onde a consulta foi encaminhada, e na qual o consulente exerce chefia de pasta ministerial.

13. Centra-se aqui na premissa de que há regras para o Governador e para o Vice-Governador, e que há regras para o Governador, que não se aplicariam, explicitamente, e necessariamente, ao Vice-Governador<sup>14</sup>, quando este último não estivesse no exercício do mandato, em substituição àquele primeiro.

14. Basicamente, o que se tem no núcleo das argumentações, é também derivação de respeitados juristas brasileiros, a exemplo de Ives Gandra da Silva Martins (professor emérito da Universidade Mackenzie), de Pedro Serrano (professor na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo) e de Paulo Brossard (ex-Ministro da Justiça e ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal), ainda que do ponto de vista político já se sustentou tese de conflito de interesses, a exemplo de opinião do renomado cientista político José Álvaro Moisés, professor na Universidade de São Paulo<sup>15</sup>.

15. Há um debate jurídico, a partir da Constituição Federal, bem como há uma discussão política, centrada em hipóteses que só o tempo pode confirmar (ou não), a exemplo, principalmente, do imaginário fenômeno da incompatibilidade funcional. Não há antecedentes ou precedentes. A renúncia do então Governador do Ceará, Ciro Gomes, em 1994, quando assumiu a chefia do Ministério da Fazenda no Governo Fernando Henrique Cardoso, não se presta exatamente a iluminar a questão, porquanto o que se discute aqui é a posição do Vice-Governador, e não do Governador.

<sup>14</sup> É o que também sugere pesquisa no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, realizada em 16 de maio de 2013. Ao que consta, buscando-se julgados com o tema “Governador” tem-se 3052 acórdãos, 2913 decisões monocráticas, 585 decisões da Presidência, 35 questões de ordem, 4 indicações de repercussão geral e 1036 menções em Informativos de jurisprudência. A busca para decisões com o argumento “Governador e Vice-Governador” dá-nos conta de 63 acórdãos, 32 decisões monocráticas, 6 decisões da Presidência e 52 menções em Informativos de Jurisprudência. Por fim, o argumento “Vice-Governador” indica-nos o mesmo número encontrado no argumento “Governador e Vice-Governador”. Ainda que não se tenha escrutinado o conteúdo das decisões, pode-se inferir, em tese, a cindibilidade das discussões, no sentido de que, nem sempre, haveria similitude entre as discussões que atingissem o Governador do Estado e seu respectivo Vice.

<sup>15</sup> Essas referências estão em matéria do Jornal Folha de São Paulo, 8 de maio de 2013, de autoria de Diógenes Campanha, com o título “Para especialistas, Afif poderá acumular cargos se abrir mão de salário”.

## II A NATUREZA POLITICA DO CARGO DE MINISTRO E DO DIPLOMA DE VICE-GOVERNADOR

16. Como se argumentará, com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, se os conceitos de Governador e de Vice-Governador fossem exatamente idênticos, e para todos os fins, Geraldo Alckmin não poderia ter concorrido ao Governo do Estado de São Paulo em 2001, após ter sido Vice-Governador no mandato de Mário Covas (1995-1999) e depois em 1999-2001, por 22 meses, quando assumiu o mandato com o falecimento do titular.

17. Elementar, do ponto de vista hermenêutico, que *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositivo*; os casos idênticos regem-se por disposições idênticas<sup>16</sup>. Não há lei complementar que discipline a função de Vice-Governador. Este somente age quando convocado pelo Governador. O debate traduz, na essência, o papel do substituto e do sucessor do Governador Estadual.

18. Ministro de Estado e Vice-Governador exercem cargos e funções de natureza essencialmente política. São agentes políticos, no conjunto conceitual do Direito Administrativo Brasileiro. De tal modo,

*Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado [...] O vínculo que tais agentes entretêm com o Estado não é de natureza profissional, mas de natureza política. Exercem um múnus público. Vale dizer, o que os qualifica para o exercício das correspondentes funções não é a habilitação profissional, a aptidão técnica, mas a qualidade de cidadãos, membros da *civitas* e, por isso, candidatos possíveis à condução dos destinos da Sociedade. A relação jurídica que os vincula ao Estado é de natureza institucional, estatutária. Seus direitos e deveres não advém de contrato travado com o Poder Público, mas descendem diretamente da Constituição e das leis. Donde, são por elas modificáveis, sub color de que vigoravam condições diversas ao tempo das respectivas investiduras<sup>17</sup>.*

19. O agente político é o *agente investido de função política, seja em virtude de mandato eletivo obtido pessoalmente, seja pelo desempenho de função*

<sup>16</sup> MAXIMILIANO, op. cit., p. 257.

<sup>17</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 245-246.

*auxiliar imediata (Ministros de Estado)<sup>18</sup>.* A relação deste agente com o Estado é política, isto é, de representação<sup>19</sup>; são eleitos por sufrágio universal, detentores de mandato<sup>20</sup>. O assunto é recorrente no Supremo Tribunal Federal, inclusive no contexto das discussões relativas ao nepotismo<sup>21</sup>.

20. Bem entendido, o agente político não perde a condição de agente público, por força mesmo da abrangência deste último conceito<sup>22</sup>. Tem-se que *os agentes políticos se caracterizam pelo exercício das atividades estatais básicas (de administrar, legislar ou julgar) e pela sujeição ao regime jurídico diferenciado que lhes assegure independência funcional<sup>23</sup>.*

21. O Ministro de Estado é agente político de livre nomeação e exoneração do Presidente da República<sup>24</sup>. É escolhido entre brasileiros maiores de vinte e um anos, no exercício dos direitos políticos<sup>25</sup>. No contexto brasileiro há convergência entre tirocínio e balanço político, na escolha do agente ministerial. O balanço político traduz situação que a teoria política nomina de *presidencialismo de coalização*; a excelência do chefe da pasta é o espelho da atuação profissional do indicado.

22. Nos termos de disposições constitucionais, ao Ministro de Estado compete, entre outros, exercer a orientação, coordenação e

---

18 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 675.

19 ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 255.

20 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 260.

21 Supremo Tribunal Federal. Rel 6650, MC-AgR, relatado pela Ministra Ellen Gracie, julgado em 16 de outubro de 2008. *AGRADO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR EM RECLAMAÇÃO. NOMEAÇÃO DE IRMÃO DE GOVERNADOR DE ESTADO. CARGO DE SECRETÁRIO DE ESTADO. NEPOTISMO. SÚMULA VINCULANTE Nº 13. INAPLICABILIDADE AO CASO. CARGO DE NATUREZA POLÍTICA. AGENTE POLÍTICO. ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 579.951/RN. OCORRÊNCIA DA FUMAÇA DO BOM DIREITO.*

1. Impossibilidade de submissão do reclamante, Secretário Estadual de Transporte, agente político, às hipóteses expressamente elencadas na Súmula Vinculante nº 13, por se tratar de cargo de natureza política. 2. Existência de precedente do Plenário do Tribunal: RE 579.951/RN, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE 12.9.2008. 3. Ocorrência da fumaça do bom direito. 4. Ausência de sentido em relação às alegações externadas pelo agravante quanto à conduta do prolator da decisão ora agravada. 5. Existência de equívoco lamentável, ante a impossibilidade lógica de uma decisão devidamente assinada por Ministro desta Casa ter sido enviada, por fac-símile, ao advogado do reclamante, em data anterior à sua própria assinatura. 6. Agravo regimental improvido.

22 GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 133.

23 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 885.

24 Constituição Federal, inciso I do art. 84.

25 Constituição Federal, art. 87.

supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar atos e decretos assinados pelo Presidente da República; expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos; apresentar ao Presidente da República relatório anual de sua gestão no Ministério; praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Presidente da República<sup>26</sup>.

23. O Decreto nº 6.532, de 5 de agosto de 2008, dispõe sobre a substituição de Ministros de Estado, em suas ausências do território nacional, nos seus afastamentos ou em outros impedimentos legais ou regulamentares. Na hipótese aqui tratada, o referido decreto deverá ser recorrentemente invocado pelo conselente, na hipótese de assumir ao Governo de São Paulo, no papel de substituto do titular.

24. E também, fixou-se que na falta de nomeação presidencial específica, os Ministros de Estado serão substituídos, interinamente, em suas ausências do território nacional, nos seus afastamentos ou em outros impedimentos legais ou regulamentares, pelas seguintes autoridades:

*I - os Ministros de Estado, titulares de Ministérios, Chefes da Casa Civil, da Secretaria-Geral, da Secretaria de Relações Institucionais e do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, e do Controle da Transparência, pelos respectivos Secretários-Executivos; II - o Ministro de Estado da Defesa, por um dos Comandantes das Forças, por ele designado; III - o Ministro de Estado das Relações Exteriores, pelo Secretário-Geral das Relações Exteriores; IV- os Ministros de Estado Chefe da Secretaria de Comunicação Social e da Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, pelos respectivos Subchefs-Executivos; V- o Ministro de Estado Chefe da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República, pelo Secretário-Adjunto; VI - o Advogado-Geral da União, pelo substituto designado na forma do § 2º do art. 3º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1973; e VII- o Presidente do Banco Central do Brasil, por um dos diretores, por ele designado.*

---

<sup>26</sup> Constituição Federal, incisos do parágrafo único do art. 87 da Constituição.

### III) A INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL PARA O EXERCÍCIO DO CARGO DE MINISTRO E A MANUTENÇÃO DO DIPLOMA DE VICE-GOVERNADOR

25. Em relação ao Presidente, Ministros de Estado são assessores ou meros auxiliares, *tanto assim que são nomeados e demissíveis ad nutum*<sup>27</sup>. E foi um republicano histórico brasileiro quem dissertou sobre a qualidade que se espera dos ministros, no sentido de que:

Se a natureza e o fim do ministério são iguais à natureza e fim do presidente e a razão de existência desta dualidade é a necessidade de combinar no governo as virtudes do mando singular com as do coletivo – a primeira conclusão deve ser que as qualidades pessoais de um bom ministro são muito análogas às que se requerem para um bom presidente. A diferença mais sensível seria esta – que o presidente, tendo de superintender em toda atividade oficial, precisaria de maior número de dons do que cada ministro em particular, que preside aos negócios limitados ao distrito da sua pasta. Por outra, - as qualidades do presidente serão tanto mais felizes quanto mais equivalem às qualidades reunidas de todos os seus ministros<sup>28</sup>.

26. Não há rol de impedimentos para o exercício do *múnus* de chefe de pasta ministerial. Atendida a regra do art. 87 da Constituição, que exige brasileiros maiores de vinte e um anos e exercício de direitos políticos, não se pode criar constrangimento ou limitação, que não os já referidos na citada norma constitucional.

27. Essas limitações são de número fechado; não pode o intérprete ampliá-las ou restringi-las. Há uma força normativa da Constituição (*Die Normative Kraft der Verfassung*) a qual, ainda que condicionada à realidade histórica<sup>29</sup>, fixa exigência, como condição de plenitude democrática, a seu fiel cumprimento. As vedações são indicadas explicitamente pela Constituição, não se presumindo limitações de outra feição.

28. Não há vedação constitucional para o exercício de chefia de pasta ministerial, exceto as efetivamente indicadas no art. 87 do texto

---

27 FILOMENO, José Geraldo Brito. *Teoria Geral do Estado e Ciência Política*. Rio de Janeiro e São Paulo: Forense Universitária, 2009. p. 190.

28 ASSIS BRASIL, Joaquim Francisco. *Do Governo Presidencial*. p. 240.

29 HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 24, tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

político. Não se excetuam senadores, deputados, diplomatas. Deve-se reconhecer, no entanto, que Governadores (e não Vice-Governadores) perdem respectivos mandatos quando assumem outro cargo ou função na Administração Pública<sup>30</sup>.

29. O Vice-Governador só é atingido pela vedação quando efetivamente *suceda*, e não quando meramente *substitua* o Governador. A distinção entre *sucessão* e *substituição* é nuclear para a compreensão do problema, e parece ser adotada por todas as constituições estaduais que há no Brasil.

30. Houve demanda presidencial, no sentido de que Vice-Governador assumisse Ministério, de superlativa importância para o País, situação que enseja que se discuta a questão, do ponto de vista constitucional, à luz de um método hermenêutico-concretizador, centrado na pré-compreensão do intérprete, *a quem compete concretizar a norma a partir de dada situação histórica, que outra coisa não é senão o ambiente em que o problema é posto a exame, para que se resolva à luz da Constituição e não segundo critérios pessoais de justiça*<sup>31</sup>.

31. Na Constituição Federal não há óbices que Vice-Governador assuma chefia de Ministério, independentemente de licença na unidade federada de origem. O modelo federalista deve ser sentido em sua dimensão cooperativa e não retaliativa.

32. Não se pode presumir relação predatória no federalismo vertical, ainda que a unidade federada seja politicamente comandada por partido opositor ao que dirija a União. É objetivo fundamental da República a garantia do desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a diminuição das desigualdades sociais e regionais, diretriz que deve se sobrepor a imaginário conflito federativo, de fundo hierárquico, que não conta ainda com comprovação empírica.

33. Na hipótese, trata-se de Ministério criado por intermédio da Lei nº 12.792, de 28 de março de 2013, denominado de Secretaria da Micro e Pequena Empresa. A esta Pasta compete assessorar direta e imediatamente o Presidente da República, especialmente:

30 Constituição Federal, § 1º do art. 28.

31 COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 87.

I - na formulação, coordenação e articulação de:

- a) políticas e diretrizes para o apoio à microempresa, empresa de pequeno porte e artesanato e de fortalecimento, expansão e formalização de Micro e Pequenas Empresas;
- b) programas de incentivo e promoção de arranjos produtivos locais relacionados às microempresas e empresas de pequeno porte e de promoção do desenvolvimento da produção;
- c) programas e ações de qualificação e extensão empresarial voltadas à microempresa, empresa de pequeno porte e artesanato; e
- d) programas de promoção da competitividade e inovação voltados à microempresa e empresa de pequeno porte;

II - na coordenação e supervisão dos Programas de Apoio às Empresas de Pequeno Porte custeados com recursos da União;

III - na articulação e incentivo à participação da microempresa, empresa de pequeno porte e artesanato nas exportações brasileiras de bens e serviços e sua internacionalização.

34. Dispôs-se também que a referida pasta participará na formulação de políticas voltadas ao micro empreendedorismo e ao microcrédito, exercendo suas competências em articulação com os demais órgãos da administração pública federal, em especial com os Ministérios do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, da Fazenda, da Ciência, Tecnologia e Inovação e do Trabalho e Emprego.

35. Assim, criou-se o cargo de Ministro de Estado Chefe da Secretaria da Micro e Pequena Empresa da Presidência da República, bem como outro cargo de natureza especial de Secretário Executivo. Como se vê, têm-se objetivos e fins, que demandam meios, liderança e amplo conhecimento do assunto.

36. Por razões históricas, que acompanham a trajetória política do interessado nesta consulta, é que substancialmente se justificaria a escolha.

Por outro lado, haveria suposta preocupação junto à Assembleia Legislativa de São Paulo, no que se refere a eventual dissenso entre a

chefia desta Pasta, por parte do Vice-Governador, em face do supremo dogma da impessoalidade na atuação pública, situação que se tentou ilustrar por argumento relativo a suposta antinomia entre decisão que oponha a Pasta Ministerial e a Junta Comercial do Estado de São Paulo:

*Imaginemos o que é possível imaginar ou antever: caso a Secretaria da Micro e Pequena Empresa, agora chefiada em nível de ministério pelo Senhor Vice-Governador resolva formular ou coordenar políticas e diretrizes para o apoio à microempresa, empresa de pequeno porte e artesanato e de fortalecimento, expansão e formalização de Micro e Pequenas Empresas que se oponham às atribuições da Junta Comercial, como ficará a aplicação do princípio da impessoalidade? O Ministro Chefe da Secretaria da Micro e Pequena Empresa vai entrar em conflito com o Vice-Governador do Estado de São Paulo, à cuja estrutura de Administração Direta está subordinada e vinculada a Junta Comercial paulista, sendo que os dois estão unidos e identificados na mesma pessoa humana? Imagine-se, ainda, que venha a propor um anteprojeto de lei que retira das Juntas Comerciais o registro de microempresas; ou que preveja uma isenção de taxas e custas e que essa isenção prejudique a arrecadação e o funcionamento da Junta Comercial de São Paulo? Ou ainda que proponha, por meio de legislação, tornar a Secretaria da Micro e Pequena Empresa como um órgão recursal federal em face das decisões das Juntas Comerciais e seja ele, o Ministro Chefe, que confira a decisão final: como ficará a imparcialidade nas decisões que provenham de recursos interpostos em face de atos praticados pelo Colegiado ou pelo Presidente da Junta Comercial, este, em último sentido, subordinado ao Governador do Estado indiretamente e a ele, Vice-Governador, por ato reflexo?*<sup>32</sup>

37. O verbo *imaginar* é recorrentemente usado. Trata-se de exemplo do campo hipotético. Parece-me, em princípio, que o exemplo seria impróprio. A Junta Comercial do Estado de São Paulo não se subordina, ao que parece, ao Governador do Estado, necessariamente, ainda que transformada em entidade autárquica de regime especial, com autonomia administrativa, financeira e patrimonial, nos termos da Lei Complementar Estadual nº 1.187, de 28 de setembro de 2012.

38. E porque não haveria a referida subordinação - - não obstante a Junta Comercial do Estado de São Paulo vincular-se à Secretaria Estadual do Desenvolvimento Econômico, Ciência e Tecnologia daquela unidade federada - - , e muito menos a subordinação a chefe de pasta

<sup>32</sup> Parecer nº 117-0/2013, fls. 37.

ministerial, que não se teria, em nenhuma circunstância, o imaginado conflito de interesses.

39. O exemplo da Junta Comercial transita no campo do pressuposto, do imaginário, de situação pendente de ocorrência empírica, ainda não ocorrida. Tem-se como premissa imaginário e incontornável conflito federativo vertical, como base em permanente e não menos imaginária guerra entre unidade federada e governo central. Distancia-se do jurídico, centra-se no político e no regime de presunções.

40. No campo constitucional, poder-se-ia indagar vedação contida no § 1º do art. 28 da Constituição, que dispõe que *perderá mandato o Governador que assumir outro cargo ou função na administração pública direta ou indireta*. Atente-se bem, a regra se reporta ao *Governador*. Se a norma fosse extensiva ao *Vice-Governador*, menção expressa haveria. É o cuidado que se tomou, por exemplo, com redação do *caput* do art. 28 do texto constitucional, que expressamente menciona *Governador e Vice-Governador*.

41. Ainda que se possa argumentar que o constituinte não incluía o Vice-Governador na regra aqui indicada porquanto pretendesse permitir que o Vice pudesse exercer livremente o múnus de Secretário de Estado, sustenta-se em sentido contrário: isto é, se de fato esta fosse a intenção, a indicação objetiva da regra permissiva da exceção seria contemplada.

42. Trata-se de regra taxativa (*dirigida ao Governador*) e não exemplificativa<sup>33</sup>, pelo que o emprego analógico ou contundente, no sentido de que o legislador teria intenção outra, que não a revelada na regra posta, leva-nos a antinomia constitucional que o texto de 1988 não contempla.

43. Em outras palavras, a regra do § 1º do art. 28 da Constituição é destinada a regular situação que atinja o Governador do Estado. Atinge o Vice-Governador, apenas quando este último no exercício do mandato esteja.

43. E porque a *aplicação do Direito consiste no enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada*<sup>34</sup> deve-se atentar que não há

---

<sup>33</sup> MAXIMILIANO, op. cit., p. 225.

<sup>34</sup> MAXIMILIANO, op. cit., p. 18.

norma constitucional que se aplique à situação, pelo que, juridicamente fragilizada eventual interpretação ampliativa e irrestrita de comando constitucional fechado. A Constituição trata da figura do Governador. A autoridade de Ives Gandra da Silva Martins, veiculada na imprensa, sustenta essa premissa.

44. O Supremo Tribunal Federal cinde, objetiva e historicamente, as funções e diplomas de Governador e de Vice-Governador. É o que se tratou, por exemplo, em interessante caso no qual o Vice-Governador eleito duas vezes para o cargo de Vice-Governador que postulava disputar o cargo de Governador, em eleição superveniente. É o que se decidiu no RE nº 366.488-3-SP, relatado pelo Ministro Carlos Velloso, em julgamento de 4 de outubro de 2005.

45. Ao que parece, naquela ocasião, a *Coligação São Paulo Quer Mudança*, formada pelo PT e pelo PC do B, enfrentava a *Coligação Resolve São Paulo*, então formada pelo PL, pelo PPB, pelo PSDC e pelo PTN, a propósito da candidatura de Geraldo Alckmin, ao Governo de São Paulo. A questão também agitara o Tribunal Superior Eleitoral.

46. O atual Governador daquela unidade federada fora Vice-Governador eleito em 1998, e mais uma vez depois, no pleito seguinte. De tal modo, entendiam os adversários, se lhe aplicava regra que vedava o exercício de um *terceiro mandato subsequente*.

47. O relatório, de autoria do Ministro Carlos Velloso, contextualiza a discussão, e identifica a insurgência dos então opositores do atual Governador do Estado de São Paulo:

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO: - O Eg. Tribunal Superior Eleitoral, às fls. 729 – 733, negou provimento aos recursos ordinários interpostos, ao entendimento de que “havendo o vice – reeleito ou não – sucedido o titular, poderá se candidatar àreeleição, como titular, por um único mandato subsequente” (resolução /TSE nº 21.026), em acórdão que porta a seguinte ementa:

“REGISTRO DE CANDIDATURA. VICE-GOVERNADOR ELEITO POR DUAS VEZES CONSECUTIVAS, QUE SUCEDE O TITULAR NO SEGUNDO MANDATO. POSSIBILIDADE DE REELEGER-SE AO CARGO DE GOVERNADOR POR SER O ATUAL MANDATO O PRIMEIRO COMO TITULAR

**DO EXECUTIVO ESTADUAL. PRECEDENTES: RES. /TSE N°S 20.889 E 21.026.**

Daí os recursos extraordinários interpostos pela COLIGAÇÃO SÃO PAULO QUER MUDANÇA (PT/PC DO B/PCB) e pela COLIGAÇÃO RESOLVE SÃO PAULO (PL/PPB/PSDC/PTN).

No RE interposto pela COLIGAÇÃO SÃO PAULO QUER MUDANÇA (PT/PC DO B/PCB), às fls. 615 – 652, fundado nos arts. 102, III, a, e 121, § 3º, da Constituição Federal, sustenta-se, em síntese:

Ocorrência de ofensa ao art. 14, § 5º, da Constituição Federal, com a redação da EC 16/97, porquanto o Sr. Geraldo Alckmin, na eleição de 1998, foi eleito vice-governador, na condição de governador em exercício do Estado de São Paulo, tendo ocupado por dois períodos a Chefia do Executivo estadual, motivo por que seria inelegível para um “terceiro mandato subsequente” (fl. 619);

Afronta aos princípios da igualdade de oportunidade na disputa eleitoral e da transitoriedade do exercício do poder, sedimentados na Constituição Federal e no ordenamento jurídico brasileiro com o objetivo de combater o continuísmo e o abuso do poder econômico ou político. Assim, não há como conferir tratamento jurídico distinto aos casos de sucessão e de substituição, mormente porque “substituir é exercer a chefia do Poder Executivo de forma temporária ou transitória, ao passo que suceder é estar à testa do Poder Executivo de forma definitiva” (fl. 627), e o Sr. Geraldo Alckmin foi eleito duas vezes para o cargo de vice-governador, tendo substituído o titular em diversas ocasiões, tanto no primeiro quanto no segundo mandado;

c) existência de precedente do Supremo Tribunal Federal – RE 158.564/AL, 1ª Turma, Min. Celso de Mello, “DJ” de 30.4.1993 – no sentido de que expressão “mesmos cargos” deve abranger não apenas os que ostentam a mesma denominação (presidente, governador e prefeito), como também aqueles que têm como atribuição ordinária o potencial exercício das funções próprias daqueles cargos (vice-presidente, vice-governador e vice-prefeito);

d) ocorrência de sucessão de fato no governo paulista e não de substituição, na medida em que o então Governador Mário Covas se

valei de licenças de curta duração, sucessivas vezes renovadas, para evitar a necessidade de renúncia em razão da extensão de tempo de seu afastamento;

- e) mitigação do princípio da isonomia, dado que o candidato à reeleição está mais exposto à mídia que os demais, além de ter ao seu dispor a máquina administrativa.

No RE interposto pela COLIGAÇÃO RESOLVE SÃO PAULO (PL/PPB/PSDC/PTN), às fls. 658-699, fundado no art. 102, III, a, da Constituição Federal, com alegação de ofensa ao art. 14, § 5º, da mesma Carta, sustenta-se em síntese:

- a) inaplicabilidade ao presente caso das Resoluções/TSE nº 20.889 e 21.026, por o Sr. Geraldo Alckmin substituído o então Governo Mário Covas nos períodos de 04 a 13 de junho de 1996, de 06 de julho a 30 de outubro de 1998, de 31 de outubro a 08 de novembro de 1998 (1º mandato), de 1º a 10 de janeiro de 1999 e de 22 de janeiro a 06 de março de 2001, e exercido efetivamente o governo paulista até o falecimento do titular;
- b) existência de jurisprudência favorável ao provimento do recurso extraordinário (RE 158.564/AL, 1ª Turma, Min. Celso de Mello, “DJ” de 30.4.1993);
- c) afronta ao princípio da unicidade da chapa, na medida em que o vice é eleito com o titular, em chapa única e indivisível, e o Sr. Geraldo Alckmin estaria a concorrer ao terceiro mandato consecutivo, certo que o então Governador Mário Covas, se estivesse vivo, não poderia concorrer a uma segunda reeleição, seja como titular seja como vice;
- d) necessidade de se evitar qualquer espécie de conclusão que vá contra as próprias vedações da Constituição Federal, portanto o que a Lei Maior vedou não pode ser permitido por qualquer interpretação. Nesse sentido foi o voto proferido pelo Ministro Ilmar Galvão, no RE 157.959/RJ, Plenário, “DJ” de 03.6.1994;
- e) ocorrência de ofensa à razoabilidade e à proporcionalidade, dado que, se o Sr. Geraldo Alckmin não pode, de forma alguma, candidatar-se, mais ima vez, ao cargo de vice-governador que tem como função típica substituir ou suceder o governador em seus impedimento e faltas, não poderia, também candidatar-se ao cargo de governador,

pelo fato de que, simplesmente, “quem não pode o menos, não pode o mais”(fl. 692). Admitidos os recursos (fls. 735-738), subiram os autos. A Procuradoria Geral da República, em Parecer lavrado pelo ilustre subprocurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, opina pelo desprovimento dos recursos extraordinários (fls. 757 – 761). Autos conclusos em 16.9.2005. É o relatório.

48. Colhe-se do voto do Ministro Carlos Velloso a distinção entre a distinção entre *substituição* e *sucessão*, por parte do Vice-Governador, em relação ao Governador, o que muito bem diferencia as duas funções, com ênfase mais uma vez de minha responsabilidade:

*O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO (Relator): A hipótese sob a apreciação é esta: o vice-governador foi eleito por duas vezes para o cargo de vice-governador. No segundo mandato, sucedeu o titular. Poderia ele reeleger-se ao cargo de governador? Porque teria o vice-governador, no seu primeiro mandato, substituído o governador, sustentam os recorrentes que a reeleição seria, no caso, para um terceiro mandato. O art. 14, § 5º, da CF estabelece que o Presidente da República, os Governadores e os Prefeitos e quem os houver sucedido ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente. O vice-governador, portanto, que substitui ou sucede o titular poderá concorrer à reeleição ao cargo de governador. Substituição pressupõe impedimento do titular; sucessão, vacância (CF, art. 79), certo que a reeleição há de ser interpretada relativamente a quem foi eleito para o cargo para o qual pretende disputar nova eleição, vale dizer, reeleger-se. Ora, o vice-governador foi eleito duas vezes para o cargo de vice-governador. No primeiro mandato, substituiu o titular; no segundo, sucedeu ao titular. Até aí não fora eleito governador e somente veio a exercer o cargo de governador, na plenitude deste, em sucessão ao titular, quando exercia o segundo mandato de vice-governador. Poderia, então, pleitear a reeleição para um segundo mandato de governador. E foi o que ocorreu. Realmente, o constituinte não foi feliz no redigir o § 5º do art. 14 da Constituição Federal, na utilização da expressão de “quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos”.*

*Isto foi bem ressaltado no voto da eminentíssima Ministra Ellen Gracie, Relatora do acórdão recorrido:*

*“[...] No mérito, esta Corte apreciou a matéria em duas oportunidades: por ocasião do julgamento das Consultas nºs 689 e 710, relator de ambas o eminentíssimo Ministro Fernando Neves. As consultas deram origem às Res. /*

*TSE nº 20.889, de 9.10.2001, e 21.026, de 12.3.2002. Ficou assentado, então, que, havendo o vice-reeleito ou não sucedido o titular, poderá se candidatar à reeleição, como titular, por um único mandato subsequente” (res./TSE nº 21.026). Conforme ressaltado pelo eminentíssimo Ministro Sepúlveda Pertence na Consulta nº 689, o preceito insculpido no art. 14, § 5º, da Constituição Federal é de redação infeliz quando trata de quem “houver sucedido ou substituído, no curso do mandato” o titular do Executivo. Naquela oportunidade, ficou estabelecido que o instituto da reeleição não pode ser negado a quem só precariamente tenha substituído o titular no curso do mandato, pois o vice não exerce o governo em sua plenitude. A reeleição deve ser interpretada strictu sensu, significando eleição para o mesmo cargo. O exercício da titularidade do cargo, por sua vez, somente se dá mediante eleição ou, ainda, por sucessão, como no caso dos autos. O importante é que este seja, o seu primeiro mandato como titular, como de fato o é, no caso do Sr. Geraldo Alckmin. Conforme destacado pelo Ministro Fernando Neves, “o fato de estar em seu segundo mandato de vice é irrelevante, pois sua reeleição se deu como tal, isto é, ao cargo de vice”. [...]*

Acentua, no ponto, com prioridade, o ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Roberto Gurgel Santos, no parecer de fls. 747-761:

“[...] 7. O texto constitucional não proíbe a candidatura daquele que tenha substituído precariamente o titular do cargo, uma vez que o exercício pleno do mandato somente se dá por meio da eleição e, no presente caso, o quadriênio 2003-2006 é o primeiro mandato do recorrido como governador do estado, não se revelando terceiro mandato consecutivo e não havendo, portanto, impedimento para o seu exercício. 8. Neste sentido a jurisprudência desse Egrégio Supremo Tribunal Federal: Elegibilidade: possibilidade de o Vice-Prefeito, que substitui o titular, concorrer à reeleição ao cargo de Prefeito Municipal (CF, art. 14, § 5º). 1. É certo que, na Constituição – como se afere particularmente do art. 79 – substituição do chefe do Executivo, “nos seus impedimentos”, pelo respectivo Vice, é expressão que se reserva ao exercício temporário das funções do titular, isto é, sem vacância, hipótese na qual se dá “sucessão”. 2. O caso, assim – exercício das funções de Prefeito pelo Vice, à vista do afastamento do titular por decisão judicial liminar e, pois, sujeita à decisão definitiva da ação -, o que se teve foi substituição e não, sucessão, sendo irrelevante a indagação, a que se prendeu o acórdão recorrido, sobre o ânimo definitivo com que o Vice-Prefeito assumiu o cargo, dada a impossibilidade da volta da Prefeita ainda

no curso do mandato. 3. A discussão, entretanto, é ociosa para a questionada aplicação à espécie do art. 14, § 5º, no qual, para o fim de permitir-se a reeleição, à situação dos titulares do Executivo são equiparadas não apenas a de quem “os houver sucedido”, mas também a de quem “os houver [...] substituído no curso do mandato”. 4. Certo, no contexto do dispositivo, o vocábulo *reeleição* é impróprio no tocante ao substituto, que jamais se fez titular do cargo, mas também o é com relação ao sucessor, que, embora tenha ascendido à titularidade dele, para ele não fora anteriormente eleito. 5. Reconhecido, mas desprovido. (RE nº 318.494/SE, Rel.; Min. Sepúlveda Pertence, DJ 3/9/2004 [...]. 9. Não se verifica a alegada violação à Constituição Federal, uma vez que o vice-governador apenas substituiu o governador no primeiro mandato, sucedendo-lhe no mandato seguinte, em razão de seu falecimento. A sucessão não retira a elegibilidade do recorrido para o cargo de governador no pleito de 2002, pois sua eleição não ocasionaria o exercício do cargo de titular do executivo estadual pela terceira vez consecutiva, sendo permitido que o vice – reeleito ou não – que tenha sucedido o titular, se candidate à reeleição, como titular, por um único mandato subsequente.

[...]" (Fls. 759-761)

Do exposto, conheço dos recursos, mas lhes nego provimento.

49. Definiu-se que há diferença entre *substituição* e *sucessão*, esta última qualificando o exercício definitivo de cargo de Governador, por parte do Vice-Governador, aquela primeira, meramente transitória. É o que extrai da ementa em seguida reproduzida, com ênfases minhas:

*EMENTA: CONSTITUCIONAL. ELEITORAL. VICE-GOVERNADOR ELEITO DUAS VEZES CONSECUTIVAS: EXERCÍCIO DO CARGO DE GOVERNADOR POR SUCESSÃO DO TITULAR: REELEIÇÃO: POSSIBILIDADE. CF, art. 14, § 5º. I. - Vice-governador eleito duas vezes para o cargo de vice-governador. No segundo mandato de vice, sucedeu o titular. Certo que, no seu primeiro mandato de vice, teria substituído o governador. Possibilidade de reeleger-se ao cargo de governador, porque o exercício da titularidade do cargo dá-se mediante eleição ou por sucessão. Somente quando sucedeu o titular é que passou a exercer o seu primeiro mandato como titular do cargo.II. - Inteligência do*

*disposto no § 5º do art. 14 da Constituição Federal. III. - RE conhecidos e improvidos.*

50. De tal modo, a situação ilustra *ratio decidendi* que aponta para o fato de que a adequada compreensão da regra do art. 28 da Constituição Federal deve se dar no seguinte contexto:

- a) o Governador é o eleito titular para o cargo;
- b) o Vice-Governador só é equiparado ao Governador quando o sucede, e não quando o substitui.

51. Por esse motivo, a perda de mandato prevista no § 1º do art. 28 da Constituição é resultante da situação ali descrita, em relação ao Vice-Governador, somente quando este *suceda*, e não *substitua* o titular do mandato.

52. Assim, e retomo ao precedente, do ponto de vista histórico, e à luz da *ratio decidendi* aqui apontada, o atual Governador do Estado de São Paulo não poderia ter concorrido ao governo daquela unidade federada em 2001, após ter sido Vice-Governador no mandato de Mário Covas (1995-1999) e depois em 1999-2001, por 22 meses, quando assumiu o mandato com o falecimento do titular.

53. Ao tratar eventualmente da mesma matéria, no futuro, deveria o Supremo Tribunal Federal seguir a mesma linha, na exata compreensão das distinções que há, do ponto de vista constitucional, em relação aos diplomas de Governador e de Vice-Governador.

54. Bem entendido, não está se discutindo aqui o conflito de interesses, a impossibilidade do acúmulo de funções, a teoria do poder hierárquico administrativo, o tema da honra e do decoro do cargo. Estes temas são de alcance político, exigem avaliação política, no contexto de circunstâncias empíricas, ainda não ocorridas.

55. A distinção entre os papéis de Governador e de Vice-Governador ainda é alcançada, no plano da história de nosso Direito Constitucional, quando se discutiu a possibilidade (deferida) de eleição indireta para Vice-Governador, nos Estados do Rio Grande do Norte, e da antiga Guanabara. No primeiro caso, cuida-se da Rp 604/RN, relatada pelo Ministro Victor Nunes Leal, em julgamento de 26 de abril de 1967; no segundo exemplo, ainda mais pretérito, trata-se da Rp 600/GB, relatada pelo Ministro Luiz Gallotti, julgada em 19 de abril de 1965.

56. Em síntese, nesse ponto, não há vedação da Constituição Federal para que Vice-Governador exerça o cargo de Ministro de Estado, dado que não se desafia, na hipótese, a regra do art. 87 da Constituição, bem como não se aplica a norma do § 1º do art. 28 da mesma Constituição, que é referente a Governador de Estado, e não a Vice-Governador, só alcançando este último na hipótese de suceder, e não se substituir eventualmente, ao Chefe de Executivo Estadual.

#### IV) A QUESTÃO NA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO

57. Cuida-se agora das disposições da Constituição do Estado de São Paulo. O art. 37 daquela Constituição Estadual, na redação dada pela Emenda Constitucional estadual nº 21, de 14 de fevereiro de 2006, dispõe que o Poder Executivo é exercido pelo Governador do Estado, eleito para um mandato de quatro anos, podendo ser reeleito para um único período subsequente, na forma estabelecida na Constituição Federal.

58. O art. 38 desenha com muita clareza a distinção entre *substituição* e *sucessão*, por parte do Vice-Governador. A *substituição* se dá em caso de impedimento, a *sucessão*, no caso de vacância do cargo. Além do que, dispõe também que o Vice-Governador conta com atribuições conferidas por lei complementar, devendo também auxiliar o Governador, sempre que por este convocado para missões especiais. A distinção entre *substituição* e *sucessão* é que instrumentalizou o Supremo Tribunal Federal na decisão proferida no RE 366488/SP, acima explicitada.

59. O conceito de *substituição* também substancializou decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 3647/MA, relatada pelo Ministro Joaquim Barbosa, e julgada em 17 de setembro de 2007, cuja ementa segue, com grifos meus:

*EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO MARANHÃO. IMPEDIMENTO OU AFASTAMENTO DE GOVERNADOR OU VICE-GOVERNADOR. OFENSA AOS ARTIGOS 79 E 83 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE DE “ACEFALIA” NO ÂMBITO DO PODER EXECUTIVO. PRECEDENTES. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. A ausência do Presidente da República do país ou a ausência do Governador do Estado do território estadual ou do país é uma causa temporária que impossibilita o cumprimento,*

*pelo Chefe do Poder Executivo, dos deveres e responsabilidades inerentes ao cargo.* Desse modo, para que não haja acefalia no âmbito do Poder Executivo, o presidente da República ou o Governador do Estado deve ser devidamente substituído pelo vice-presidente ou vice-governador, respectivamente. *Inconstitucionalidade do § 5º do art. 59 da Constituição do Estado do Maranhão, com a redação dada pela Emenda Constitucional Estadual 48/2005.* Em decorrência do princípio da simetria, a Constituição Estadual deve estabelecer sanção para o afastamento do Governador ou do Vice-Governador do Estado sem a devida licença da Assembleia Legislativa. *Inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 62 da Constituição maranhense, com a redação dada pela Emenda Constitucional Estadual 48/2005.* Repristinação da norma anterior que foi revogada pelo dispositivo declarado inconstitucional. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

60. Logo em seguida, no art. 39, dispõe o legislador paulista que a eleição do Governador e do Vice-Governador deve se realizar no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato de seus antecessores; a posse ocorrerá em primeiro de janeiro do ano subsequente.

61. O art. 40 dispõe que em caso de impedimento do Governador e do Vice-Governador, ou no caso de vacância dos respectivos cargos, serão sucessivamente chamados ao exercício da Governança o Presidente da Assembleia Legislativa e o Presidente do Tribunal de Justiça. É regra fundamental para a compreensão de vários problemas que serão adiante colocados.

62. Dispõe-se também (art. 41) que no caso de vaga dos cargos de Governador e Vice-Governador, deve se fazer nova eleição, noventa dias depois de aberta a última vaga. O art. 42 trata tão somente do Governador, identificando caso de perda de mandato, no sentido de que perderá a representação o Governador que assumir outro cargo ou função na administração pública direta ou indireta, ressalvada a posse em virtude de concurso público e observado o disposto na Constituição Federal. Defende-se aqui que ao Vice-Governador somente se aplica essa regra na hipótese de sucessão.

63. Fixou-se também (art. 43) que o Governador e o Vice-Governador tomarão posse perante a Assembleia Legislativa, prestando

compromisso de cumprir e fazer cumprir a Constituição Federal e a do Estado e de observar as leis. Determina-se também (parágrafo único do art. 43), que, se decorridos dez dias da data fixada para a posse, o Governador ou o Vice-Governador, salvo motivo de força maior, não tiver assumido o cargo, este será declarado vago.

64. Ato contínuo, no art. 44, dispõe-se que o Governador e o Vice-Governador não poderão, sem licença da Assembleia Legislativa, ausentar-se do Estado por período superior a quinze dias, sob pena de perda do cargo. É regra cogente, absoluta, que deve ser respeitada, que não pode ser artificialmente afastada.

65. Como se observará, no exercício do cargo de Ministro de Estado, não poderá o Vice-Governador do Estado de São Paulo deixar aquela unidade federada, por prazo superior ao previsto na Constituição estadual, a menos que peça licença. Esta deverá ser amplamente motivada, na qual deve o interessado indicar as razões da viagem, o roteiro e a previsão de gastos.

66. O art. 45 é regra de aplicação exclusiva ao Governador, vinculando o Vice-Governador, tão somente, nas hipóteses de *sucessão*, e não de *substituição*. De tal modo, o chefe do Executivo paulista deverá residir na Capital do Estado.

67. Há norma para Governador e Vice-Governador no que se refere à declaração pública de bens, no ato da posse e no término do mandato (art. 46). A Constituição do Estado de São Paulo elenca o rol de competências do Governador<sup>35</sup>, não o fazendo quanto ao Vice-

<sup>35</sup> Artigo 47 - Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição: I - representar o Estado nas suas relações jurídicas, políticas e administrativas; II - exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual; III - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como, no prazo nelas estabelecido, não inferior a trinta nem superior a cento e oitenta dias, expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução, ressalvados os casos em que, nesse prazo, houver interposição de ação direta de constitucionalidade contra a lei publicada; IV - vetar projetos de lei, total ou parcialmente; V - prover os cargos públicos do Estado, com as restrições da Constituição Federal e desta Constituição, na forma pela qual a lei estabelecer; VI - nomear e exonerar livremente os Secretários de Estado; VII - nomear e exonerar os dirigentes de autarquias, observadas as condições estabelecidas nesta Constituição; VIII - decretar e fazer executar intervenção nos Municípios, na forma da Constituição Federal e desta Constituição; IX - prestar contas da administração do Estado à Assembleia Legislativa, na forma desta Constituição; X - apresentar à Assembleia Legislativa, na sua sessão inaugural, mensagem sobre a situação do Estado, solicitando medidas de interesse do Governo; XI - iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição; XII - fixar ou alterar, por decreto, os quadros, vencimentos e vantagens do pessoal das fundações instituídas ou mantidas pelo Estado, nos termos da lei; XIII - indicar diretores de sociedade de economia mista e empresas públicas; XIV - praticar os demais atos de administração, nos

Governador pela simples ilação de que ao Vice-Governador cabem as mesmas tarefas do Governador, *transitoriamente*, quando em *substituição*, e definitivamente, quando em *sucessão*.

68. Como se pode observar, a Constituição do Estado de São Paulo contempla apenas o Governador, nas hipóteses dos arts. 42 (perda de mandato pelo fato de assumir outro cargo ou função na administração pública direta ou indireta), do art. 45 (dever de fixar residência na Capital do Estado), do art. 47 (atribuições), do art. 48 (responsabilidade) e do art. 49 (processamento do Governador, por parte do Superior Tribunal de Justiça, nas infrações penais comuns). Nas demais regras, arts. 39, 40, 41, 43 e 46, há disposição expressa relativa ao alcance para o Governador e para o Vice-Governador.

69. O art. 48 é substancialmente enfático, na medida em que trata de crimes do Governador ou de seus Secretários; não há menção ao Vice-Governador. A responsabilização deste último dá-se quando atuando como *sucessor* ou como *substituto* do titular.

70. A regra relativa à perda de mandato é aplicável somente ao Governador, a exemplo do que ocorre no contexto do § 1º do art. 28 da Constituição Federal. Alcança-se o Vice-Governador na hipótese, tão somente, de *sucessão*, ou, no limite, de *substituição*, quando não se tenha uma desincompatibilização também transitória, a exemplo da fruição de eventual licença.

71. Deve, no entanto, o Ministro que acumular a função com a de Vice-Governador, não se ausentar do Estado, por período superior a quinze dias, necessitando de autorização expressa da Assembleia Legislativa estadual, quando necessitar de extrapolar a este período.

---

limites da competência do Executivo; XV - subscrever ou adquirir ações, realizar ou aumentar capital, desde que haja recursos hábeis, de sociedade de economia mista ou de empresa pública, bem como dispor, a qualquer título, no todo ou em parte, de ações ou capital que tenha subscrito, adquirido, realizado ou aumentado, mediante autorização da Assembleia Legislativa; XVI - delegar, por decreto, a autoridade do Executivo, funções administrativas que não sejam de sua exclusiva competência; XVII - enviar à Assembleia Legislativa projetos de lei relativos ao plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, dívida pública e operações de crédito; XVIII - enviar à Assembleia Legislativa projeto de lei sobre o regime de concessão ou permissão de serviços públicos; XIX - dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração estadual, quando não implicar em aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos. Parágrafo único - A representação a que se refere o inciso I poderá ser delegada por lei de iniciativa do Governador, a outra autoridade.

Ainda que recorrentemente debatida no Supremo Tribunal Federal<sup>36</sup>, em outras circunstâncias<sup>37</sup>, especialmente quanto à dilação desse tempo, ou mesmo de não fixação no texto constitucional de tempo determinado, tem-se norma cogente, que o Vice-Governador de São Paulo, no exercício do cargo de Ministro de Estado, deverá respeitar.

72. As atribuições do Vice-Governador, nos termos da Constituição Bandeirante, deverão ser definidas por lei complementar<sup>38</sup>; ao que consta, e tanto quanto se conseguiu alcançar no repertório de leis da unidade federada aqui estudada, não há notícias da aludida lei complementar.

73. Não há regra explícita problematizando o exercício de pasta ministerial aqui debatido, ao contrário do que se verificou na Constituição Paulista de 1891, na qual se dispunha que o Presidente e o Vice-Presidente<sup>39</sup> não poderiam, sob pena de perder o cargo, sair do Território do Estado, nem aceitar emprego ou comissão do governo federal, sem licença do Congresso<sup>40</sup>.

---

36 Supremo Tribunal Federal. ADI 1172/DF, relatada pela Ministra Ellen Gracie, julgamento em 19 de março de 2003. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 96, CAPUT DA LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL. ART. 49, III, DA CF. LICENÇA DA CÂMARA LEGISLATIVA PARA QUE O GOVERNADOR OU O VICE SE AUSENTEM DO TERRITÓRIO DISTRITAL POR MAIS DE QUINZE DIAS. SIMETRIA FEDERAL. CONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO IMPUGNADO. Este Supremo Tribunal já julgou procedentes ações diretas que contestaram a ausência de previsão, nas Constituições Estaduais, de um prazo razoável no qual o Governador pudesse se ausentar do território nacional sem a necessidade de autorização do Poder Legislativo local (ADIMC nº 678, Rel. Min. Marco Aurélio, ADIMC nº 738, Rel. Min. Paulo Brossard, vencido, ADIMC nº 2.453, Rel. Min. Maurício Corrêa e, em julgamento definitivo, as ADIns nº 703 e nº 743, ambas de minha relatoria). No presente caso, observa-se que ao contrário do alegado, o disposto no caput do art. 96 da Lei Orgânica do Distrito Federal harmoniza-se perfeitamente com o modelo federal, concedendo ao Governador um prazo para as ausências ocasionais dos limites do DF, sem que careça da prévia autorização da Câmara Legislativa. Existência de conformação entre o princípio da liberdade de locomoção do cidadão com a prerrogativa institucional do Poder Legislativo em fiscalizar os atos e os comportamentos dos governantes. Precedente: ADIMC nº 678, Rel. Min. Marco Aurélio. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

37 Supremo Tribunal Federal. ADI 678/RJ, relatada pelo Ministro Carlos Velloso. EMENTA: - CONSTITUCIONAL. GOVERNADOR DO ESTADO: AUSÊNCIA DO TERRITÓRIO NACIONAL POR QUALQUER PRAZO: EXIGÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO PRÉVIA DA ÁSSEMBLÉIA LEGISLATIVA: INCONSTITUCIONALIDADE. Constituição do Estado do Rio de Janeiro, inc. IV do art. 99; § 1º do art. 143. Constituição Federal, artigo 49, III. I. - Extensibilidade do modelo federal - C.F. art. 49, III - aos Estados- membros: a autorização prévia da Assembleia Legislativa para o Governador e o Vice- Governador se ausentarem do território nacional será exigida, se essa ausência exceder a quinze dias. II. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

38 Parágrafo único do art. 38.

39 Presidente e Vice-Presidente eram como se identificavam o Governador e o Vice-Governador.

40 Como então se denominava a Assembleia Legislativa Estadual.

74. A par da indicação expressa do Vice-Governador (Vice-Presidente) havia clara menção da possibilidade do exercício do cargo federal, mediante autorização da Assembleia Legislativa (o então Congresso Estadual). Não são muito distintas as soluções da Constituição Estadual de 1890<sup>41</sup>; a Constituição Paulista de 1935 apenas mencionava a figura do Governador<sup>42</sup>; o Vice-Governador reaparece no texto de 1947<sup>43</sup>. A aplicação de regras referentes ao Governador, quanto ao Vice-Governador, contava com previsão explícita, em relação a artigo específico, na Constituição paulista de 1967<sup>44</sup>.

75. Em conclusão, no que se refere à Constituição do Estado de São Paulo, do ponto de vista estritamente jurídico, e afirmando que a nomeação do Vice-Governador para a chefia de pasta ministerial não tem como consequência a perda do mandato na unidade federada; e

41 Artigo 30. - O Poder Executivo é confiado exclusivamente ao Governador do Estado. § 1º - Substitui o Governador em seus impedimentos, e sucede-lhe, no caso de falta, o Vice-Governador eleito simultaneamente com ele. [...] Artigo 31. - O governador exercerá o cargo por quatro anos não podendo ser reeleito para o quadriénio seguinte. O quadriénio começará a 3 de maio. § 1º - O Vice-Governador que exercer o Governo no último ano do quadriénio não poderá ser eleito Governador para o quadriénio seguinte. § 2º - O Governador deixará o exercício de suas funções no mesmo dia em que terminar o quadriénio, sucedendo-lhe imediatamente o recém-eleito. § 3º - Si este achar-se impedido ou faltar, a substituição far-se-á nos termos do artigo 30 § 2º. [...] Artigo 33. O Governador e Vice-Governador não poderão sair do território do Estado, sem licença do Congresso, nos casos em que esta for exigida por lei, sob pena de perder o cargo.

42 Art. 25 - O Poder Executivo é exercido pelo Governador, com mandato de quatro anos. [...] Art. 28 - A eleição do Governador, por sufrágio universal, direto e secreto e maioria de votos, realizar-se-á noventa dias antes de findar o quadriénio. [...] Art. 29 - A posse do Governador eleito dar-se-á perante a Assembleia ou se esta não se reunir, perante a Corte de Apelação. Parágrafo Único - Seus substitutos, nos casos do art. 28, § 3º, assumirão o cargo dentro em quarenta e oito horas, da verificação da vaga, falta, ou impedimento. Art. 30 - Decorridos trinta dias da data fixada para a posse, se o Governador, salvo força maior, não houver assumido o poder, o Tribunal Regional de Justiça Eleitoral declarará vago o cargo, e marcará dia para a nova eleição. [...] Art. 32 - O Governador residirá na Capital e, sem permissão da Assembleia, não poderá retirar-se do território do Estado por mais de trinta dias, sob pena de perda do mandato, salvo motivo de força maior, que lhe impossibilite o regresso dentro no referido prazo.

43 Artigo 34 - O Poder Executivo é exercido pelo Governador, eleito por maioria, mediante voto secreto, em sufrágio universal e direto, com mandato por quatro anos. Artigo 35 - Substituir o Governador, nos seus impedimentos, e sucede-lhe, em caso de vaga, o Vice-Governador. [...] Artigo 36 - O Vice-Governador será eleito conjuntamente com o Governador e com ele terminará o seu mandato, devendo satisfazer às mesmas condições de elegibilidade. [...] Artigo 40 - O Governador residirá na capital do Estado e deste não poderá ausentar-se por mais de quinze dias consecutivos sem licença, salvo motivo de força maior que lhe impossibilite o regresso dentro desse prazo, a juízo da Assembleia. [...]

44 Artigo 31 - O Presidente da Assembleia declarará vago o cargo de Governador se o seu titular não tomar posse dentro de trinta dias da data designada, salvo motivo de força maior. Declarada a vacância, far-se-á nova eleição para restante do período. Parágrafo único - Aplica-se ao Vice-Governador o disposto neste artigo em relação ao Governador.

levando-se em conta a inexistência de lei complementar fixando regime de atribuições, afirma-se que poderia o Vice-Governador exercer o cargo de Ministro de Estado:

- a) desde que não se ausente do Estado de São Paulo por prazo superior a quinze dias, suscitando autorização caso pretenda transcender a este tempo, não se constando caso inequívoco de perda de mandato;
- b) desde que quando chamado a substituir ao Governador se licencie do múnus de chefe de pasta ministerial, de modo que não se aplique a regra do art. 42 da Constituição paulista.

76. Além do que, uma vez chamado a suceder ao Governador (por qualquer forma de vacância), o Vice-Governador deve optar entre o exercício da chefia da pasta ministerial ou a Chefia do Governo do Estado. Não se pode falar em conflito de interesses dado eventual dissenso ideológico entre chefia dos Executivos nos Estados e na União. O conflito é natural na política, o dissenso existe em todos os níveis; a democracia é o modelo que permite a acomodação de todas as tendências, em torno do bem comum.

## V) O PROBLEMA NAS DEMAIS CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS BRASILEIRAS

77. Trato, em seguida, da situação nas demais constituições estaduais. Na Constituição do Acre há distinção entre *substituição* e *sucessão*; aquela primeira é transitória, esta última é definitiva (art. 69). A regra referente à perda de mandato é também exclusivamente dirigida ao Governador, que perderá o mandato quando assumir outro cargo ou função na administração pública direta ou indireta, ressalvada a posse em virtude concurso público (art. 75). Por exemplo, há no Acre possibilidade de confecção de medida provisória estadual, de competência do Governador<sup>45</sup>, tão somente, não extensiva ao Vice-Governador, exceto quando esta *substitua* ou *suceda* ao titular.

---

<sup>45</sup> Art. 79. Em caso de relevância e urgência, o Governador do Estado poderá adotar medidas provisórias, com força de Lei, devendo submetê-las de imediato à Assembleia Legislativa que, se estiver em recesso, será convocada extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias. § 1º As medidas provisórias perderão a eficácia desde sua edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo a Assembleia Legislativa disciplinar, obrigatoriamente, as relações jurídicas delas decorrentes. § 2º As medidas provisórias não apreciadas pela Assembleia Legislativa nem convertidas em lei não podem ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

78. Na Constituição alagoana, também se dispõe que o Poder Executivo é exercido pelo Governador do Estado, auxiliado por seus secretários (art. 101). Dispõe-se também que o Vice *substituirá* o Governador no caso de impedimento, *sucedendo-o* na hipótese de vacância (art. 104). No caso da Constituição alagoana, há disposição expressa de que Governador e Vice-Governador percam o cargo, na hipótese de assumirem outro cargo na administração pública<sup>46</sup>. Além do que, há amplo rol das atribuições do Governador, e do Vice-Governador<sup>47</sup>, ainda que se indique na seção II as atribuições do Governador e do Vice-Governador, enquanto que no início do art. 107 fixe-se tão somente competência do Governador do Estado, não se mencionando o respectivo Vice.

79. Na Constituição do Amapá a Seção I do Capítulo II trata do Governador e do Vice-Governador do Estado. Dispõe-se que *ambos* residirão na capital, bem como que perderão o mandato se se ausentarem do País ou do Estado por mais de quinze dias, sem prévia autorização da Assembleia Legislativa (§ 1º do art. 118), o que não ocorre na Constituição do Estado de São Paulo, como já identificado. O regime de atribuições

<sup>46</sup> Art. 106 – Perderá o mandato o Governador e o Vice-Governador do Estado, quando no exercício do cargo de Governador, que se ausentar do território estadual por período superior a quinze dias, sem autorização da Assembleia Legislativa Estadual, ou ainda que assumir outro cargo ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional pública, exceto quando se tratar de posse em virtude de concurso público, vedado o correspondente desempenho.

<sup>47</sup> Art.107 – Compete privativamente ao Governador do Estado: I - nomear e exonerar aos Secretários de Estado; II - exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual; III - iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição; IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; V - vetar projetos de lei, total ou parcialmente; VI - dispor sobre a organização e funcionamento da administração estadual, na forma da lei; VII - decretar e executar a intervenção estadual; VIII - remeter mensagem e plano de Governo à Assembleia Legislativa Estadual, por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do Estado e solicitando as providências que reconhecer necessárias; IX - nomear, após aprovação pela Assembleia Legislativa Estadual, o Procurador-Geral do Estado, o Procurador-Geral de Justiça, o Comandante-Geral da Polícia Militar e os Conselheiros do Tribunal de Contas, bem como outros servidores, quando assim disposto nesta Constituição e na lei; X - nomear os magistrados, nos casos previstos nesta Constituição; XI - conferir condecorações e distinções honoríficas; XII - enviar, à Assembleia Legislativa Estadual, o plano plurianual de investimentos e as propostas de orçamento previstas nesta Constituição; XIII - prestar anualmente, à Assembleia Legislativa Estadual, dentro dos sessenta dias após a abertura de cada sessão legislativa, as contas relativas ao exercício anterior; XIV - prover os cargos públicos, na forma da lei, e propor a sua extinção; XV - exercer outras atribuições previstas nesta Constituição. Parágrafo único - O Governador do Estado poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI e XIV aos Secretários de Estado e ao Procurador Geral do Estado, além de outras atribuições que lhe forem conferidas por lei complementar, auxiliar o Governador, sempre que por ele for convocado para o desempenho de missões especiais.

é afeto apenas ao Governador, não se mencionando o Vice-Governador (art. 119).

80. Na Constituição do Amazonas a determinação para que o Chefe do Executivo resida na capital do Estado é dirigida apenas ao Governador (art. 51). As hipóteses de perda de mandato, pelo fato do exercício de outro cargo público, a exemplo do que ocorre no Estado de São Paulo, é regra que atinge apenas ao Governador (art. 57).

81. Na Constituição da Bahia dispõe-se que o Governador e Vice-Governador não poderão, sem licença da Assembleia Legislativa, ausentar-se do País e do Estado, por período superior, respectivamente, a quinze e a trinta dias, sob pena de perda do mandato (art. 104). Trata-se, indubitavelmente, de regra que alcança tanto o Governador quanto seu Vice.

82. A regra relativa à perda de mandato é também referente apenas ao governador, que perderá o mandato se assumir outro cargo ou função na Administração Pública direta ou indireta, ressalvada a posse em virtude de concurso público, se não tomar posse, salvo motivo de força maior, na data fixada ou dentro da prorrogação concedida pela Assembleia Legislativa; se for condenado por crime comum ou de responsabilidade; se perder ou tiver suspensos os direitos políticos; se não reassumir, salvo motivo de força maior, o exercício do cargo, até trinta dias depois de esgotado o prazo da licença concedida<sup>48</sup>.

83. Na Constituição da Paraíba, quanto à obrigatoriedade de residência na capital do Estado, disciplinou-se no parágrafo único do art. 85 que o Governador residirá, obrigatoriamente, na Capital, não podendo ausentar-se do Estado por mais de quinze dias consecutivos sem a transmissão do cargo ao seu substituto constitucionalmente previsto, sob pena de perda do cargo (parágrafo único do art. 85). A regra também não menciona o Vice-Governador, ainda que o *caput* do aludido artigo trate do Governador e do Vice-Governador, quanto à ausência do País. Não se menciona a ausência em relação ao próprio Estado.

84. Na Constituição do Ceará houve disposição relativa aos subsídios do Vice-Governador, com identificação de remuneração equivalente a dois terços da remuneração atribuída ao Governador (§ 2º do art. 84) o que distingue, mais uma vez, os dois diplomas.

---

<sup>48</sup> Constituição da Bahia, incisos do parágrafo único do art. 104.

85. Na Lei Orgânica do Distrito Federal a regra referente ao dever de residência contempla tanto o Governador quanto o Vice-Governador. No contexto da legislação orgânica do Distrito Federal, ao contrário do que ocorre nas demais constituições estaduais, é permanente regramento que trata as duas autoridades, do mesmo modo, e sob a mesma rubrica, na mesma topografia discursiva<sup>49</sup>.

86. Por outro lado, a regra referente à perda do mandato é aplicável somente ao Governador<sup>50</sup>ou, no limite, ao Vice, na hipótese de *substituição* ou de *sucessão*, conceito que esta lei orgânica utiliza, a exemplo de todos os outros textos constitucionais decorrentes que o Brasil conhece.

87. Na Constituição do Espírito Santo a hipótese de perda de mandato também é referente ao Governador (art. 87). No Estado de Goiás, de igual modo (art. 36), no que se refere à ausência do Estado ou do País, por mais de quinze dias, bem como nas hipóteses de perda de mandato.

88. Na Constituição do Maranhão há regra determinando residência na capital do Estado (em relação ao Governador)<sup>51</sup> e, no mesmo artigo, regra para Governador e Vice, referente à ausência, estadual e internacional, por período superior a quinze dias, sem licença da Assembleia Legislativa. De igual modo, na Constituição do Mato Grosso (art. 64<sup>52</sup>).

89. No caso do Mato Grosso do Sul a regra de residência e de proibição de ausência é referente ao Governador, não se mencionando

49 Art. 95. O Governador e o Vice-Governador deverão residir no Distrito Federal. Art. 96. O Governador e o Vice-Governador não poderão, sem licença da Câmara Legislativa, ausentar-se do Distrito Federal por período superior a quinze dias, sob pena de perda do cargo. § 1º A licença a que se refere o caput deste artigo deverá ser justificada. § 2º O Governador e o Vice-Governador do Distrito Federal poderão afastar-se durante trinta dias, a título de férias, em cada ano de seu mandato. Art. 97. O Governador e o Vice-Governador deverão, no ato da posse e no término do mandato, fazer declaração pública de bens. Art. 98. Aplicam-se ao Governador e ao Vice-Governador, no que couber, as proibições e impedimentos estabelecidos para os Deputados Distritais, fixados no art. 62.

50 Art. 99. Perderá o mandato o Governador que assumir outro cargo ou função na administração pública direta ou indireta, federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal, ressalvada a posse em virtude de concurso público e observado o disposto no art. 38, I, IV e V da Constituição Federal.

51 Art. 62 da Constituição do Maranhão.

52 Art. 64 O Governador deve residir na Capital do Estado. § 1º O Governador e o Vice-Governador não poderão, sem licença da Assembleia Legislativa, ausentar-se do País, por qualquer tempo, nem do Estado, por mais de quinze dias, sob pena de perda do cargo. § 2º Tratando-se de viagem oficial, o Governador, no prazo de quinze dias a partir da data do retorno, deverá enviar à Assembleia Legislativa relatório circunstanciado sobre resultado da mesma.

o Vice<sup>53</sup>; além do que, não há, ao que consta, menção de perda do cargo pelo exercício de outro cargo na administração pública.

90. Na Constituição de Minas Gerais o tema da perda de mandato é centrado na figura do Governador<sup>54</sup> e, de idêntica forma, a residência na Capital, bem como a ausência do território do Estado<sup>55</sup>. Na Constituição do Estado do Pará a regra da residência é projetada no Governador e no Vice<sup>56</sup>; a perda de mandato, por força de assunção de outro cargo ou função é centrada no Governador<sup>57</sup>.

91. Na Constituição do Estado do Paraná a regra de ausência é um pouco distinta das demais constituições; Governador e Vice-Governador não podem se ausentar do País, por qualquer tempo, e do Estado, por tempo superior a quinze dias, sob pena do cargo, sem a correspondente licença da Assembleia Legislativa<sup>58</sup>. Quanto à perda do mandato, por exercício de outro cargo ou função na administração pública, a referência é também exclusiva ao Governador<sup>59</sup>.

---

53 § 2º do art. 88 da Constituição do Mato Grosso do Sul: O Governador residirá na Capital e não poderá, sem prévia permissão da Assembleia Legislativa, ausentar-se do País, por qualquer tempo, nem do Estado, por mais de dez dias, sob pena de perda do cargo.

54 Art. 84, § 1º Perderá o mandato o Governador do Estado que assumir outro cargo ou função na administração pública direta ou indireta, ressalvada a posse em virtude de concurso público e observado o disposto no art. 26, I, IV e V.

55 Art. 89. O Governador residirá na Capital do Estado e não poderá, sem autorização da Assembleia Legislativa, ausentar-se do Estado por mais de quinze dias consecutivos, sob pena de perder o cargo.

56 Art. 132. O Governador e o Vice-Governador deverão residir na região metropolitana de Belém e dela não podem ausentar-se por mais de quinze dias consecutivos, nem do Território Nacional, por qualquer tempo, sem prévia autorização da Assembleia Legislativa, sob pena de perda do cargo. § 1º. Tratando-se de autorização para viagem oficial ao exterior, o Governador ou o Vice-Governador, no retorno, remeterá relatório circunstanciado à Assembleia Legislativa, com informações detalhadas dos assuntos tratados fazendo a remessa de contrato, convênios, protocolos ou acordos celebrados com entidades públicas ou privadas, desde que causem direta ou indiretamente, ônus ao Estado. § 2º. O afastamento do Governador do Estado, até quinze dias, prescinde de autorização legislativa e de transmissão do cargo ao seu substituto legal.

57 Art. 133. Aplicam-se ao Governador e ao Vice-Governador, no que couber, as proibições e impedimentos estabelecidos para os Deputados Estaduais. Parágrafo Único. Perderá o mandato o Governador que assumir outro cargo ou função na administração pública direta ou indireta, ressalvada a posse em virtude de concurso público e observado o disposto no art. 38, I, IV e V, da Constituição Federal.

58 Art. 86. O Governador e o Vice-Governador não poderão, sem licença da Assembleia Legislativa, ausentar-se do País, por qualquer tempo, e do Estado, quando a ausência exceder a quinze dias, sob pena de perda do cargo.

59 Art. 86, parágrafo único. Perderá o mandato o Governador que assumir outro cargo ou função na administração pública direta ou indireta, ressalvada a posse em virtude de concurso público e observado o disposto no art. 38, I, IV, e V, da Constituição Federal.

92. A Constituição do Pernambuco segue as linhas gerais das demais constituições estaduais<sup>60</sup>, quanto a regra de licença, de perda de mandato e da cindibilidade entre *substituição* e *sucessão*. A Constituição do Piauí segue o mesmo contexto das demais constituições, fracionando o regramento de Governador e de Vice-Governador<sup>61</sup>.

93. Na Constituição do Rio Grande do Norte há algumas peculiaridades. Ao Governador e ao Vice se aplicam os impedimentos previstos na Constituição Federal para o Presidente da República (art. 63). E ainda, veda-se ao Governador e ao Vice, bem assim aos seus ascendentes, descendentes, irmãos, cunhados, durante o cunhadío, e cônjuges, ou a empresas de que participem, contrair empréstimo em instituição financeira na qual o Estado seja detentor de mais da metade das respectivas ações, com direito a voto (parágrafo único do art. 63).

94. Na Constituição do Rio de Janeiro há fracionamento nas regras de Governador e Vice, no que se refere a residência, ausência e perda de mandato<sup>62</sup>; deve-se observar que ao Vice-Governador só há necessidade

---

60 Art. 35. O Governador e o Vice-Governador não poderão, sem licença da Assembleia Legislativa, ausentar-se do Estado por período superior a quinze dias, sob pena de perda do cargo. §1º Perderá o mandato o governador que assumir outro cargo ou função na administração pública, direta e indireta, ressalvada a hipótese de posse em virtude de concurso público e observado o disposto no art. 38 I, IV e V, da Constituição da República Federativa do Brasil. (Redação alterada pelo art. 1º da Emenda Constitucional nº 16, de 4 de junho de 1999). §2º A renúncia do Governador tornar-se-á efetiva com o recebimento e leitura da respectiva mensagem, em Plenário da Assembleia Legislativa.

Art. 36. Substituirá o Governador, no caso de impedimento, e suceder-lhe-á, no de vaga, o Vice-Governador. §1º Em caso de impedimento e ausência do Governador e do Vice-Governador, ou vacância dos respectivos cargos, serão chamados, sucessivamente, ao exercício do cargo, o Presidente da Assembleia Legislativa e o Presidente do Tribunal de Justiça. §2º Vagando os cargos de Governador e Vice-Governador do Estado, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a última vaga.

61 Art. 99 – O Governador deve residir na Capital do Estado. § 1º – O Governador não pode ausentar-se do Estado por mais de quinze dias consecutivos, nem do País, por qualquer prazo, sem prévia autorização da Assembleia Legislativa, sob pena de perda do mandato. § 2º O Vice-Governador não poderá, sem prévia autorização da Assembleia Legislativa, ausentar-se do País por mais de quinze dias consecutivos, sob pena de perda do mandato. § 3º – Tratando-se de viagem oficial ao exterior, o Governador e o Vice-Governador, no prazo de quinze dias, a partir da data do retorno, deverão enviar à Assembleia Legislativa relatório circunstanciado sobre os resultados obtidos.

62 Art. 143 - O Governador residirá na Capital do Estado. § 1º - O Governador não pode ausentar-se do Estado por mais de quinze dias consecutivos, nem do Território Nacional por qualquer prazo, sem prévia autorização da Assembleia Legislativa, sob pena de perda do cargo. § 2º - O Vice-Governador não pode ausentar-se do Território Nacional por mais de quinze dias consecutivos, sem prévia autorização da Assembleia Legislativa, sob pena de perda do cargo. § 3º - Tratando-se de viagem oficial, o Governador, no prazo de quinze dias a partir da data do retorno, deverá enviar à Assembleia Legislativa relatório circunstanciado sobre o resultado da mesma.

de autorização para ausência, por parte da Assembleia Legislativa, na hipótese de deixar o Território Nacional.

95. Na Constituição do Rio Grande do Sul dispõe-se que Governador e Vice não poderão, sem licença da Assembleia Legislativa, ausentarse do País, por qualquer tempo, nem do Estado, por mais de quinze dias, sob pena de perda do cargo (art. 81). A Constituição do Estado de Roraima dispõe que não perderá o mandato o Vice-Governador quando investido na função de Secretário de Estado ou de Presidente de Órgão da Administração Indireta do Poder Executivo Estadual ou atribuição definida em Lei Complementar Estadual (art. 58).

96. Trata-se de situação recorrente nas administrações estaduais brasileiras. Flavio Arns, Vice-Governador no Paraná, é Secretário de Educação naquela unidade federada. Chico Daltro, Vice-Governador no Mato Grosso, é Secretário das Cidades. Em 2008, Pedro Paulo Dias de Carvalho, eleito Vice-Governador no Amapá, chefiou a Secretaria de Saúde naquele Estado. João Soares Lyra Neto, eleito Vice-Governador do Pernambuco em 2006, atuou como Secretário de Saúde.

97. Na década de 1990, Renato Casagrande foi Secretário de Agricultura no Espírito Santo, ainda que eleito Vice-Governador. Além, evidentemente, no modelo Federal, o exercício simultâneo da Vice-Presidência com o Ministério da Defesa, por parte de José de Alencar. No Estado de Santa Catarina a regra de residência atinge Governador e Vice<sup>63</sup>; a regra da perda de mandato pelo exercício de outro cargo ou função faz referência exclusiva ao Governador<sup>64</sup>.

98. No Estado de Sergipe a regra da perda de mandato era referente ao Governador e a seu Vice<sup>65</sup>; a disposição foi alterada por intermédio de emenda constitucional estadual, datada de 1996, que excluiu o Vice-

---

63 Art. 70. O Governador e o Vice-Governador do Estado residirão na Capital do Estado e não poderão, sem licença da Assembleia Legislativa, ausentarse do território nacional ou estadual por período superior a quinze dias, sob pena de perda do cargo. Parágrafo único. Em todo o afastamento do território nacional, a Assembleia Legislativa será prévia e oficialmente informada quanto ao período e motivo do afastamento.

64 § 1º do art. 69. Perderá o mandato o Governador que assumir outro cargo ou função na administração pública direta ou indireta, ressalvada a posse em virtude de concurso público e observado o disposto no art. 25, incisos I, IV e V.

65 Art. 81. Sob pena de perda do cargo, o Governador e o Vice-Governador do Estado não poderão assumir outro cargo ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, ressalvada a posse em virtude de aprovação em concurso público realizado antes de sua eleição.

Governador da regra aqui comentada<sup>66</sup>. Quanto à regra de ausência, segue-se a linha comum das demais constituições brasileiras<sup>67</sup>.

99. Por fim, no Estado de Tocantins cindiu-se também a *substituição* da *sucessão*, do Vice-Governador em relação ao Governador (§ 2º do art. 39), seguindo-se o contexto geral das constituições nacionais.

100. Assim, ainda que se observe alguma expressiva simetria entre as Constituições estaduais em face da Constituição Federal, há alguma variação de pormenor, com registro mais eloquente no Estado de Alagoas. Em regra, tem-se modelo muito próximo ao da Constituição de São Paulo, no sentido de que as disposições relativas à perda de mandato são aplicáveis ao Governador, e não ao Vice, exceto quando este último *suceda* aquele primeiro ou eventualmente o *substitua*.

101. Como se pode observar, não há tratamento sistemático no que se refere a acúmulo de funções, a autonomia de ente federativo, a incompatibilidade de interesses, a regime hierárquico. As várias constituições brasileiras conferem eventual tratamento distinto ao Governador e ao Vice-Governador, pelo que, em princípio, a equiparação pura e simples dos dois diplomas exige a constatação de uma série de circunstâncias empíricas.

## VI) COMENTÁRIOS FINAIS E CONJUNTO DE CONCLUSÕES

102. Do ponto de vista substancialmente jurídico, assim, não haveria impedimento para que o Vice-Governador de São Paulo ocupasse cargo de Ministro de Estado junto ao Governo Federal, pelas razões expostas ao longo das presentes reflexões, tomado-se, naturalmente, as cautelas referentes a ausências e licenciamentos.

103. A Constituição de São Paulo dispõe que é competência privativa do Governador a representação do Estado nas suas relações jurídicas, políticas e administrativas<sup>68</sup>. De tal modo, não se pode falar

<sup>66</sup> Art. 81. Perderá o mandato o Governador que assumir outro cargo ou função na administração pública direta ou indireta ressalvada a posse em virtude de concurso e observado no disposto no art. 27, I, IV e V.

<sup>67</sup> Art. 80. O Governador do Estado e o Vice-Governador, quando em exercício da Governadoria, não poderão ausentar-se do Estado por mais de quinze dias consecutivos, sem prévia autorização da Assembleia Legislativa, sob pena de perda do cargo. Parágrafo único. O Governador do Estado e o Vice-Governador não poderão ausentar-se do País por qualquer prazo sem prévia licença da Assembleia Legislativa, sob pena de perda do cargo.

<sup>68</sup> Art. 47.

de conflito federativo, ou de interesses, porquanto não há indicação de que a Constituição estadual outorgue ao Vice-Governador a mesma prerrogativa. Deve-se inferir que o Vice-Governador somente detém a referida representação quando *substitua* ou quando *suceda* ao titular do Poder Executivo.

104. Insista-se, a representação do Estado de São Paulo é competência privativa do Governador daquele Estado. Nesse sentido, não é do Vice-Governador, de Secretário ou de ainda do Presidente da Assembleia Legislativa ou do Presidente do Tribunal de Justiça. Nessas hipóteses há necessidade incontestável de substituição ou de sucessão. A competência privativa sugere exclusividade, indelegabilidade, situação simetricamente percebida no contexto da legislação federal.

105. Do ponto de vista prático, o conflito se resolve na *substituição*, o que se dá por intermédio de licença do Vice-Governador. E se resolveria na hipótese de *sucessão* por opção do Vice-Governador. O conselente renunciaria ao cargo de Ministro de Estado e assumiria o cargo de Governador; ou renunciaria a este último, permanecendo como Ministro, a exemplo do que ocorreu com o Governador do Estado do Ceará em 1994. No limite, trata-se de uma opção.

106. Eventual acúmulo de funções é situação que se resolverá no plano fático. Não há lei complementar fixando o regime de atribuições do Vice-Governador do Estado de São Paulo; e a convocação para missões especiais depende *sempre* de determinação do Governador<sup>69</sup>.

107. À luz de uma interpretação estritamente jurídica não se tem ainda circunstância fática, indicadora de que *efetivamente* se tenha comprovação do acúmulo, com prejuízo para a unidade federada ou para o Governo federal.

108. De igual modo, eventual discussão de que o acúmulo de cargos se desdobraria em incompatibilidade que evidenciaria atentado à honra e ao decoro do cargo. A recíproca seria verdadeira, isto é, não se pode presumir desonra e falta de decoro em situação que demanda colaboração política.

109. A colisão de interesses não pode ser presumida, deve ser constatada, ainda que seja dado que haveria eventual dissenso ideológico

---

69 Parágrafo único do art. 38.

entre a orientação do Governo Federal e a orientação do Governo do Estado de São Paulo, como consignado em parecer da Assembleia Legislativa daquela unidade federada.

110. Além disso, ressalte-se, o consulente já ocupou Secretaria de Estado na unidade federada na qual a população o elegeu como Vice-Governador, não se verificando, em princípio, nenhuma forma de incompatibilidade. A tese de que a compatibilidade no mesmo ente seria possível, e que entre entes diferentes seria impossível é de matiz político, e não jurídico.

111. E como incompatibilidade também não haveria entre o exercício da função de Ministro de Estado com a função de Vice-Governador, situação que indubitavelmente ocorreria se este último fosse convocado a *substituir* ao Governador, de modo transitório ou a *sucedê-lo*, por alguma razão, de modo definitivo. Por este motivo, a necessidade de licenciamento do cargo de Ministro quando da *substituição* a Governador de São Paulo.

112. A situação é normal no regime de presidencialismo de coalização que conhecemos, no qual há alianças firmes e necessárias entre vários setores da vida política, circunstância que afirma a democracia, em todos os seus contornos.

113. Do ponto de vista federativo, a presença do Vice-Governador de São Paulo no Governo Federal é circunstância alvissareira de uma convergência necessária e exigida como condição para o progresso do País.

114. Do ponto de vista jurídico não se constata atentado contra a autonomia do Estado de São Paulo. Eventual segurança institucional é situação que exige comprovação empírica, e que se desdobra no campo da política.

115. Submete-se, assim, ao altíssimo crivo de Vossa Excelência, que ao Aviso do consulente responda-se, do ponto de vista objetivamente jurídico, que:

- a) *a perda de mandato de que dispõe o § 1º do art. 28 da Constituição Federal não é aplicável ao Vice-Governador, exceto quando este substitua o Governador concomitantemente ao exercício do múnus ministerial;*

- b) na hipótese e convocação do Vice-Governador por parte do Governador, a Constituição impõe a assunção ao cargo de Governador;
- c) apenas na hipótese de sucessão é que o Ministro faz a opção entre o pedido de demissão da chefia da pasta ministerial e a renúncia do cargo de chefe do Executivo estadual.

Brasília, 17 de maio de 2013.

**ARNALDO SAMPSAIO DE MORAES GODOY**  
Consultor-Geral da União

# AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N° 16

*Alisson da Cunha Almeida  
Advogado da União*

A Ação Declaratório da Constitucionalidade nº 16, proposta em 07 de março de 2007 pelo então Governador do Distrito Federal, buscou pacificar a intensa controvérsia relativa à constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, que afasta a responsabilização subsidiária da Administração Pública pelos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais resultantes da inadimplência de empresa de terceirização de mão-de-obra. Confira-se, a propósito, o conteúdo da aludida norma:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§1º A inadimplência do contratado *não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento*, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Seu móvel foi a existência de diversas decisões da Justiça Trabalhista que reconheciam a responsabilidade subsidiária da União nos casos de terceirização de serviços, em razão, inclusive, da existência de súmula do Tribunal Superior do Trabalho<sup>1</sup> nesse sentido.

Ao julgar a ação, assim decidiu a Suprema Corte:

*RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.* (ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010, DJe-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011 EMENT VOL-02583-01 PP-00001 RTJ VOL-00219- PP-00011)

Percebe-se, então, que restou assentada, sem qualquer ressalva, a presunção absoluta de constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93.

---

<sup>1</sup> Enunciado TST n. 331, IV.

Com base no referido julgamento, foram ajuizadas inúmeras reclamações constitucionais para suspender decisões de Cortes e Juízos Trabalhistas que imputavam a entes públicos a responsabilidade pelos débitos trabalhistas das empresas prestadoras de mão-de-obra.

Tais reclamações tiveram o pedido de liminar deferido ou até mesmo foram julgadas procedentes monocraticamente. Citem-se, apenas a título exemplificativo, os seguintes precedentes:

Reclamações 11.340 (DJe 06/09/11), 12.557 (DJe 28/09/11), 12.566 (DJe 27/09/11), 12.088 (DJe 26/08/11), 12.335 (DJe 26/08/11), 12.444 (DJe 06/09/11), 12.469 (DJe 06/09/11), 12.491 (DJe 12/09/11), 12.322 (DJe 13/09/11), 12.542 (DJe 15/09/11), 12.005 (DJe 14/10/11), 12.099 (DJe 14/10/11), 12.752 (DJe 21/10/11), 12.245 (DJe 26/08/11), 12.385 (DJe 26/08/11), 12.578 (DJe 14/10/11), 12.391 (DJe 26/08/11), 11.937 (DJe 06/09/11), 11.912 (DJe 14/10/11) e 11.923 (DJe 14/10/11), rel. Min. Gilmar Mendes; Reclamações 12.083 (DJe 08/08/11), 12.082 (DJe 17/08/11), 12.306 (DJe 23/08/11), 12.772 (DJe 04/11/11), 12.731 (DJe 20/10/11), 12.126 (DJe 12/08/11), 12.455 (DJe 12/09/11), 12.626 (DJe 29/09/11), 12.647 (DJe 03/10/11), 12.126 (DJe 07/10/11), 12.706 (DJe 19/10/11) e 12.076 (DJe 30/09/11), rel. Min. Cármén Lúcia; Reclamações 11875-MC (DJe 15/08/11), 12.412-MC (DJe 31/08/11), 12.747-MC (DJe 17/10/11) e 12.880-MC (DJe 09/12/11), rel. Min. Luiz Fux; Reclamações 11.873 (DJe 12/08/11), 11.844 (DJe 12/08/11), 11.807 (DJe 08/08/11), 11.705 (DJe 15/08/11), 11.709 (DJe 12/08/11), 11.773 (DJe 15/08/11), 11.856 (DJe 15/08/11) e 11.862 (DJe 15/08/11), rel. Min. Ellen Gracie; Reclamações 11.128 (DJe 18/08/11), 11.878-MC (DJe 05/08/11), 11.357-MC (DJe 04/08/11), 11.976 (DJe 17/10/11) e 11.822 (DJe 09/08/11), rel. Min. Dias Toffoli; Reclamações 12.487-MC (DJe 05/09/11), 12.334-MC (DJe 22/08/11), 12.585-MC (29/09/11), 12.792-MC (DJe 28/10/11) e 12.296-MC (DJe 19/09/11), rel. Min. Ricardo Lewandowski; Reclamações 11.553 (DJe 04/10/11), 11.918-MC (DJe 29/08/11), 12.539-MC (DJe 19/09/11), 12.603-MC (DJe 26/09/11), 11.879 (DJe 04/10/11), 11.775 (DJe 04/10/11) e 12.128-MC (DJe 17/08/11), rel. Min. Ayres Britto; Reclamação 12.430-MC (DJe 02/09/11), rel. Min. Celso de Mello; e Reclamação 12.885-MC (DJe 1º/12/11), rel. Min. Marco Aurélio.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal ratificou esse entendimento, ao julgar a Reclamação 12.926-AgR, rel. Min. Cármén Lúcia, DJe 09/02/12. Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE TRANSFERIR PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A OBRIGAÇÃO DE PAGAR OS ENCARGOS TRABALHISTAS RESULTANTES DA EXECUÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI N. 8.666/1993 RECONHECIDA NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N. 16. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Assim, com base no acórdão proferido na ADC nº 16, a Suprema Corte proferiu inúmeras decisões segundo as quais o estabelecimento da responsabilidade da Administração Pública pelos débitos trabalhistas viola diretamente a norma contida no art. 71, §1º, da Lei 8.666/93.

Contudo, alguns Ministros do STF passaram a limitar o espectro do referido acórdão, ao fundamento de que este não impediria a responsabilização subsidiária de entes públicos tomadores de serviços que não fiscalizaram adequadamente a execução do contrato.

Para tanto, reportaram-se às discussões que antecederam ao julgamento da ADC nº 16, nas quais foi **suscitada** a possibilidade de responsabilização subsidiária do ente público em casos de comprovada omissão na fiscalização da empresa contratada. Confiram-se excertos de alguns votos proferidos no referido julgamento nos quais foi aventada tal possibilidade:

Ministro Cezar Peluso:*“A informação prestada pelo Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, invocando inclusive as decisões, é que o Tribunal Superior do Trabalho reconhece a responsabilidade da Administração com base nos fatos, isto é, com base no descumprimento do contrato, e não com base em inconstitucionalidade da lei. Ou seja, o Tribunal Superior do Trabalho não tem dúvida da constitucionalidade da norma, só que reconhece responsabilidade da Administração por questões factuais ligadas a cada contrato em particular. Noutras palavras, eu entendi que, como o Tribunal Superior do Trabalho não tem dúvida sobre a constitucionalidade, seria de todo em todo dispensável que o Tribunal a reconhecesse quando não há controvérsia a respeito. Mas, enfim, se esta Corte entender de conhecer ainda assim quanto ao mérito, não tenho nada que discutir. Considero a norma constitucional também, o que não impedirá que a Justiça do Trabalho continue reconhecendo a responsabilidade da Administração com base nos fatos de cada causa. [...] Não tenho dúvida*

*nenhuma, eu reconheço a plena constitucionalidade da norma e, se o Tribunal a reconhecer, como eventualmente poderá fazê-lo, a mim me parece que o Tribunal não pode, neste julgamento, impedir que a Justiça trabalhista, com base em outras normas, em outros princípios e à luz dos fatos de cada causa, reconheça a responsabilidade da Administração. [...] O Tribunal [...] reconheceu que a mera inadimplência - é isso que o artigo 71, § 1º, diz - do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, etc, não transfere essa responsabilidade para a Administração. A inadimplência do contratado não a transfere. O que o Tribunal e a Justiça do Trabalho têm reconhecido? Que a ação culposa da Administração, em relação à fiscalização à atuação... [...] Deixe-me só dizer o que estou entendendo da postura da Justiça do Trabalho. Ela tem decidido que a mera inadimplência do contratado não transfere a responsabilidade, nos termos do que está na lei, nesse dispositivo. Então, esse dispositivo é constitucional. E proclama: mas isto não significa que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não gere responsabilidade. É outra matéria. [...] São outros fatos examinados sob a luz de outras normas constitucionais. É isso que estou dizendo. [...]“.*

Ministro Gilmar Mendes: “É bem verdade que os pontos que têm sido suscitados pelo TST fazem todo o sentido e talvez exijam dos órgãos de controle, seja TCU, seja Tribunal de Contas do Estado, aqueles responsáveis pelas contas do município, que haja realmente a fiscalização, porque, realmente, o pior dos mundos pode ocorrer para o empregado que prestou o serviço, a empresa recebeu da Administração, mas não cumpriu os deveres elementares. Então, essa questão continua posta e foi o que o TST, de alguma forma, tentou explicitar ao não declarar a inconstitucionalidade da lei e resgatar a ideia da súmula, para que haja essa culpa in vigilando, fundamental. Nós tivemos esses casos aqui mesmo na administração do Tribunal e tivemos de fiscalizar, porque pode ocorrer que a empresa terceirizada receba, como sói acontecer, em geral, o Poder Público é adimplente, pelo menos no plano federal essa questão não se coloca, mas não cumpre esses deveres elementares. Talvez, aqui, reclamem-se normas de organização e procedimento por parte dos próprios órgãos que têm de fiscalizar; inicialmente são os órgãos contratantes e, depois, os órgãos fiscalizadores. De modo que haja talvez até uma exigência de demonstração de que se fez o pagamento, o cumprimento pelo menos das verbas elementares: pagamento de salário, recolhimento da Previdência Social e do FGTS”.

Ministra Cármem Lúcia: “Mas já há. A legislação brasileira exige. Só se pode pagar a posteriori, por exemplo, nesses casos dos contratos, e se

*está quitada com a Previdência, porque inclusive a empresa não pode mais contratar. É que talvez ela não esteja sendo cumprida, o que não significa ausência de lei”.*

Tal tese também permeou os debates que sucederam a proclamação dos votos. Confira-se:

“SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Vossa Excelência está acabando de demonstrar que a Administração Pública é obrigada a tomar atitude que, quando não toma, configura inadimplemento dela!

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Claro, não discordo disso”. SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Na verdade, apresenta quitação em relação à Previdência, aos débitos anteriores.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Dela. Isso é que gera responsabilidade que vem sendo reconhecida pela Justiça do Trabalho. Não é a inconstitucionalidade da norma. A norma é sábia. Ela diz que o mero inadimplemento não transfere a responsabilidade. O mero inadimplemento deveras não transfere, mas a inadimplência da obrigação da Administração é que lhe traz como consequência uma responsabilidade que a Justiça do Trabalho eventualmente pode reconhecer a despeito da constitucionalidade da lei”.

Assim, com base nesses pronunciamentos, foram exaradas diversas decisões monocráticas pelo STF – algumas delas mantidas pelo Pleno em julgamento de agravo regimental –, proferidas em sede de reclamação constitucional, nas quais resultou afastada a alegação de afronta à ADC 16, ante a constatação de culpa da Administração Pública. Confira-se, a propósito, decisão da lavra do Ministro Celso de Mello que acatou tal tese:

*“Como se sabe, esta Suprema Corte, ao apreciar a ADC 16/DF, Rel. Min. CEZAR PELUSO, julgou-a procedente, para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93.*

[...]

*Cabe ressaltar, no ponto, que, em referido julgamento, não obstante o Plenário do Supremo Tribunal Federal tenha confirmado a plena validade*

*constitucional do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93 – por entender juridicamente incompatível com a Constituição a transferência automática, em detrimento da Administração Pública, dos encargos trabalhistas, fiscais, comerciais e previdenciários resultantes da execução do contrato, na hipótese de inadimplência da empresa contratada –, enfatizou que essa declaração de constitucionalidade não impediria, em cada situação ocorrente, o reconhecimento de eventual culpa ‘in omittendo’ ou ‘in vigilando’ do Poder Público.*

*Essa visão em torno do tema tem sido observada por eminentes Ministros desta Suprema Corte (Rcl 8.475/PE, Rel. Min. AYRES BRITTO – Rcl 11.917/SP, Rel. Min. LUIZ FUX – Rcl 12.089/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX – Rcl 12.310/SP, Rel. Min. LUIZ FUX – Rcl 12.388/SC, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – Rcl 12.434/SP, Rel. Min. LUIZ FUX – Rcl 12.595/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – Rcl 13.933/AM, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – Rcl 14.623/ES, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, v.g.), em julgamentos nos quais se tem reconhecido possível a atribuição de responsabilidade subsidiária ao ente público na hipótese de restar demonstrada a ocorrência de comportamento culposo da Administração Pública.*

[...]

*É importante assinalar, por oportuno, que o dever legal das entidades públicas contratantes de fiscalizar a idoneidade das empresas que lhes prestam serviços abrange não apenas o controle prévio à contratação – consistente em exigir, das empresas licitantes, a apresentação dos documentos aptos a demonstrar a habilitação jurídica, a qualificação técnica, a qualificação econômico-financeira, a regularidade fiscal e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal (Lei n. 8.666/93, art. 27) –, mas compreende, também, o controle concomitante à execução contratual, viabilizador, dentre outras medidas, da vigilância efetiva e da adequada fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas em relação aos empregados vinculados ao contrato celebrado (Lei n. 8.666/93, art. 67).*

[...]

*O exame da decisão ora reclamada, tendo em vista a situação concreta nela apreciada, revela que se reconheceu, na espécie, a responsabilidade subsidiária da parte ora reclamante, em decorrência de situação configuradora de culpa ‘in vigilando’, ‘in eligendo’ ou ‘in omittendo’.*

[...]

6. O Tribunal Regional do Trabalho da 3<sup>a</sup> Região, por sua vez, ratificou o entendimento de primeiro grau ao fundamento da culpa ‘in vigilando’, acostando jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho a respeito da matéria.

7. Conforme entendimento do STF, o Estado não pode ser compelido a indenizar diretamente empregado de empresa licitada por inadimplemento dessa última. Todavia, isso não significa, de acordo com o inteiro teor do julgado, que a Administração não deva responder em caso de omissão culposa de agente público em fiscalizar a empresa tomadora de serviço. Esse último tema não foi afetado pela declaração de constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei 8.666/93.

8. No caso dos autos, o acórdão reclamado reconheceu a conduta omissiva culposa do Estado. Em sendo assim, não há de se falar em ofensa à decisão proferida na ADC n. 16, tendo em vista a análise da ‘culpa’ no caso concreto.

9. Entende-se, portanto, que o conteúdo da ADC n. 16 não foi violado, visto que a responsabilização do Estado, nesse ponto, não ocorreu de forma direta, pelo simples fato de a empresa contratada ter inadimplido com as suas obrigações. A instância ordinária adentrou o tema referente à culpa omissiva do agente, não cabendo, nesse momento, analisar-se o acerto ou desacerto do julgamento. A desconstituição do entendimento em relação à caracterização da culpa não pode ser feita na via estreita da reclamação.

10. Por fim, não houve violação à Súmula Vinculante n. 10. A análise do caso concreto centrou-se no reconhecimento da culpa ‘in vigilando’, não tendo havido juízo de inconstitucionalidade sobre o tema. A decisão teve como base a legislação civil e, por isso, não era o caso de exigir-se o julgamento pelo órgão plenário do tribunal ‘a quo’.

*Não vislumbro, desse modo, a ocorrência do alegado desrespeito à autoridade da decisão que esta Corte proferiu, com eficácia vinculante, no julgamento da ADC 16/DF.*

*De outro lado, e no que concerne ao alegado desrespeito à diretriz resultante da Súmula Vinculante n. 10/STF, não verifico, na decisão de que ora se reclama, a existência de qualquer juízo, ostensivo ou disfarçado, de inconstitucionalidade do art. 71 da Lei n. 8.666/1993.*

*Na realidade, tudo indica que, em referido julgamento, o órgão judiciário ora reclamado apenas reconheceu, no caso concreto, a omissão do Poder Público, em virtude do descumprimento de sua obrigação de fiscalizar a fiel execução das obrigações trabalhistas pela contratada, não havendo formulado juízo de constitucionalidade, o que afasta, ante a inexistência de qualquer declaração de ilegitimidade constitucional, a ocorrência de transgressão ao enunciado constante da Súmula Vinculante 10/STF.*

[...]

*Sendo assim, em face das razões expostas, julgo improcedente a presente reclamação” (Decisão mantida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o agravo regimental interposto pelo Estado de Minas Gerais).*

Nesse mesmo sentido:

Rcl 11.327-AgR, Rcl 12.008-AgR, Rcl 12.440-AgR, Rcl 11.308-AgR, Rcl 12.544-AgR, Rcl 12.589-AgR, Rcl 12.625-AgR, Rcl 13.276-AgR, Rcl 13.901-AgR, Rcl 12.543-AgR, Rcl 12.580-AgR, Rcl 12.666-AgR, Rcl 12.684-AgR, Rcl 12.757-AgR, Rcl 12.773-AgR, Rcl 12.806-AgR, Rcl 13.216-AgR, Rcl 13.221-AgR, Rcl 13.251-AgR, Rcl 13.390-AgR, Rcl 13.417-AgR, Rcl 13.437-AgR, Rcl 13.474-AgR, Rcl 13.533-AgR, Rcl 13.534-AgR, Rcl 13.767-AgR, Rcl 13.833-AgR, Rcl 13.855-AgR e Rcl 14.072-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, julgadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 21.2.2013.

Tal entendimento, contudo, é digno de ressalvas, pois, como foi visto, a discussão que trouxe tal ponderação foi proferida em *obiter dictum*, não constando do dispositivo do acórdão proferido na ADC nº 16 exceção alguma, sendo certo que, quando do seu julgamento, a Suprema Corte *não atribuiu qualquer efeito restritivo à declaração de constitucionalidade ou mesmo se valeu da técnica da interpretação conforme à Constituição*.

Desse modo, a Suprema Corte decidiu pela total constitucionalidade da norma veiculada pelo parágrafo 1º do art. 71 da Lei nº. 8.666/93 e, portanto, nos casos de contratação de empresas prestadoras de serviços pelo Poder Público, é o contratado (prestador de serviços) o responsável pelos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais decorrentes da execução do contrato. Até porque, repita-se, a origem da ADC nº 16/ DF foi justamente a existência de diversas decisões da Justiça Trabalhista

que reconheciam a responsabilidade subsidiária da União nos casos de terceirização de serviços.

De toda sorte, ainda que se admitisse – como vêm fazendo alguns Ministros da Suprema Corte – a possibilidade de responsabilização da União, seria imprescindível, nos termos da discussão travada por ocasião do julgamento da ADC nº 16, a demonstração de fatos concretos que caracterizem a existência culpa *in eligendo* ou *in vigilando* imputados à União.

Assim, é incabível a condenação pela mera inadimplência. Em outras palavras, a partir do simples resultado “inadimplência” não se pode concluir pela suposta omissão do dever de fiscalização e, consequentemente, serem condenados subsidiariamente entes públicos.

Conclui-se, desse modo, que a Suprema Corte encontra-se dividida acerca dos reais efeitos da decisão proferida na ADC nº 16, havendo decisões – Plenárias, inclusive – em ambos os sentidos. Contudo, as decisões que mitigam o conteúdo do acórdão proferido na aludida ação são dignas de reparo, pois no julgamento desta restou assentada, sem qualquer ressalva, a presunção absoluta de constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, não podendo se admitir que ponderações sobre as quais inexistiu conclusão derroguem ou mitiguem o dispositivo do aludido *decisum*.

**NORMAS EDITORIAIS PARA A REVISTA DA AGU**

Deve constar no Artigo:

**TÍTULO DO ARTIGO** - Descritivo porém conciso (em português e Inglês).

**AUTOR(ES)** - O(s) nome(s) do(s) autor(es) deve(m) estar acompanhado(s) de breve currículo com no máximo três qualificações na área de atuação.

**SUMÁRIO** - Não numerar a introdução e separar ítems por ponto e vírgula.

Exemplo.

SUMÁRIO: Introdução; 1 tema1; 2 tema2; tema3....., Referências.

**RESUMO** - De cunho informativo, conter de 100 a 250 palavras. (em português e Inglês).

**PALAVRAS-CHAVE** - De cinco a oito palavras-chaves separadas entre si por ponto e finalizadas também por ponto. (em português e Inglês).

**CORPO DO TEXTO**

**PARÁGRAFOS:** Fonte verdana tamanho 11, espaço entre linhas de 1,5, sem espaços entre parágrafos. Recuo de 1,5 cm para primeira linha do parágrafo. O número máximo de páginas 35 e mínimo de 5 páginas

**CITAÇÕES:** com mais de três linhas (blocos) devem ter fonte menor tamanho 10 e espaço entre linhas simples, destacadas com recuo de 1,5 cm da margem esquerda, letra menor que a do texto (verdana tamanho 10) sem aspas e sem itálico. No caso de acrescentar grifo deve ser em itálico e especificar como: (grifo nosso) ou (grifo do autor)

exemplo:

À Presidente - Ministra Ellen Gracie para o exame de empréstimo de preferência ao pregão, ante *a necessidade de o Tribunal Superior Eleitoral baixar ato fixando os parâmetros para a distribuição do fundo partidário*, tudo a partir dos preceitos da lei 9096/95 questionados. imprimam urgência, remetendo cópia a s. Exa. (grifo nosso).

Para citações que ocupam até três linhas, são inseridas dentro do próprio parágrafo entre aspas duplas. As aspas simples indicam citação no interior da citação.

Para supressões utilizar: [...]

Nos grifos utilizar itálico

**NOTAS DE REFERÊNCIAS/RODAPÉ** - Para todos os tipos de notas a Escola da AGU adotou o *sistema numérico*. As referências devem seguir o modelo abaixo para as notas de rodapé e Referências bibliográficas obedecendo inclusive a pontuação e o grifo.

Exemplos:

**a) Livros:** SOBRENOME, Nome. *Título da obra*. Local de publicação: Editora, data. p. xx Ex.: CORRÊA, Roberto. *A rede urbana*. São Paulo: Ática, 1989. p. xx

**b) Capítulo de livro:** SOBRENOME, Nome. Título do capítulo. In: SOBRENOME, Nome (Org). *Título do livro*. Local de publicação: nome da editora, data. Página inicial-final. Ex.: IANNI, Octavio. Dilemas da integração regional. In: SOUZA, Álvaro (Org). *Paisagem territorial região: em busca da identidade*. Cascavel: Edunioeste, 2000. p.133-136.

**c) Artigo em periódico:** SOBRENOME, Nome. Título do artigo. *Título do periódico*, local de publicação, volume, número, página inicial-final, mês(es). ano. Ex.: MACHADO, Lucy. Cognição ambiental, processo educativo e sociedades sustentáveis. *Faz Ciência*, Francisco Beltrão, v. 5, n. 1, p. 131-146, dez. 2003.

**d) Dissertações e teses:** SOBRENOME, Nome. *Título da tese* (dissertação). edição. Local: Instituição em que foi defendida, data. Número de páginas. (Categoria, grau e área de concentração). Ex.: RIBAS, Alexandre. *Gestão político-territorial dos assentamentos, no Pontal do Paranapanema*. São Paulo: uma leitura a partir da COCAMP. Presidente Prudente: FCT/UNESP, 2002. 224 p.

**Observação:** As referências são alinhadas somente à margem esquerda, com espaçamento entrelinhas simples, separando as obras por espaçoamento duplo. O recurso tipográfico é o itálico para destacar o elemento título.

Quando se tratar da primeira citação de uma obra, deve ser sua referência completa.

**EXEMPLO:**

Para Moraes<sup>1</sup> a supremacia das normas constitucionais no ordenamento [...].

---

<sup>1</sup> SOBRENOME, Nome. Obra. 13. ed. Local: Editora, p. 20-23, ano.

---

As subsequentes citações dessa mesma obra podem aparecer de forma abreviada, utilizando-se das expressões: Idem, Ibidem, opus citatum, Confira e Confronte.

**EXPRESSÕES UTILIZADAS NAS NOTAS DE RODAPÉ**

Idem ou id. (mesmo autor)

Utilizada para substituir nome na mesma página, quando se tratar de diferentes obras do mesmo autor.

Exemplo:

---

<sup>1</sup> ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS, 1989, p.9.

<sup>2</sup> Id., 2000, p. 19.

---

Ibidem ou ibid. (mesmo autor e mesma obra)

Usada quando o autor e a obra são os mesmos e aparecem na mesma página sucessivas vezes. Para evitar a repetição, substitui-se o nome do autor e da obra por ibidem ou ibid.

Exemplo:

---

<sup>3</sup> LAMPRECHT, 1962, p. 20.

<sup>4</sup> Ibid., p. 36.

Opus citatum, opere citato ou op. cit.

Colocada após o nome do autor, referindo-se à obra já citada anteriormente.  
Exemplo:

---

<sup>5</sup> GONÇALVES, op. cit., p. 216.

---

Passim ( por aqui e ali, em diversas passagens)

Faz referências a vários trechos da obra.

Exemplo:

---

<sup>6</sup> GONÇALVES, 2000, *passim*.

---

Cf. ( confira, confronte)

Usada para fazer referência a outros autores ou a notas do mesmo autor. Exemplo:

---

<sup>7</sup> Cf. MORAES, 2003.

---

Obs: As pontuações utilizadas nos exemplos abaixo obedecem as normas da ABNT

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS DO ARTIGO**

Quando ocorrer de ter o nome do autor referenciado várias vezes, substitui-se por traço e ponto (equivale a seis espaços).

Ex: \_\_\_\_\_. *Gabriela cravo e canela*. São Paulo: Martins, 1958.

Esta obra foi impressa pela Imprensa Nacional  
SIG, Quadra 6, Lote 800 - 70610-460, Brasília – DF  
Tiragem: 4.000 exemplares